

revista

Justicia

Labora

revista de DERECHO del TRABAJO
y de la SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR
Ignacio García-Perrote Escartín

LEX NOVA

REVISTA Justicia Laboral

La versión on line de esta publicación ha sido seleccionada por el Consejo General del Poder Judicial para su utilización por los miembros de la carrera judicial.

CONSEJO ASESOR

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

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO (de los artículos enviados)

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

DIRECTOR

Ignacio García-Perrote Escartín

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

DIRECTOR ADJUNTO

Jesús R. Mercader Uguina

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

© LEX NOVA 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

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial 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] **Nuevas contribuciones a la construcción del concepto de discriminación: la discriminación refleja o transferida (la STJCE de 17 de julio de 2008, Asunto Coleman)**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

- [11] **A propósito de las *Lecciones de Derecho del Trabajo* del Profesor Jesús R. Mercader Uguina**

AURELIO DESDENTADO BONETE

DOCTRINA

- [15] **La enfermedad profesional: concepto y manifestaciones**

ABDÓN PEDRAJAS MORENO

- [37] **Expediente de regulación de empleo a instancia de los trabajadores (un impuesto de empresas conserveras)**

JOSÉ JAVIER ORCARAY REVIRIEGO

- [51] **Comentarios al IV Convenio General de la Construcción**

ROBERTO GUTIÉRREZ ARRANZ

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[317] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

NUEVAS CONTRIBUCIONES A LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN: LA DISCRIMINACIÓN REFLEJA O TRANSFERIDA (LA STJCE DE 17 DE JULIO DE 2008, ASUNTO COLEMAN)

En un cuento que nos llega del siglo IV a. de C., CHUANG TZU sueña que es una mariposa y al despertar no sabe si es un hombre que ha soñado que era una mariposa o una mariposa que ahora sueña que es un hombre. Esa historia, una de las preferidas de Borges, fue para él un emblema. En un cuento suyo, un hombre crea en sueños a un discípulo y al final comprende “que él también era una apariencia, que otro estaba soñándolo”. El problema de la identidad es una cuestión recurrente en el pensar filosófico que resume el poema de Rimbaud: “el yo es otro”.

La discriminación representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE. El concepto de discriminación, aunque manifestación del principio de igualdad, tiene un contenido más específico y se refiere a la llamada tutela antidiscriminatoria, que impone una paridad de trato, evitando o suprimiendo ciertas diferencias de trato socialmente existentes, cuyo carácter “odioso” se reconoce como contrario a la dignidad humana. La discriminación supone una diferenciación de trato, “que actúa contra el sujeto discriminado (anulando o menoscabando el goce de ciertos derechos y ventajas o agravando sus cargas) y que tiene su origen en ciertos rasgos de la persona o de la configuración social (sexo, raza, parentesco, lengua, condición social, discapacidad física, psíquica o sensorial), lo que origina una situación objetiva discriminatoria, que pone en peligro el respeto a la dignidad humana y los derechos inherentes a la persona”. La discriminación opera, en última instancia, una segregación social en la medida en que dicho comportamiento supone mantener al grupo discriminado a distancia y le reserva espacios propios, que únicamente pueden abandonar en determinadas condiciones, más o menos restrictivas. Es la razón de pertenencia a un concreto colectivo social y el hecho de poseer una condición personal o social inescindiblemente ligada a la propia condición de ser humano lo que exige la intervención del entero orden social para reparar los comportamientos que atentan a la propia idea de decencia humana.

Pero siendo esto así, la propia idea de discriminación viene a construirse desde la conceptualización de que la misma se produce por un hecho intrínsecamente unido a la propia persona. Esta circunstancia indisoluble de la persona es la que constituye el factor que da lugar al trato diferencial. Por ello, inmediatamente surge la siguiente pregunta: ¿Es posible que la discriminación se mida tomando en cuenta dos sujetos, uno que sufre el trato discriminatorio y otro que pertenece al colectivo protegido? Esto es, una persona puede ser discriminada de forma refleja, el factor discriminante puede ser transferido. Esta compleja cuestión es a la que viene a dar solución la sentencia que sirve de base al presente comentario.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia de 17 de julio de 2008, Asunto *Coleman contra Attridge Law*, decidió que la normativa europea antidiscriminación, concretamente la Directiva 2000/78/CE de igualdad de trato en el empleo, ampara también a los familiares que mantienen y protegen a los discapacitados, y no sólo a estos últimos.

La Sra. Coleman trabajó como secretaria jurídica para el bufete ATTRIDGE LAW a partir de enero de 2001. En el año 2002, la Sra. Coleman tuvo un hijo que padece crisis de apnea, así como laringomalacia y broncomalacia congénitas. El estado de su hijo exige cuidados específicos y especializados y ésta le dispensa la mayor parte de los cuidados que éste necesita. Al reincorporarse la Sra. Coleman al trabajo tras el permiso de maternidad, su antiguo empresario se opuso a que se reintegrara en el puesto que había ocupado hasta ese momento, en circunstancias en las que sí se habría permitido que padres de hijos no discapacitados recuperaran sus antiguos puestos. El empresario también se opuso a concederle la misma flexibilidad horaria y las mismas condiciones de trabajo que a aquellos de sus compañeros de trabajo que son padres de hijos no discapacitados. La Sra. Coleman fue calificada de «perezosa» cuando solicitó una reducción de la jornada laboral para cuidar a su hijo, mientras que tales facilidades sí se concedieron a padres de hijos no discapacitados. La reclamación oficial que formuló contra el maltrato que padecía no fue objeto de la debida consideración, de manera que la Sra. Coleman se sintió obligada a retirarla. Se produjeron comentarios insultantes o fuera de lugar tanto contra ella misma como contra su hijo. No se formuló ningún comentario de esta naturaleza cuando otros empleados se vieron obligados a solicitar una reducción de la jornada laboral o mayor flexibilidad para ocuparse de sus hijos no discapacitados. Igualmente, al haber llegado en ocasiones tarde a la oficina, a causa de problemas en el cuidado de su hijo, se le dijo que sería despedida si volvía a faltar a la puntualidad. No se amenazó de esta manera a otros trabajadores con hijos no discapacitados que llegaban tarde al trabajo por las mismas razones.

Finalmente, en marzo de 2005, según Coleman, se vio obligada, como consecuencia del trato recibido, a dejar de trabajar para su antiguo empresario. Por esta razón, en marzo de 2005 aceptó **dimitir por exceso de plantilla** (*voluntary redundancy*), lo que puso fin al contrato que la vinculaba a su antiguo empresario. El 30 de agosto de 2005, presentó una demanda ante el Employment Tribunal, London South, en la que sostenía que había sido víctima de un despido encubierto (*unfair constructive dismissal*) y de un trato menos favorable

que el que obtuvieron los restantes empleados, debido al hecho de tener a su cargo un hijo discapacitado. La Sra. Coleman alega que se vio obligada, como consecuencia del trato recibido, a dejar de trabajar para su antiguo empresario.

El Employment Tribunal, London South, se dirigió al Tribunal de la UE para que determinara el **alcance de la igualdad** de trato en el empleo y la ocupación prevista en la legislación europea. Al estimar que el litigio del que conocía suscitaba cuestiones de interpretación del Derecho comunitario, el Employment Tribunal, London South, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes: “1) En el contexto de la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, ¿protege la Directiva [2000/78/CE] sólo a las propias personas discapacitadas frente a la discriminación directa y el acoso? 2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿protege la Directiva [2000/78] a los trabajadores que, aun sin estar ellos mismos discapacitados, reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a una persona discapacitada? 3) Cuando un empresario trata a un trabajador de forma menos favorable en comparación con la forma en la que trata o trataría a otros trabajadores y consta que el motivo del trato del referido trabajador es el hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado, ¿constituye dicho trato una discriminación directa que vulnera el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva [2000/78]? 4) Cuando un empresario acosa a un trabajador y consta que el motivo del trato de dicho trabajador es el hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado, ¿vulnera ese acoso el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva [2000/78]?”

El Tribunal comienza señalando que mediante estas cuestiones el órgano jurisdiccional remitente pide en lo sustancial que se dilucide si la Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), deben interpretarse en el sentido de que únicamente prohíben la discriminación por motivo de incapacidad cuando el propio trabajador es la persona discapacitada, o si el principio de igualdad de trato y la prohibición de la discriminación directa se aplican también cuando el propio trabajador no es la persona discapacitada, pero sí, como sucede en el asunto principal, la víctima de un trato desfavorable por motivo de la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

Señala el Tribunal que de las disposiciones de la Directiva 2000/78 no se desprende que el principio de igualdad de trato que ésta pretende garantizar se circunscriba a las personas que padezcan ellas mismas una discapacidad en el sentido de dicha Directiva. Antes al contrario, la Directiva tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad. En efecto, el principio de igualdad de trato que en esta materia consagra la citada Directiva no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma. Corroboración esta interpretación el tenor literal del artículo 13 CE, disposición que constituye la base jurídica de la Directiva 2000/78 y que atribuye a la Comunidad competencia para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo, entre otros, de discapacidad.

Es verdad que, según se desprende de sus propios términos, la Directiva 2000/78 contiene varias disposiciones aplicables únicamente a las personas con discapacidad.

En efecto, el artículo 5 precisa que, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en él o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. El artículo 7, apartado 2, de la misma Directiva prevé igualmente que, por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral.

A la luz de las disposiciones mencionadas en los dos apartados precedentes y de los considerandos decimosexto, decimoséptimo y vigésimo séptimo de la Directiva 2000/78, tanto el Gobierno del Reino Unido como los Gobiernos griego, italiano y neerlandés sostienen que la prohibición de discriminación directa prevista en dicha Directiva no puede interpretarse en el sentido de que incluye una situación como la de la demandante en el litigio principal, puesto que esta última no está ella misma discapacitada. Según los mencionados Gobiernos, tan sólo pueden invocar las disposiciones de la citada Directiva aquellas personas que, en una situación análoga a la de otras personas, son tratadas de manera menos favorable o colocadas en una situación desventajosa en razón de características que les son propias.

Sin embargo, es preciso señalar a este respecto que el hecho de que las disposiciones mencionadas se refieran específicamente a las personas que padecen una discapacidad obedece a la circunstancia de que se trata, bien de disposiciones que establecen medidas de discriminación positiva en favor de la propia persona discapacitada, bien de medidas específicas que quedarían privadas de todo alcance o que podrían resultar desproporcionadas si no se circunscribieran exclusivamente a las personas que padecen alguna discapacidad. Según se desprende de los considerandos decimosexto y vigésimo de la Directiva, se trata de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo y para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad de esas personas. Así pues, la finalidad específica de tales medidas es hacer posible y facilitar la inserción de las personas con discapacidad en el mundo del trabajo y, por esta razón, sólo pueden resultar aplicables a las propias personas con discapacidad, así como a las obligaciones que, frente a ellas, tienen los correspondientes empresarios y, en su caso, los Estados miembros.

Por consiguiente, el hecho de que la Directiva 2000/78 contenga disposiciones destinadas a tener en cuenta específicamente las necesidades de las personas con discapacidad no permite llegar a la conclusión de que el principio de igualdad de trato que la misma consagra deba interpretarse de manera restrictiva, es decir, en el sentido de que prohíbe únicamente las discriminaciones directas por motivo de discapacidad que afecten exclu-

sivamente a las propias personas con discapacidad. Por lo demás, la citada Directiva, al mencionar la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, remite tanto al combate general contra toda forma de discriminación como a la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas con discapacidad.

En suma, si bien es verdad que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, la persona objeto de discriminación directa por motivo de discapacidad no es ella misma una persona discapacitada, no es menos cierto que el motivo del trato menos favorable del que la Sra. Coleman alega haber sido víctima lo constituye precisamente la discapacidad. La Directiva 2000/78, que tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad, no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma Directiva. Una vez demostrado que un trabajador que se encuentra en una situación análoga a la controvertida en el litigio principal es víctima de discriminación directa por motivo de discapacidad, toda interpretación de la Directiva 2000/78 que circunscriba la aplicación de ésta exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas personas discapacitadas podría privar a dicha Directiva de una parte considerable de su efecto útil y reducir la protección que pretende garantizar.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara: 1) La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a). 2) La Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 3, deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de acoso que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso establecida en el citado artículo 2, apartado 3.

El debate queda pendiente en nuestro país. Ha contribuido, sin duda, a avivar el debate la STS 18 de junio de 2008 (R.º 1625/2007) que denegó el derecho de modificación de horario a la madre una niña discapacitada por no estar expresamente previsto en la legislación española. Como es sabido, nuestro ordenamiento prevé la posibilidad de modificar el horario por guarda legal (sólo si hay reducción de jornada simultáneamente), pero

no sin ella. Dudas al margen, la sentencia Coleman ha venido a dar luz a una nueva y desconocida dimensión de la discriminación y, por extensión, a dotar de un nuevo instrumento para garantizar la tutela antidiscriminatoria.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

Editorial

A PROPÓSITO DE LAS LECCIONES DE DERECHO DEL TRABAJO DEL PROFESOR JESÚS R. MERCADER UGUINA¹

Hay en lo que podríamos denominar la literatura manualística española obras ciertamente destacables. Está, por una parte, desde una perspectiva histórica, la inolvidable labor de los clásicos de la República –GALLART FOLCH, GARCÍA OVIEDO, MARTÍN-GRANIZO y BERNALDO DE QUIRÓS–; luego, las síntesis –quizá más cuestionables, pero llenas de interés– del primer franquismo, a las que se añaden las grandes obras de transición de BAYÓN CHACÓN/PÉREZ BOTIJA, ALONSO GARCÍA y BORRAJO, que pronto se completarán en los setenta con los “apuntes” –tan renovadores y tan buscados– de RODRÍGUEZ-PIÑERO y DE LA VILLA; estos últimos felizmente recuperados gracias a la inteligente iniciativa de la Universidad de Valencia. Por último, aparece la obra magistral de ALONSO OLEA, que salta sobre su época para convertirse, con la colaboración y continuación de MARÍA EMILIA CASAS, en una referencia permanente.

El panorama actual es particularmente fecundo y de alta calidad. A la continuidad de la obra de ALONSO OLEA/CASAS, se unen el libro de MONTOYA y un grupo de manuales surgidos de la colaboración de destacados profesores de Derecho del Trabajo (PALOMEQUE y ALVÁREZ DE LA ROSA, MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ SAÑUDO y GARCÍA MURCIA, ALBIOL, CAMPS, LÓPEZ GANDÍA y SALA), con las incorporaciones más recientes como el manual de VIDA, MONEREO y MOLINA NAVARRETE, el dirigido por GARCÍA NINET y los de MOLERO y MARTÍNEZ GIRÓN.

Vivimos sin duda un momento realmente excelente de la manualística laboral. Pero la lectura del reciente libro de MERCADER me lleva a la conclusión de que estamos ante una nueva frontera en la concepción del manual como instrumento en la enseñanza del Derecho del Trabajo. Es una obra de autor único y, por tanto, de estilo muy personal en la medida que en ella se encuentra, junto al conocimiento de la disciplina y la preocupación por el método didáctico, una visión muy original de los grandes problemas del Derecho del Trabajo y del papel que a éste le corresponde en nuestra sociedad.

El trazado de la estructura es clásico y realista: se ha centrado en el Derecho del Trabajo, que incluye una incursión breve, pero suficiente, en el ámbito del proceso social, sin el

(1) Editado en Valencia en 2008 por Tirant lo Blanch.

cual no es comprensible lo que sucede realmente en el mundo laboral, como tampoco puede entenderse sin el papel de la Administración laboral, a la que también se dedica un capítulo en la parte final del libro. La Seguridad Social queda fuera. Se trata de una pérdida inevitable, respecto a la que no caben lamentaciones, porque la unión de las dos materias es ya imposible no sólo por razones de espacio, sino también por imperativos metodológicos. Tenemos que aceptar que estamos ante dos disciplinas distintas que tienen que estudiarse cada una en su marco teórico: el laboral, que es ya en sí mismo extraordinariamente complejo, pero que siempre mantiene el núcleo central del contrato, y el propio de la Seguridad Social, que se mueve más en el marco de las categorías del Derecho Público (la actividad administrativa de prestación y la actividad financiera, que cubre la obtención de recursos en sus diversas fases). La parte central del libro es, por tanto, la dedicada al contrato de trabajo que comprende las lecciones 6ª a 20ª, desde los sujetos a la extinción de la relación. Este centro “contractual” está bordeado por las dos materias que dan al Derecho del Trabajo su gran originalidad dogmática: el sistema de fuentes (lecciones 2ª a 5ª) y las instituciones colectivas (lecciones 21ª a 26ª). Es un orden acertado, porque la entrada del Derecho Colectivo antes del régimen del contrato aleja demasiado a los alumnos del elemento central y obliga a dar por sabidos conceptos que no han sido todavía precisados. Y además el desarrollo se ha mantenido ascéticamente, con disciplinada contención, dentro de los márgenes adecuados a una obra de estas características, venciendo la tentación del crecimiento incontrolado, aunque las dimensiones de los desarrollos son mayores de lo que aparentan gracias a la magia del tamaño de la letra.

El libro se inicia con una lección 1ª, que requiere mención especial. Está dedicada a las bases históricas del Derecho del Trabajo y es en sí misma, dentro de una apretada y a la vez clarísima síntesis, un ensayo breve y sugestivo que nos muestra, como ya lo hiciera su reciente estudio sobre la filantropía y la caridad en el primer Derecho obrero (REDT, núm. 137/2008), la vocación y el gran talento del autor para la historia y su sensibilidad para los problemas filosóficos que, desde ARISTÓTELES a MARX, pasando por HEGEL, están detrás del trabajo como fenómeno social. Este planteamiento inicial enlaza con el que en la lección 2ª se dedica a los fundamentos constitucionales y en la lección 12ª a la integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, dos momentos de la exposición en los que MERCADER muestra su conocimiento de primera mano no sólo de la doctrina constitucional, sino de los grandes problemas constitucionales de las relaciones de trabajo.

Pero, al margen de los contenidos, el carácter innovador de la obra está, como hemos anticipado, en su concepción pedagógica como instrumento de la enseñanza del Derecho del Trabajo. En este sentido se presenta modestamente como una adaptación del manual tradicional al plan de Bolonia, más orientado a los objetivos de la formación de profesionales. Sin duda es esto, pero es mucho más que esto y en cualquier caso sorprende la riqueza con que se aborda esta nueva orientación. El título de “Lecciones” quiere expresar que la línea de exposición se centra, con la austeridad que hemos destacado, en las explicaciones básicas de las instituciones de la disciplina; un reconocimiento de la sencillez y claridad de los objetivos, que, sin embargo, no hace justicia a la riqueza de los análisis.

Esas explicaciones básicas se completan con los nuevos instrumentos de formación: las lecturas, los casos prácticos y los talleres. Las lecturas ilustran con una cita de cierta extensión de una obra de autoridad un punto central de las concepciones sobre aspectos esenciales; así pequeños fragmentos de *Los oficios* de CICERÓN, de *La riqueza de las naciones* o de *El capital* nos muestran la evolución de las ideologías sobre el trabajo; un pequeño cuestionario de la época revela las miserias del trabajo infantil y una breve cita de un texto olvidado del profesor GARRIGUES deja constancia del espíritu inicial del nacionalsindicalismo. Los casos prácticos atraviesan la obra y animan la exposición, convirtiéndola en “Derecho vivo”. Estamos ante uno de los grandes aciertos del libro: más de seiscientos casos se incorporan al texto, se integran en él y van conectando la explicación de la norma con los problemas prácticos de su aplicación. La selección ha sido muy rigurosa, pero lo decisivo es que no estamos ante casos separados de la exposición, sino de casos que se incorporan a ella, con lo que el problema y su solución aparecen directamente implicados en lo que se explica. En un número destacable los casos siguen el esquema planteamiento/respuesta y ésta suele estar en una sentencia, con lo que el caso sirve como una introducción muy ágil a la crítica jurisprudencial.

Los casos se completan con “los talleres”, que son también ventanas a la práctica, pero ya no para buscar la solución en un caso al problema, sino para introducir una discusión –taller de debate– o para ver cómo en la práctica funciona una institución –taller de experimentación o de aplicación–. Un taller de debate sería, por ejemplo, un fragmento o un resumen de un documento sobre la flexiseguridad o la aportación de los datos más significativos sobre la realidad y las consecuencias de la contratación temporal. El taller nos muestra desde ese ángulo la dimensión crítica de algunas instituciones laborales o nos ilustra sobre algunos aspectos de la política social. Pero también puede ser una vía para ver de una forma muy directa cómo funcionan en la realidad algunas instituciones laborales y en este plano me parecen ejemplares los talleres de aplicación dedicados a la prevención de riesgos laborales, el calendario laboral o a las elecciones a los órganos de representación unitaria de los trabajadores en la empresa. Este último es una pequeña obra maestra, en la que se ha logrado hacer ver con claridad cómo funciona un proceso electoral desde el preaviso hasta el escrutinio y la atribución del resultado, pasando por la constitución de la mesa electoral, la elaboración del censo, la presentación de candidaturas, la votación con ejemplos numéricos, gráficos y confección de documentos electorales.

La innovación se enriquece además con el recurso a las nuevas técnicas didácticas: cuadros sinópticos, esquemas o gráficos, que ayudan de forma muy decisiva a la hora de acercarse a regulaciones complejas. Un buen ejemplo podría ser el gráfico de la página 479 sobre la escala de inembargabilidad del salario o el cuadro de la página 378 sobre el espinoso tema del juego de la prescripción de las faltas.

Explicaciones, lecturas, casos, talleres, renovación de las técnicas docentes: el libro de MERCADER marca un hito en la enseñanza del Derecho del Trabajo. Pero en la obra que comentamos hay más; hay, sin concesiones y sin estridencias, una visión crítica muy madura de los problemas de nuestro Derecho del Trabajo desde la perspectiva de alguien que ha demostrado con largueza sus cualidades teóricas, pero que ha conocido también la práctica desde uno de los puestos más relevantes dentro del foro laboral. Aquí está nuestro Derecho con sus luces y sus sombras, con lo que lo asfixia y lo que lo libera dentro de las

corrientes tan contradictorias que lo atraviesan y ante los desafíos del futuro en el corazón mismo de la lucha de clases. MERCADER, que es hombre joven, ha dado un brillante ejemplo de sabiduría y temple, de rigor y objetividad en el trabajo científico.

Los alumnos cuentan, desde luego, con un magnífico manual para completar su formación. Pero los profesionales del Derecho del Trabajo tenemos a nuestra disposición un libro que no sólo nos ayudará eficazmente en nuestras tareas, sino que nos planteará algunas preguntas inquietantes sobre el sentido de las normas con las que hacemos nuestro trabajo.

AURELIO DESDENTADO BONETE

La enfermedad profesional: concepto y manifestaciones

ABDÓN PEDRAJAS MORENO

Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Socio Director Abdón Pedrajas Abogados y
Asesores Tributarios SC

Resumen

LA ENFERMEDAD PROFESIONAL: CONCEPTO Y MANIFESTACIONES

Frente a la reconocida preocupación legal y mediática para la evitación de accidentes de trabajo, la enfermedad profesional se nos presenta como una situación comparativamente infravalorada. A ello contribuyen sus difusos perfiles delimitadores, en una regulación tradicionalmente confusa, y las dificultades técnicas que plantea

el hecho de su declaración como tal. A partir de estas premisas, en el presente trabajo se profundiza sobre el concepto legal actual de enfermedad profesional y sobre la incidencia que para su determinación ha tenido el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, que ha establecido el nuevo cuadro de enfermedades profesionales.

Abstract

THE OCCUPATIONAL DISEASE: CONCEPT AND MANIFESTATIONS

Opposed the distinguished legal and of media concern for the prevention of accidents at work, the occupational disease is presented like a comparatively undervalued situation. To that contribute it diffuse delimiting outlines, in a traditionally confused regulation, and the technical difficulties that the fact of their declaration

like such raised. Starting from these premises, in the present work is deepened on the current legal concept of occupational disease and about the incidence that, in its determination, has had the Royal Decree 1299/2006, of November 10, that has established the new table of occupational diseases.

Sumario

1. Introducción. A) La infravaloración de la EP frente al AT. B) La infradeclaración como nota negativa. C) Plan de exposición. **2. Delimitación de la EP.** A) EP en el ámbito Sanitario, en el ámbito preventivo y en el Sistema de Seguridad Social.
 a) Ámbito sanitario. b) Ámbito preventivo. c) Ámbito del Sistema de Seguridad Social.
 a') Enfermedad profesional y accidentes de trabajo. b') Enfermedad profesional y enfermedad común. **3. Análisis, alcance y puntos críticos derivados de la modificación normativa operada por el RD 1299/2006, de 10 de noviembre.** A) Antecedentes.
 B) Origen y elementos determinantes de la reforma. C) El nuevo cuadro de enfermedades profesionales. a) Los anexos y su contenido. b) Ámbito subjetivo.
 c) Significado. d) Actualización del cuadro. D) Calificación y trámite. E) Valoración crítica de la reforma. **4. Las mutuas de accidente de trabajo y enfermedad profesional y su posición en la gestión de las enfermedades profesionales.** A) Ámbito de actuación de las mutuas. a) La prevención de la EP por parte de las Mutuas. b) La gestión de la EP por parte de las mutuas.

1. INTRODUCCIÓN

A) La infravaloración de la EP frente al AT

1. El hecho de que la EP no haya alcanzado el grado de interés, social y legal que suscita el AT es indudable, constatable empíricamente y asumido por la generalidad, incluso por los no especialistas en la materia.

Se ha tratado –y aun hoy se trata– de una situación a la que no cabe encontrar una explicación única, sino que responde a un conjunto de factores heterogéneos, entre los que cabe, cuanto menos, destacar los siguientes:

a) En primer lugar, el carácter “súbito y violento” del AT, en su concepción más primigenia, es determinante de una conmoción social infinitamente mayor que el proceso “lento y progresivo” que está en la raíz de la EP. Mientras que, a nivel social, los AT provocan un importante grado de alarma social, son contadísimos los casos de EP (el Caso Ardystil, el del “síndrome del calzado”, o pocos más) que hayan suscitado tal tipo de reacciones.

b) En segundo lugar, seguramente este nivel menor de “presión social” que produce la EP influye en la clase política, muchas veces, preocupada, incluso en términos electora-

La enfermedad profesional

les, de objetivos con rentabilidad a corto plazo, lo que le hace descuidar la atención sobre determinado tipo de necesidades sociales respecto de las que tal presión es de *diapasón bajo*. Sólo eso explica cómo, entre nosotros, un listado de EP que databa de 1978, prácticamente obsoleto, haya permanecido en vigor hasta que hace muy poco tiempo ha sido sustituido por el RD 1299/2006, de 10 de noviembre.

c) En tercer lugar, salvo en el caso del AT donde la evidencia se impone, ha existido y seguramente permanece, una total falta de conciencia (social e incluso profesional) de que el elemento “laboral” está en la génesis de un significativo número de patologías de la salud. A niveles de investigación y de prevención se toman más en consideración los factores genéticos, los medioambientales e incluso los hábitos alimentarios, que los estrictamente laborales.

d) En cuarto lugar, y en conexión directa con lo que se acaba de decir, en todo caso y cuando el elemento laboral se tiene en cuenta es en relación con el sector primario, de modo que la EP sería propia del obrero de la industria, descuidándose de manera importante la atención al sector servicios en el que, cada vez más, han aparecido un nuevo tipo de enfermedades (desde las posturales y músculo-esqueléticas hasta las nuevas manifestaciones de enfermedades psicosociales) cuya etiología está claramente enraizada en lo laboral.

e) En quinto lugar, nuestro sistema normativo regulador de la EP no ha propiciado una mejora en este estado de cosas. En efecto, dicho modelo, hasta la nueva situación estrenada en el inicio de 2007, se ha caracterizado, en un intento de síntesis meramente descriptivo, por dos rasgos fundamentales, a saber:

– Un sistema de lista obsoleto respecto del que ha existido una clara reticencia judicial para aprovechar sus posibles resquicios, declarando judicialmente la existencia de EP, sin duda porque ha contado con la *válvula de escape* que suponía declarar estas “enfermedades de trabajo” como AT.

–Y, paralelamente, un excesivo protagonismo empresarial en la iniciación del proceso de declaración de EP, con procedimientos anticuados de transmisión de una información insuficiente a todas luces, que ha propiciado no ya sólo que, en base a la propia resistencia empresarial, numerosas EP no se declarasen como tales sino que, además, en otros casos (por ejemplo, trabajadores desempleados, jubilados, etc.) no se diesen las condiciones para el inicio de la tramitación y, sobre todo, que no

**EXISTE UNA FALTA
DE CONCIENCIA DE QUE
EL ELEMENTO “LABORAL”
ESTÁ EN LA GÉNESIS DE
UN IMPORTANTE NÚMERO
DE PATOLOGÍAS
DE LA SALUD**

se diesen las circunstancias que propiciasen una auténtica y coordinada labor preventiva y reparadora por parte de las autoridades llamadas a intervenir.

B) La infradeclaración como nota negativa

2. Este conjunto de circunstancias ha venido propiciando lo que el propio RD de 2006 denominaba “infradeclaración” de las EP. Se trata de una realidad evidente, por más que puedan existir discrepancias sobre la forma de allegar los datos estadísticos que la corroboran y sobre su significación.

Merece la pena, sin embargo, recordar algunos de los que proporciona LÓPEZ GANDÍA en un estudio reciente:

– el número de cánceres laborales declarados como EP alcanza en España el 1%, mientras que el porcentaje es del 9% en Francia y Reino Unido y del 13% en Alemania,

– el número de fallecimientos conectados con el trabajo alcanza el 4,1% de las muertes de la población y el subregistro de EP afectaría a 75.000 nuevos casos al año, lo que significaría que no son reconocidos como de origen profesional el 83% de las dolencias conectadas con el trabajo,

– y, según datos del Sindicato CCOO, existirían 3,5 millones de trabajadores expuestos a sustancias peligrosas (la mitad en la construcción) mientras que sólo el 7% de las empresas establecerían la inclusión de éstas en sus evaluaciones de riesgos.

3. Con independencia de la mayor o menor consideración o crítica que puedan merecer los datos indicados, lo cierto es que la *infradeclaración* de la EP constituye uno de los mayores déficits del sistema, expresamente reconocido en la Exposición de Motivos del RD de 2006.

C) Plan de exposición

4. De aquí que la exposición que sigue, vaya a desarrollarse en tres partes, claramente acotadas y diferenciadas entre sí: en la primera, intentaré trasladar un recordatorio de la delimitación y significación de la EP en nuestro marco normativo; en la segunda, analizaré la eventual repercusión en éste de la reforma operada a partir de comienzo de 2007, y, finalmente, en la tercera, haré referencia a los aspectos más significativos de la intervención de las mutuas en esta materia.

2. DELIMITACIÓN DE LA EP

A) EP en el ámbito sanitario, en el ámbito preventivo y en el Sistema de Seguridad Social

5. La EP es, por lo pronto, una contingencia profesional. Si nuestro Sistema de Seguridad Social hubiera aplicado –como en algún momento pareció que iba a hacer– el llamado

“principio de consideración conjunta de las contingencias” –atendiendo a las situaciones de necesidad con independencia de sus hechos causantes– sería irrelevante su origen, a efectos de la protección que se les dispensa. Perdería así la EP su adjetivación, como “profesional”, para situarse en el terreno sustantivo de su naturaleza, como “enfermedad”, y ser, como tal, acreedora de una única atención legal, preventiva y reparadora. Pero ello no es así, por lo que la EP mantiene junto con el AT un régimen privilegiado, como contingencia profesional, en nuestro Sistema de Seguridad Social.

6. Con todo, la EP no es exclusivamente una contingencia relevante desde la óptica de dicho Sistema, sino que se sitúa en el punto de mira de, al menos, otros dos grupos normativos: el puramente sanitario y el preventivo.

a) **Ámbito sanitario**

7. Desde el punto de vista sanitario, la EP es una enfermedad más, en el sentido de que, si se atiende a la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, se advierte cómo, dentro de ella, se integra de modo natural la salud laboral. No obstante lo anterior, no puede decirse que el origen profesional de estas patologías sea neutro desde el punto de vista meramente sanitario. Cuanto menos, existe una preocupación profiláctica, que conecta con la normativa comunitaria que, recientemente, a través de su Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, ha promovido que los Estados Miembros se impliquen también en su política sanitaria en la evitación de EP, reclamando de éstos “una contribución activa de los sistemas nacionales de salud a la prevención de enfermedades profesionales, en particular mediante una sensibilización del personal médico para mejorar el conocimiento y el diagnóstico de estas enfermedades”.

b) **Ámbito preventivo**

8. Es, sin duda, en este último terreno, el de la prevención, donde la EP puede y debe tener un campo acotado y propio, desde el punto de vista normativo pues, justamente, es el nivel legal especializado en su evitación, junto con la del AT. No en vano es una lamentable pero ineludible constatación la de que el trabajo produce efectos negativos para la salud. De aquí que ya las viejas Leyes de Indias trataran sobre la evitación y reparación de las enfermedades que aquejaban a los indios por razón del trabajo.

Y de aquí también que desde el primer momento en que se inician formalmente los procesos de internacionalización de la legislación laboral, se produjesen manifestaciones que denotaban la especial preocupación por el tema.

9. Así, la Organización Internacional de Trabajo ya en su primera reunión (Washington, 1919) aprobó tres Recomendaciones, relativas a la prevención del carbunco (núm. 3) a la protección contra el saturnismo de mujeres y niños (núm. 4) y a la prevención contra el fósforo blanco (núm. 6) y poco después, en su Convenio núm. 18 (de 1925, ratificado por España en 1932) inició la equiparación indemnizatoria entre EP y AP, introduciendo por primera vez el sistema de cuadro o lista para delimitar las primeras, fijando en aquel primer cuadro tres tipos de dolencias. Cuadro que sería ampliado en posteriores Convenios (a diez enfermedades en el Convenio 42 de 1934 y a quince en el Convenio 121 de 1964).

10. Otro tanto cabe decir en el ámbito de la Unión Europea, en el que la ya mencionada Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre (que sustituye a la Recomendación 90/316/CE de 22 de mayo que, a su vez, había sustituido a la Recomendación de 23 de julio de 1962, de la Comisión) establece con la misma finalidad preventiva la llamada “lista europea de enfermedades profesionales” (con dos Anexos, sobre los que posteriormente habré de volver –de enfermedades “reconocidas” como profesionales y enfermedades “sospechosas” de serlo–) y donde un muy nutrido grupo de Directivas contiene medidas específicas de obligatorio cumplimiento para los Estados Miembros, en relación con determinados agentes que pueden causar enfermedades profesionales (a la Directiva 83/477/CEE sobre exposición al amianto en el trabajo, han seguido otras varias relativas al ruido, a pantallas de visualización, a agentes carcinógenos, biológicos, químicos, físicos, atmósferas explosivas, radiaciones ionizantes, etc.)

11. En nuestra normativa interna preventiva vigente, sin embargo, lo que cabe afirmar es que, por una parte, la LPRL, aunque intenta preservar un espacio propio para los conceptos de AT y EP, sin embargo, acoge abiertamente los acotados por la legislación de Seguridad Social y, por otra, que en todo caso, la noción de EP no tiene prácticamente autonomía en la legislación preventiva, sino que aparece casi simbiotizada con la de AT.

En el primer sentido, cabe recordar como la LPRL reconoce en su DA Primera los conceptos establecidos en la legislación de Seguridad Social, al establecer que

“Sin perjuicio de la utilización de las definiciones contenidas en esta Ley en el ámbito de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, tanto la definición de los conceptos de accidente de trabajo, enfermedad profesional, accidente no laboral y enfermedad común, como el régimen jurídico establecido para estas contingencias en la normativa de Seguridad Social, continuarán siendo de aplicación en los términos y con los efectos previstos en dicho ámbito normativo.”

sin que, entre las “definiciones” que la propia Ley establece, se acote un concepto propio de AT o EP, sino que ambos se incorporan a la noción genérica de “daños derivados del trabajo”, señalándose que

“Se considerarán como ‘daños derivados del trabajo’ las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo” (artículo 4.3ª LPRL).

En el segundo, porque una vez acotado este concepto genérico de daños derivados del trabajo, la LPRL o bien se refiere a éste o bien utiliza conjuntamente la referencia a “accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” o bien vuelve a utilizar otra expresión genérica, cual es la de “daños para la salud de los trabajadores”, pero sin referirse, en ningún caso, a una derivación autónoma de la EP en el ámbito normativo de que se trata.

c) **Ámbito del Sistema de Seguridad Social**

12. Es precisamente en el ámbito regulador del Sistema de Seguridad Social donde se contiene una delimitación clara y precisa de lo que se entiende por EP.

La enfermedad profesional

La LGSS elabora la noción de EP a partir de dos conceptos y el establecimiento de una necesaria relación entre ellos. El primer concepto es etiológico, la EP ha de derivarse del trabajo por cuenta ajena; el segundo es enumerativo y se corresponde con el contenido del cuadro de actividades y elementos o sustancias que provocan la EP, y la tercera, la relación de causalidad, está concebida con carácter mucho más rígido que en el AT, de modo que la EP no se puede producir “con ocasión” del trabajo por cuenta ajena, sino necesariamente “a consecuencia” de él.

Y decimos que se elabora una noción de EP clara y precisa porque la referencia a un “cuadro” (de “actividades” y de “elementos o sustancias”) que concreta cuáles son las enfermedades profesionales, con carácter de presunción *iuris et de iure* (artículo 116 LGSS) determina un marco de total seguridad jurídica a la hora de su calificación (por más que, anticipémoslo ya, el sistema de “doble lista” de EP “reconocidas” y EP “sospechosas” que ha introducido el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, pueda dar lugar –según como se interprete– a nuevos e indeseables elementos de vacilación).

13. Ahora bien, esta solución legal, respecto de la que cabe cuestionarse si es la mejor de las posibles, es, en todo caso, imperfecta, porque si, al menos legalmente, “son EP todas las que están” en el cuadro, sin embargo, sin lugar a duda, en éste “no están todas las que son”. Y ello determina que aunque el sistema de cuadro establezca unos perfiles claros para la EP, sin embargo indirectamente provoque oscuridad en la configuración del AT (que tiene que incorporar en su seno a auténticas EP que, por no estar en el cuadro, pasan a engrosar el cupo de una nueva categoría, no legalmente reconocida, que es el de las “enfermedades de trabajo”) y también en la de la EC (que termina también acogiendo en su seno a otras auténticas EP que, como consecuencia de su “infradeclaración”, no son reconocidas como tales). En definitiva, el sistema de “cuadro” junto con la ventaja de su seguridad, provoca un indeseable efecto “ventilador” expulsando de su espacio natural a auténticas EP, para resituirlas o bien en el ámbito del AT o bien en el de la EC.

a’) Enfermedad profesional y accidentes de trabajo

14. Por lo que se refiere a la relación de trasvase que se establece desde las EP al AT, la explicación es sobradamente conocida. Aunque, en principio, el término “accidente” evoca una acción

**LA EP SE PRODUCE
“A CONSECUENCIA”
DEL TRABAJO POR
CUENTA AJENA**

súbita y violenta, lo cierto es que no se excluye de ésta la lesión o enfermedad que esté originada por agentes conectados con el trabajo.

Como es sabido, esta interpretación tiene su origen en la STS de 17 de junio de 1903, resolviendo una reclamación planteada por un trabajador expuesto al plomo de una fundición, que contrajo una intoxicación por saturnismo, causante de su ceguera. Merece la pena, aun después de más de cien años, recordar aquella doctrina jurisprudencial, que mantiene plena vigencia:

“Si bien no es dable confundir en modo alguno lo que es un accidente de trabajo con lo que constituye una enfermedad contraída en el ejercicio de una profesión determinada cuando esta enfermedad no tiene una relación absoluta e inmediata con aquella profesión, sino que depende del agotamiento o desgaste natural de fuerzas empleadas en los trabajos a que el individuo se dedique, es por el contrario evidente que siempre que la lesión a que se refiere el artículo 1 de la Ley de 30 de enero de 1900 sobrevenga de una manera directa e inmediata por consecuencia indudable del manejo de sustancias tóxicas, se encuentra de lleno comprendida en dicha Ley, ya porque ésta no define el accidente con referencia a un suceso repentino, más o menos importante, sino al hecho mismo constitutivo en sí de la lesión, ya porque dada la naturaleza de esta clase de accidentes en los establecimientos en que se emplean sustancias tóxicas e insalubres, sería por demás insólito que acaecieran repentinamente como acontece en otras fábricas y talleres, o en los demás lugares en donde los obreros ejecutan un trabajo manual por cuenta del patrono.”

Tras esta Sentencia, la doctrina se consolidó, asumiéndose la consideración de AT no sólo en relación con otros procesos de intoxicación, sino en otros casos como los de insolaciones o patologías derivadas del frío, como consecuencia del trabajo en la intemperie.

15. Con el paso de los años, tras la aparición de la noción legal de EP podría pensarse que un posible replanteamiento legal hubiera sido el de incorporar este tipo de dolencias al segmento de las EP. O incluso, si se quería mantener un carácter cerrado para el “cuadro” delimitador de las EP, haber creado normativamente y con un régimen propio, el *tertium genus* de las “enfermedades de trabajo”. Pero no se ha hecho así, sino que se ha mantenido para ellas la calificación como AT, estableciéndose un soporte normativo para éstas en las situaciones enumeradas en el artículo 115.2, apartados e), f) y g) (enfermedades no profesionales, en sentido técnico, pero contraídas por causa de trabajo; agravamiento de enfermedades anteriores, y enfermedades intercurrentes). De este modo, se mantiene una causalidad rígida, formal y cerrada respecto de las EP y una causalidad abierta respecto de las enfermedades de trabajo reconducibles a AT, quedando la EC como espacio al que se reconducen las enfermedades que no pueden ser incorporadas a las dos primeras categorías.

16. Pudiera pensarse que, en esta reconducción de las enfermedades de trabajo al AT, estamos ante una cuestión meramente semántica, toda vez que AT y EP comparten, en cuanto que son contingencias profesionales, un mundo de privilegiadas diferencias, con

La enfermedad profesional

las contingencias comunes. Así, sin carácter exhaustivo, cabría hacer énfasis en aspectos generales como:

- exigencia o no de alta para causar derecho (consideración de alta de pleno derecho);
- régimen de cotizaciones diferenciadas;
- gestión de la contingencia a través de las mutuas;
- requisitos de acceso a las prestaciones (inexigibilidad del período de carencia);
- contenido mismo de las prestaciones (por ejemplo, IT desde el día siguiente de la baja);
- responsabilidad empresarial en materia de prestaciones (recargos por falta de medidas de seguridad),
- y en cuestiones más delimitadas subjetivamente como, por poner un solo ejemplo,
- protección de los extranjeros irregulares.

17. Pero una conclusión tal sería precipitada y errónea. En efecto, aunque aparentemente y desde el punto de vista del trabajador, el tratamiento de AT y EP, desde la óptica prestacional, es idéntico, sin embargo tal identidad no se reproduce desde el punto de vista empresarial, pues la normativa impone a las empresas un conjunto de obligaciones, preventivas unas y paliativas otras de los efectos de las EP.

Tales obligaciones son, fundamentalmente, las siguientes:

- a) Reconocimientos médicos (artículos 196 y 197 LGSS) que deben realizarse con carácter previo a la incorporación de los trabajadores que hayan de ocupar puestos con riesgos de EP. Se trata de reconocimientos a cargo de la empresa, que impiden a ésta contratar a quienes no los superen y que deben repetirse periódicamente a lo largo de la vida laboral del trabajador, impidiendo también la no superación de éstos durante la vigencia del contrato el mantenimiento del trabajador en su puesto.
- b) Fijación de período de observación “durante el tiempo necesario para el estudio médico de la enfermedad cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo” (artículo 133.1 LGSS), situación durante la cual, si resulta conveniente la baja del trabajador, se entenderá a éste en situación de IT por un plazo de hasta seis meses prorrogable excepcionalmente por otros seis [artículo 128.1.b) LGSS].
- c) Traslado o cambio de puesto de trabajo (artículo 133.2 LGSS) que puede ser acordado en caso de que, a resultados de los reconocimientos médicos, se aprecien síntomas de EP que no den lugar a la IT, pero que permitan entender que su progreso puede evitarse mediante un cambio de puesto de trabajo (artículo 45 de la Orden de 9 de mayo de 1962).
- d) Baja en la empresa (artículo 133.2 LGSS, en relación con artículo 48 de la Orden de 9 de mayo de 1962) cuando no resulta posible el cambio de puesto, extinguiéndose la relación laboral.

18. En relación con estas medidas existen opiniones que sostienen su inespecificidad respecto de la EP, en relación con el AT, señalando que no añaden nada a previsiones normativas preexistentes y que, por ello, la distinción entre ambas figuras resulta inocua.

Sin embargo, lo cierto es que los reconocimientos médicos por su carácter previo a la contratación, por su obligatoriedad, por su periodicidad posterior y por sus consecuencias no pueden, en modo alguno, asimilarse a los que establece la LPRL.

En cuanto a los períodos de observación debe apreciarse que, a diferencia de lo que ocurre con la IT ordinaria, aquí puede existir una baja por IT respecto de un trabajador cuya capacidad para el trabajo no esté afectada.

Por lo que se refiere a los cambios de puesto o traslado, sí que cabe entender que tienen paralelismo suficiente con la previsión del artículo 25.1 LPRL.

Finalmente, por lo que se refiere a las bajas por inexistencia de puesto adecuado para resituar al trabajador, debe significarse que aunque la vieja Doctrina Judicial del TCT (Sentencia de 4 de octubre de 1963) entendía que eran válidas porque el artículo 49 ET no contenía una enumeración exhaustiva de las causas extintivas y que, por tanto, la Orden de 9 de mayo de 1962 –que no ha sido derogada– era operativa, sin embargo, alguna Doctrina Judicial ha entendido que la vía a articular es la de la extinción por causas objetivas en base a ineptitud sobrevenida (STJ del País Vasco de 18 de mayo de 1969) y, para completar la complejidad del panorama, cabe constatar también la existencia de Sentencias que consideran que el trabajador que causa baja queda en situación de IP total, pues, de no ser así, tendría peor condición que la del que causa baja por EC (SSTS de 8 de marzo de 1988, 27 de junio y 22 de diciembre de 1994).

En definitiva, estas mayores cargas para la empresa en relación con la EP pueden ser determinantes para su “estigmatización” que a la postre provoca su “infradeclaración” y, por ello el consiguiente trasvase de EP a EC.

b') Enfermedad profesional y enfermedad común

19. Por lo que se refiere a este trasvase de auténticas EP, generalmente no listadas, al ámbito de las EC, cabe señalar que se producen en relación con él dos fuerzas de signo contrario. De una parte, por razón de las mayores cargas, tal como acabamos de expresar, las empresas tienden a intentar la declaración como EC de auténticas EP; pero, de otra, atendiendo a la progresiva acentuación de la mejor protección de las contingencias profesionales, que sigue produciéndose, en contradicción con el principio de consideración conjunta de las contingencias –teórico inspirador del Sistema, aunque en realidad este tiende a operar en sentido contrario, acentuándose las diferencias entre contingencias comunes y profesionales– los trabajadores luchan por conseguir la calificación de profesionales para contingencias que o abiertamente no lo son o existen altos márgenes de duda respecto de que lo sean. Y en esta segunda tendencia, los Sindicatos abanderan una constante denuncia de la “infradeclaración” y una permanente reivindicación ordenada a su evitación.

20. En este sentido, la Exposición de Motivos del todavía relativamente novedoso RD 1299/2006, de 10 de noviembre, que aprueba el nuevo cuadro de EP, muestra su preocupación por la necesidad de “aflorar enfermedades profesionales ocultas y evitar la

La enfermedad profesional

infradeclaración de tales enfermedades”, ordenando para ello nuevos dispositivos de notificación y registro de las EP.

21. Sin perjuicio de lo que resulte del análisis de estas disposiciones, que inmediatamente vamos a realizar, es preciso poner de relieve cómo existen problemas endémicos, en relación con la detección y adecuado diagnóstico de las EP de muy difícil solución. Así, sin intención de exhaustividad, cabe señalar:

- Las dificultades de su diagnóstico, en cuanto que, con frecuencia, sus manifestaciones externas se producen en tiempo muy diferido respecto del momento en que se contrajeron.
- La pluralidad de elementos influyentes en su etiología, laborales unos y extralaborales otros. Piénsese en la influencia de determinados hábitos privados (tabaco, alcohol, pautas sedentarias, etc.) en este tipo de patologías.
- Los, cada vez más frecuentes, procesos de externalización de actividades, que dificultan aun más el seguimiento de estos procesos, especialmente cuando la externalización se efectúa sobre trabajadores autónomos que no han optado por la protección de sus riesgos profesionales.
- La falta de preparación específica de muchos de los facultativos que intervienen en estos procesos para el diagnóstico de las EP y la inexistencia actual de un protocolo técnico que coadyuve a superar tal déficit.

22. Hasta qué punto, las modificaciones operadas en el sistema normativo regulador de la EP, a raíz del RD 1299/2006 pueden servir para mejorar estos problemas de trasvases artificiales y de infradeclaraciones de auténticas EP es la cuestión que abordamos a continuación, a partir del análisis de la nueva normativa.

3. ANÁLISIS, ALCANCE Y PUNTOS CRÍTICOS DERIVADOS DE LA MODIFICACIÓN NORMATIVA OPERADA POR EL RD 1299/2006, DE 10 DE NOVIEMBRE

A) Antecedentes

23. Es conocido que en España la protección específica de la EP comenzó con cierto retraso. La Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 no hizo referencia alguna a la EP como tampoco lo

**LOS SINDICATOS
ABANDERAN UNA
CONSTANTE DENUNCIA DE
LA “INFRADECLARACIÓN”
DE LAS EP**

hicieron el Texto Refundido de 8 de octubre de 1932 ni el de 22 de junio de 1956, que mantuvieron la pauta de la Ley de 1900, por lo que la protección de la EP se abrió espacio en base a la doctrina jurisprudencial establecida a partir de la ya comentada STS de 17 de julio de 1903.

En paralelo a esta evolución de base jurisprudencial, con la Ley de Bases de 13 de julio de 1936, se inició en España la protección de la EP. Dicha Ley, siguiendo las directrices del Convenio 18 de la OIT inició un sistema de protección por lista, aunque la Guerra Civil impidió el desarrollo de esta primera disposición.

Durante la propia Guerra, el Decreto de 29 de abril de 1938 estableció una protección aislada de la silicosis y, finalizada ésta, una Orden de 31 de julio de 1944 impuso la obligatoria declaración de la EP, respecto de la que se inició un intento de protección generalizada mediante el Decreto de 10 de enero de 1947 que creó el Seguro de Enfermedades Profesionales, definiéndolas como “aquellas que producidas por consecuencia del trabajo y con evolución lenta y progresiva, ocasiona al productor una incapacidad para el ejercicio normal de su profesión, o la muerte”. Dicho Decreto fue sustituido por el de 13 de abril de 1961 y, en uno y otro, se recurrió, como en la norma de 1938, al sistema de lista.

24. A nivel de la legislación general de Seguridad Social fue la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963 la que comenzó a reconocer (Bases quinta y octava) la protección de la EP y en su desarrollo, en el Texto Articulado de 21 de abril de 1966, ya se entiende como EP “la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indique para cada enfermedad profesional”, noción legal esta que, a través del Texto Refundido de 30 de mayo de 1974, ha llegado al artículo 116 del vigente Texto Refundido de 1994.

25. A su vez, el listado de EP del Decreto de 1961 fue actualizado por el RD 1995/1978, de 12 de mayo, que ha estado en vigor durante más de veintiocho años, hasta la entrada en vigor del nuevo cuadro y la nueva regulación contenidos en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, que es el que pasamos a examinar.

B) Origen y elementos determinantes de la reforma

26. La norma de 2006 tiene su origen en los trabajos de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud, creada tras la aprobación de la LPRL y se enmarca en los mandatos de diversas normas legales [artículo 116 LGSS y artículo 6.1.f) de la LPRL] que reclaman la existencia de listados, lógicamente actualizados, y de procedimientos eficaces de información y comunicación de las EP.

Era evidente el carácter obsolecente y prácticamente caduco de la norma reglamentaria de 1978, que casi no había sido actualizada en cerca de treinta años, a pesar de los importantísimos avances tecnológicos producidos en el período. De aquí que, asumiendo

las directrices de la ya comentada Recomendación 2003/670/CE y los compromisos incorporados a la Declaración de Diálogo Social de julio de 2004, se procedió al dictado del RD de noviembre de 2006 que, como indica su propio rótulo, cumple dos funciones fundamentales “aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de Seguridad Social y establece criterios para su notificación y registro”.

C) El nuevo cuadro de enfermedades profesionales

a) Los anexos y su contenido

27. Mediante el RD de noviembre de 2006 se incorpora a nuestro derecho la doble lista de la normativa comunitaria (Recomendación de 2003) que incluye enfermedades cuyo origen profesional es indubitado (Anexo I) y enfermedades respecto de las que se sospecha tal origen profesional y que, por tanto, en el futuro, podrían incorporarse al primer listado (Anexo II).

En el nuevo cuadro las EP se clasifican en seis grupos, en función del agente que causa la enfermedad. De este modo, el criterio del agente es el que prevalece sobre el “tipo de enfermedad” que también era objeto de consideración en la normativa anterior.

28. Es más, en los nuevos listados se relacionan los “agentes” y las “actividades” (abandonándose en la redacción definitiva del RD de 2006 el sistema de triple columna que se proponía en el inicial borrador de 2005).

Debemos decir, sin embargo, que de este modo no sólo no se rompen las exigencias del artículo 116 LGSS –que se refiere a “actividades” y a “elementos y sustancias”, pero que no impone la concreción de “enfermedades”– sino que además se permite una cierta, aunque mínima, amplitud en la catalogación de las concretas EP, que no se encuentran incorporadas a un listado cerrado, sino que pueden ser declaradas como tales si la patología derivada del trabajo de que se trata es susceptible de ser reconducida a las dos columnas del cuadro. Esta posibilidad ya existía en la anterior normativa, aunque fue utilizada como *cuentagotas* por la Doctrina Judicial (por ejemplo, en el caso de un eczema de contacto en peluquería, conforme a la STSJ del País Vasco de 19 de marzo de 1996; o en el caso de una bronconeumonía no listada de la STSJ de Cataluña de 21 de abril de 1998, o en el de la epicondilitis declarada por la STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2004, respecto de una limpiadora). Sin embargo, se trata de una Doctrina Judicial que adquiere ahora renovada importancia por cuanto, aunque realmente el nuevo modelo legal no puede ser configurado de “mixto” (lista más apreciación judicial), lo cierto es que la nueva configuración normativa abre un amplísimo margen de maniobra para la apreciación judicial de la EP.

29. Concretamente, el RD contiene dos Anexos, cuyo contenido es el siguiente:

El Anexo I contiene seis grupos de EP, que se clasifican en función de sus agentes productores (químicos, físicos, biológicos, por inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados, de la piel causadas por agentes y sustancias no comprendidas en otros apartados, y causadas por agentes cancerígenos).

El Anexo II incluye enfermedades que se sospecha pueden ser calificadas de EP y se construye también mediante seis grupos que contienen los mismos tipos de agentes previstos en el Anexo I pero, a diferencia de éste, no se establecen los trabajos capaces de producir EP.

b) **Ámbito subjetivo**

30. En la medida en que la Disposición Derogatoria del RD 1299/2006 deroga el cuadro de enfermedades profesionales y la lista de trabajos que figuraban como anexo al Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, se alcanza una unificación de las listas de enfermedades profesionales existentes:

– Para los trabajadores por cuenta propia respecto de los que la DA Trigésima Cuarta LGSS (introducida por la Ley 53/2002, de 30 noviembre) ya había previsto la incorporación a las contingencias profesionales (previo ejercicio de la opción por la inclusión de la prestación por IT) y había definido la EP como “la contraída a consecuencia del trabajo por cuenta propia que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales (...) anexo al RD 1995/1978 (...)”.

– Para los becarios de investigación, respecto de los que el artículo 6.2 del RD 1326/2003, de 24 de octubre, establece que “se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia de las tareas y funciones efectuadas por el becario en las actividades especificadas por la normativa reguladora de las enfermedades profesionales en el Régimen General de la Seguridad Social y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias señaladas para cada enfermedad en la normativa anteriormente dicha”.

31. Con todo, aunque se ha conseguido el objetivo homogeneizador o unificador de la regulación legal de la EP no se ha alcanzado, empero, el universalizador, en cuanto que siguen estando fuera del ámbito protector de estas contingencias los empleados de hogar, en cuyo Régimen los AT y EP que afecten a los encuadrados en éste son considerados legalmente como accidentes no laborales (artículo 22.3 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, que señala que las prestaciones que este Régimen concede en caso de accidente son las mismas que otorgue el Régimen General por el ANL).

c) **Significado**

32. Según se viene señalando, el RD de 2006 contiene dos Anexos, cuyo contenido básico ya ha quedado indicado.

La significación y alcance de éstos se deduce de sus propios rótulos. Así el Anexo I se intitula claramente “Cuadro de Enfermedades Profesionales”, mientras que el Anexo II se rotula “Lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el cuadro de enfermedades podría contemplarse en el futuro”.

33. Atendiendo a tales rotulaciones, debemos discrepar abiertamente de alguna opinión doctrinal que se ha manifestado en el sentido de que, a la vista de este doble listado, debe modificarse el artículo 116 LGSS. Y ello, en primer lugar, porque, en todo caso,

de existir discrepancia entre ambas normas lo que habría que afirmar es el carácter *ultra vires* de la norma reglamentaria y no la adaptación de la Ley, y porque, en segundo lugar, no existe, desde luego, divergencia alguna, toda vez que el artículo 1 del RD 1299/2006 comienza afirmando que “se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales que figuran como Anexo I”, quedando así perfectamente coordinado el “cuadro” con el Anexo I y, ambos, con la referencia al “cuadro” del artículo 116 LGSS.

34. Cabe entonces preguntarse cuál es la función y virtualidad del Anexo II. O, en otros términos, cabe cuestionarse si, probada la conexión originaria con el trabajo de una patología incorporada al Anexo II, ésta puede ser directamente considerada y calificada como EP. El elemento de duda puede surgir del hecho de que el artículo 5 del RD 1299/2006 establece que tanto los facultativos del Sistema Nacional de Salud, como los de los servicios de prevención, “cuando con ocasión de sus actuaciones profesionales tuvieran conocimiento de la existencia de una enfermedad de las incluidas en el Anexo I que podría ser calificada como profesional, o bien de las recogidas en el Anexo II y cuyo origen profesional se sospecha, lo comunicarán a los efectos oportunos (...) a efectos de calificación (...)”, dando la impresión la defectuosa redacción del precepto que la calificación como EP se refiere tanto a las enfermedades del Anexo I como a las del Anexo II.

35. Sin embargo, desde mi punto de vista hay que rechazar rotundamente una interpretación tal, por cuanto resulta claro del artículo 116 LGSS y del artículo 1 antes indicado, del RD 1299/2006, que EP son sólo las del Anexo I, sin que quepa, como vamos a ver a continuación, la incorporación automática a éste de las del Anexo II que cumple, por tanto, un papel de aviso o recordatorio de que se trata de dolencias sobre las que debe hacerse un seguimiento muy cercano en función de la sospecha y probabilidad de que constituyan auténticas EP. Y desde un punto de vista diferente, la actualización de una situación incluida en la lista de sospecha pasará a jugar como un elemento probatorio importante (aun sin llegar al de la presunción) de que se está ante una *enfermedad de trabajo* (en tanto que ésta no esté incorporada al Anexo I de EP).

d) Actualización del Cuadro

36. El carácter dinámico del nuevo cuadro se manifiesta al preverse su posible y constante actualización. Para ello existen dos vías (artículo 2 RD 1299/2006).

**SÓLO LAS ENFERMEDADES
INCLUIDAS EN EL ANEXO I
DEL RD 1299/2006
SON EP**

a) Una, que coincide con la tradicional, con algunas modificaciones. Así ahora la propuesta modificativa corresponde al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales previo informe del Ministerio de Sanidad y Consumo y de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, debiéndose soportar la propuesta con un informe científico elaborado conjuntamente por ambos Ministerios.

b) Otra, que parece estar diseñada con un cierto automatismo “cuando sean incorporadas a la lista europea” en el Anexo I. Pero como señalan el artículo 116 LGSS y el RD 1299/2006 “previo informe del Ministerio de Sanidad y Consumo”, lo que significa que la incorporación a la lista europea no implica, sin más, que se entienda producida la incorporación a la española y que habrá que estar, en su caso, al sentido del informe de nuestro Departamento Ministerial. Aunque no se vislumbren en la norma las consecuencias de que éste pueda ser desfavorable, pareciendo, más bien, que se tratará de un informe de mero trámite, para dejar constancia de la modificación que en el ámbito europeo se ha producido. A falta de esta necesaria trasposición, podría sostenerse que la EP de que se trate debe ser considerada, al menos, AT en el marco del artículo 115.1.c) LGSS, como *enfermedad de trabajo*.

D) Calificación y trámite

37. Como antes se señaló, es una preocupación del RD 1299/2006 expresamente explicitada en su Exposición de Motivos, la de “hacer aflorar enfermedades profesionales ocultas y evitar la infradeclaración de tales enfermedades”. A tal fin, establece una regulación novedosa en cuanto a la calificación (artículo 3) y, sobre todo, la elaboración y tramitación de los partes de EP.

38. En cuanto a la calificación el RD 1299/2006 atribuye expresamente la competencia expresa a la entidad gestora (artículo 3), sin perjuicio de que las entidades colaboradoras mantengan la cobertura por contingencias profesionales.

39. Por lo que se refiere a la comunicación, ésta debe realizarla la entidad gestora o la colaboradora quedando relevada la empresa de esta tarea. (En la legislación anterior era la empresa la que debía confeccionar por cuadruplicado el parte de EP. Más concretamente, la EP se diagnosticaba por el parte médico del profesional que atendía al trabajador –de la Entidad colaboradora o del Servicio de Salud– que lo entregaba al trabajador para su presentación a la empresa, la cual cumplimentaba los datos económicos pertinentes y lo remitía a la entidad gestora o colaboradora que tenía a su cargo los riesgos de AT y EP.)

Con arreglo a la Disposición Adicional Primera del RD, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales debía regular el procedimiento, lo que se ha realizado por la Orden TAS 1/2007, de 2 de marzo.

Atendiendo a ésta, en relación con el propio RD, los trámites básicos son:

a) Los facultativos del Sistema Nacional de Salud, cuando tienen conocimiento de una enfermedad del Anexo I que podría ser calificada de EP (o bien del Anexo II y cuyo origen

La enfermedad profesional

profesional se sospecha) lo comunican a través del Organismo competente de la Comunidad Autónoma a la Entidad Gestora –a efectos de calificación– y en su caso a la Entidad Colaboradora que asuma la protección de tal contingencia. Otro tanto deben hacer los facultativos de los servicios de prevención (artículo 5 RD). No se fija plazo.

b) Si se trata de servicios médicos de empresas colaboradoras deben dar traslado en tres días a la entidad gestora o a la mutua que corresponda (artículo 3, párrafo segundo, Orden).

c) La Entidad Gestora o Colaboradora que asuma la protección debe elaborar el parte de EP. Para ello la empresa facilitará los datos que procedan (artículo 4 RD). El parte ha de ser realizado en diez días, completándose los datos que faltan en cinco más, a cuyo fin la empresa debe, en esos plazos, facilitar la información que le sea solicitada (artículo 6 Orden).

40. Por lo demás, la Disposición Final Primera del RD 1299/2006 establece las bases para coadyuvar a que lo anterior no plantee problemas al establecer que “los órganos técnicos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y del Ministerio de Sanidad y Consumo elaborarán una guía de los síntomas y patologías relacionadas con el agente causante de la enfermedad profesional, que sirva de fuente de información y ayuda para su diagnóstico” (sustituyendo a las viejas disposiciones reglamentarias dictadas en su día para complementar el Decreto de 1961 que, aunque derogadas, seguían utilizándose en la práctica).

Se trata de una previsión cuyo cumplimiento resulta inaplazable, ante la ya comentada falta de formación específica de buena parte de los facultativos que pueden intervenir en la fase inicial de diagnóstico de la EP.

E) Valoración crítica de la reforma

41. La nueva regulación, recién comentada, merece, en general, una valoración positiva, siendo de destacar los siguientes aspectos:

a) En primer lugar, debe resaltarse el juicio favorable que merece el sistema de establecimiento de los anexos (EP “seguras” y EP “sospechosas”) en cuanto que, además de seguir las directrices de la Resolución Comunitaria de 2003 implica, desde el dictado mismo de la Norma, una constatación del necesario carácter dinámico de este tipo de listados, llamando la atención sobre la existencia de esas enfermedades sospechosas, y propiciando su prevención.

b) En segundo lugar, debe resaltarse también, de manera positiva, el mayor rigor técnico con que han sido elaborados los listados de que se trata, así como el hecho de que no se incorporen a ellos enfermedades concretas, lo que puede conceder un amplio margen para la calificación judicial de la enfermedad profesional.

c) En tercer lugar, es positivo, asimismo, el carácter dinámico que se atribuye al sistema de modificación de los propios listados, especialmente en lo que atañe a la incorporación

casi automática de las enfermedades del Anexo II cuando sean recibidas por la regulación comunitaria.

d) En cuarto lugar, también es positiva la mayor *profesionalización* de las actuaciones de diagnóstico y el establecimiento de las bases para un sistema de registro y coordinación de enfermedades profesionales que puede resultar de enorme utilidad, todo ello, además, mediante elementos de ordenación e informatización avanzados.

e) En quinto lugar, es asimismo positivo el hecho de que las empresas hayan dejado de ser las obligadas a la comunicación de la EP, siendo sustituidas por las Entidades Gestoras y Colaboradoras. Se consigue así una mayor tecnificación en esta comunicación y, sobre todo, se evita una de las fuentes en que se fundamentaba la acusación de *infradeclaración*.

f) En sexto lugar, finalmente y como elemento de contraste respecto del balance general positivo, sigue echándose en falta la confección de un protocolo o guía para los diagnósticos médicos, especialmente teniendo en cuenta que, en gran medida, los facultativos carecen de la preparación necesaria para la consideración del origen profesional de las dolencias respecto de las que intervienen.

4. LAS MUTUAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL Y SU POSICIÓN EN LA GESTIÓN DE LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Ámbito de actuación de las mutuas

42. Como es sobradamente conocido, el artículo 62.2 LGSS atribuye a las mutuas, de una parte, la colaboración en la gestión de contingencias de AT y EP y de la prestación económica de IT derivada de contingencias comunes y, de otra, la realización de actividades de prevención y recuperación previstas en la propia Ley (aclarando que sus actividades como Servicio de Prevención ajeno se regirán por la LPRL y normas reglamentarias de desarrollo), todo ello, sin perjuicio de “las demás actividades, prestaciones y servicios que le sean atribuidas legalmente”.

43. A partir de dicho precepto y respecto del tema de la EP que nos ocupa, resulta posible delimitar, en relación con la EP, dos grandes campos de actuación de las mutuas, a saber:

- uno, conectado con la actividad meramente preventiva de la EP
- y, otro, con la gestión de la propia EP, entendida como contingencia profesional.

Analicemos ambos separadamente.

a) La prevención de la EP por parte de las mutuas

44. Según se acaba de señalar, la actuación preventiva de la EP por parte de las mutuas puede ser entendida en un doble sentido:

La enfermedad profesional

– como la que desarrollan en el contexto de la LGSS para coadyuvar a la prevención de los riesgos profesionales, de una parte,

– y como la que realizan como Servicio de Prevención ajeno, en el marco de la LPRL, de otra.

45. En cuanto a lo primero, se trata de actuaciones dirigidas a prevenir la siniestralidad (actividades formativas o de investigación acerca de las causas de los AT y ET y sus factores de evitación) que las mutuas llevan a cabo de forma voluntaria (toda vez que no existe mandato legal imperativo que imponga tales actividades) a partir del designio de evitar la actualización de las contingencias que cubren las mutuas.

46. En cuanto a lo segundo, como es sabido, el artículo 32 de la LPRL introdujo la novedad de que las mutuas podían actuar como Servicios de Prevención ajenos, ofreciendo dichos servicios a sus empresas asociadas. En tanto que las mutuas ya contaban con instalaciones, servicios y experiencia en la materia, tal posibilidad resultó enormemente atractiva para las empresas clientes –que liberaban en las mutuas el cumplimiento de obligaciones legales para ellas muy complejas– y para las propias mutuas que obtenían así una fuente de ingresos adicionales e incluso un mecanismo para captación de nuevos clientes.

Sin embargo, a criterio de la Administración, los objetivos pretendidos no se lograban suficientemente, al entender que se producía una indeseable mezcla de actividades de las mutuas, en detrimento de sus funciones naturales y primeras.

Por ello y para salir al paso de esta situación, se aprobó el RD 688/2005, de 10 de julio, que regula el funcionamiento de las mutuas como Servicios de Prevención ajenos, sobre la base de una completa separación funcional de las actividades de las mutuas como entidades colaboradoras y sus actividades como servicios de prevención ajenos, estableciéndose a tal fin o bien la creación de una sociedad de prevención con personalidad jurídica distinta o bien, en todo caso, una organización específica en su seno, pero totalmente separada, incluso en cuanto a la utilización de los medios humanos y materiales adscritos a la actividad de colaboración con la Seguridad Social.

Sin entrar ahora, en valorar en profundidad la razonabilidad o no de estas medidas de disociación, debemos señalar que una estricta separación que lleve, en la práctica, a una completa independencia entre la mutua como entidad colaboradora y

LA MUTUAS LLEVAN A CABO, VOLUNTARIAMENTE, ACTIVIDADES DIRIGIDAS A PREVENIR LA SINIESTRALIDAD

la mutua como entidad de previsión, no es ciertamente positiva desde el punto de la EP. Parece evidente que una adecuada relación entre el servicio de prevención y la mutua es básico para la determinación de las EP, para su prevención y para su reparación, de forma tal que debe entenderse como positiva una relación fluida y coordinada, en materia de EP, entre los servicios de prevención y las mutuas, como lo prueba incluso el hecho de que, según ya se señaló, el artículo 5 del RD 1299/2006 atribuye a los facultativos de los servicios de prevención el deber de comunicar la existencia de una EP de las del Anexo 1 o 2, a la Entidad Gestora (a través de los servicios oportunos de las CCAA) y, en su caso, a la mutua que asuma la protección de la contingencia.

47. Desde una perspectiva distinta, tampoco cabe olvidar que sigue existiendo una necesaria correlación entre la actividad preventiva y la gestión de las mutuas en lo que se refiere al control de los reconocimientos médicos previos o periódicos, que resultan necesarios para la cobertura y/o mantenimiento de determinados puestos con riesgo de EP. En este caso se trata de una actuación preventiva impuesta a la empresa –que la ejecutará, normalmente, a través de sus servicios de prevención– pero cuyo cumplimiento debe ser controlado por la mutua, “antes de tomar a su cargo la protección por AT y EP”, hasta tal punto que el incumplimiento de esa obligación de control hace incurrir a las mutuas en importantes responsabilidades económicas, y que pueden llegar incluso, en caso de reincidencia, a la “anulación de la autorización para colaborar en la gestión” (artículos 196 y 197 LGSS).

Se advierte, por tanto, cómo materialmente resulta necesaria y lógica una fluidez entre servicios de prevención/empresa y mutua que chocan con esa rígida separación formal con que se concibe, de modo que calificaríamos de esquizofrénica la disociación mutua/entidad colaboradora y mutua/servicio de prevención.

b) La gestión de la EP por parte de las mutuas

Aunque desde una lógica que podríamos denominar “privatista” parecería lógico pensar que la entidad que tiene atribuida la protección de una determinada situación es la que debiera, a su vez, tener atribuida la competencia para su calificación, como contingencia común o profesional, sin embargo, dicha pauta no se cumple, de modo que las Entidades Gestoras tienen, en esta materia, una clara posición de predominio sobre las Colaboradoras. Del mismo modo, aunque también dentro de la misma lógica pudiera pensarse que la gestión por las Entidades Colaboradoras de las contingencias profesionales habría de conllevar necesariamente la responsabilidad económica, tampoco esta pauta se cumple de forma absoluta, existiendo en ambos casos especialidades o excepciones que afectan, sobre todo, a la EP, y que pasamos a destacar:

a) **En cuanto a la incapacidad temporal**, los datos a retener son los siguientes:

– Con carácter general, en primer lugar, las mutuas determinarán la contingencia causante del proceso. Ahora bien, en caso de discrepancia, corresponde al INSS la determinación de la contingencia causante. Tal conclusión se fundamenta en una interpretación amplia de

La enfermedad profesional

lo dispuesto en el RD 1300/1995, de 21 de julio, así como en la posición jurisprudencial que revisó su doctrina anterior que había negado la competencia de las Entidades Gestoras para revisar las actuaciones de las Colaboradoras cuando denegaban las prestaciones por no considerar profesional la contingencia. Aunque esta situación pudo entenderse coyunturalmente afectada por el RD 428/2004, de 12 de marzo, de cuya redacción parecía entenderse una asignación a las mutuas de la competencia para determinar la contingencia, en todo caso, la situación se aclaró definitivamente con el RD 1041/2005, de 5 de septiembre, en cuya Exposición de Motivos ya se deja clara “la competencia del INSS para la determinación de la contingencia causante de la (...) IT, confirmada reiteradamente por la jurisprudencia (...)”.

– En todo caso, en lo que atañe a la EP, la situación descrita resulta excepcionada, siendo de aplicación las tres siguientes reglas:

- 1) Tratándose de períodos de observación es el INSS el que determina el carácter profesional o no de la enfermedad determinante de una prestación y sus eventuales prórrogas.
- 2) Con carácter general, la atribución de la competencia para la calificación de la EP está atribuida al INSS (artículo 3 del RD 1299/2006).
- 3) Es en cambio la mutua la que asume el coste de las prestaciones por EP en situaciones de IT y en períodos de observación.

b) **En cuanto a la incapacidad permanente y la muerte y supervivencia tratándose de EP, los datos claves son:**

– La calificación, conforme a lo ya señalado, corresponde en todo caso al INSS.

– En cuanto al coste de la prestación, a diferencia de lo que ocurre con el AT, la responsabilidad de las pensiones le corresponde al INSS (como consecuencia de asumir las funciones del extinto Fondo de Compensación de Enfermedad Profesional), lo que implica que, con carácter general, la mutua queda exenta de la obligación de capitalización de las cuantías de las que es responsable y, en contraprestación, debe efectuar las oportunas aportaciones para el sostenimiento de los servicios comunes que colaboren en la gestión de contingencias profesionales. La cuantificación de esta aportación se calcula y determina anualmente, si bien, a partir de la Orden 4054/2005, de 27 de diciembre, se deja a la mutua la posibilidad de optar por los ingresos de los correspondientes capital-coste, con la consiguiente reducción en su aportación.

c) Finalmente, para concluir, debe hacerse referencia a la reciente Resolución de 19 de septiembre de 2007 de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, sobre determinación de las contingencias causadas en el ámbito de las prestaciones por incapacidad temporal y por muerte y supervivencia del Sistema de Seguridad Social.

Dicha Resolución, a partir de la constatación de que para la determinación de las contingencias por IT y por muerte y supervivencia no existe un mecanismo similar al establecido para la IP (RD 1300/1995, de 21 de julio), de acuerdo con el cual la competencia del INSS se enmarca dentro del procedimiento de evaluación y calificación de la incapacidad,

cualquiera que sea la entidad que cubra dicha contingencia, viene a establecer que todos los expedientes tramitados por las mutuas en materia de IT y muerte y supervivencia “que se resuelvan sin considerar como enfermedad profesional a la contingencia causante, pese a contarse con indicios que pudieran hacer presumir la existencia de dicha clase de patología, deberán ser remitidos de forma inmediata (...)” al INSS, al objeto de que éste pueda valorar la situación y, en su caso, determinar la contingencia causante. A tales efectos, se entiende que los indicados indicios concurrirán “cuando obren en el expediente partes emitidos por la propia Entidad Colaboradora en los que se hubiese consignado la existencia de dicha clase de patología, informes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de los Servicios de Prevención o de los Servicios Médicos de la empresa, o de otros organismos o instituciones con competencia en prevención y cobertura de enfermedades profesionales que señalen a una de esas patologías como la contingencia causante (...)”.

Expediente de regulación de empleo a instancia de los trabajadores (un impuesto de empresas conserveras)

JOSÉ JAVIER ORCARAY REVIRIEGO

Profesor Asociado Área de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria

Resumen

EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO A INSTANCIA DE LOS TRABAJADORES

La solicitud de extinción contractual colectiva a instancia de los trabajadores no es una situación común en el ámbito de las relaciones de trabajo, sin embargo, prevista en el ordenamiento, puede ser un instrumento apreciable para solventar situaciones de crisis empresarial y mantener expectativas de derechos. La me-

cánica procedimental deja bastantes dudas al respecto de la propia situación de hecho y su prueba, de cuál sea la ejecutividad de la medida adoptada, el sujeto que deba decidir las extinciones concretas y los trabajadores afectados, así como la jurisdicción competente para solventar las controversias.

Abstract

RECORD OF EMPLOYMENT REGULATION AT THE REQUEST OF WORKERS

The application of extinction collective contract at the request of workers is not a common situation in the field of labour relations, however, as previewed in the ordinance, can be a significant and valuable tool to solve crisis situations and maintain future expectations regarding rights.

The procedural mechanics leaves plenty of doubts about it's own factual situation and its test, which is the enforceability of any such measure, the subject which is to decide the specific extinctions and the workers concerned, as well as the competent jurisdiction to solve the controversies.

Sumario

1. La situación planteada. 2. La intervención administrativa. 3. El impulso de los trabajadores. 4. Regulación de empleo y trabajadores fijos discontinuos. 5. Constatación de la situación de crisis. 6. Posición de empresa y trabajadores. 7. Valoración de tales posiciones. 8. La decisión de la autoridad laboral y sus consecuencias jurídicas. 9. La elección de los trabajadores afectados.

1. LA SITUACIÓN PLANTEADA

Con el simple objetivo de plasmar una situación poco usual en el ámbito de las relaciones de trabajo y advertir de alguno de los problemas que esto conlleva, se pretende aquí poner de manifiesto la realidad de unos hechos y la eventual solución en sede de Administración Laboral. El supuesto de hecho sería el siguiente: la solicitud de extinción contractual a través de expediente de regulación de empleo (ERE), formulada por el representante de los trabajadores para una parte de la plantilla de la empresa, viene motivada por la falta de actividad desarrollada en la empresa en los últimos años (debida a la carencia de materia prima por cierre de caladeros o disminución de cuotas de captura, etc.), de la cual deriva —a su juicio— una situación de difícil reparación para los trabajadores como consecuencia directa de esa ralentizada y deficitaria actividad productiva. Esta situación habría dado lugar a una drástica reducción en el número de llamamientos a los trabajadores fijos de carácter discontinuo (que suelen ser la mayoría de los que prestan servicio en estas empresas) en los últimos años, de forma que si cinco años atrás los trabajadores eran llamados a la actividad para 200 días dentro de la anualidad, por ejemplo, en el último año el total conjunto de días cotizados sólo alcanzaría, pongamos, a 80, observándose una paulatina disminución del número de días de actividad a lo largo de ese período quinquenal. A decir del representante de los trabajadores, de aquí deriva, obviamente, la imposibilidad de que los trabajadores puedan acceder a las prestaciones por desempleo de nivel contributivo en los períodos de inactividad entre llamamientos, y sólo en muy escasa medida al asistencial, ante la evidente escasez de cotizaciones, situación que además resulta definitiva e irreversible dada la especialización de la producción de este tipo de empresa y su posición en el mercado. Los trabajadores podrían incluso pensar que la falta de toma en consideración de medidas empresariales en cuanto a la relación concordante entre la efectiva actividad de la plantilla y su dimensión numérica puede esconder algún deseo de mantener el estado de cosas, o de forzar la salida voluntaria de alguno de aquéllos, o incluso, tratándose de empresario persona física (si fuera el caso), intentar alcanzar la edad de jubilación con el consiguiente ahorro en indemnizaciones por extinción de los contratos (una mensualidad de salario) para los que se mantengan aún vinculados a la actividad de la empresa en ese momento, etc., la casuística puede ser abundante.

Expediente de regulación de empleo a instancia de los trabajadores

La empresa puede oponerse a la adopción de medida alguna de regulación de empleo seguramente por entender que de ello resultaría un peligro para su propia subsistencia, aun cuando se avenga a reconocer (dado que los datos de la realidad pueden ser incontestables) el descenso de la producción y la paulatina disminución en la actividad, que podría explicarse por la reducción puntual de materia prima necesaria para acometer la producción en niveles más elevados. Desde el punto de vista de la empresa, se puede manifestar que su pretensión no pasa por el cierre empresarial, señalando además que los trabajadores tienen la posibilidad de trabajar en otras empresas o actividades en los períodos de no llamamiento, y que la ausencia de ocupación viene motivada por una situación coyuntural debida a la deficitaria materia prima, pero en todo caso superable en el futuro cuando se normalicen los suministros.

En definitiva, la situación de partida sería la de una empresa que ve mermada año tras año su producción, sin que haya indicios claros de recuperación a corto o medio plazo debido a la naturaleza de la actividad que desarrolla, con la consiguiente repercusión negativa en las posibilidades de ocupación de sus trabajadores fijos discontinuos, que ven como año tras año los llamamientos se restringen y distancian en el tiempo y los días efectivos de trabajo se limitan de manera preocupante.

**LOS TRABAJADORES
PUEDEN TRABAJAR
EN OTRAS EMPRESAS
EN LOS PERÍODOS
DE NO LLAMAMIENTO**

2. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA

A resultas de las facultades intervencionistas de la Administración Pública, la extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los supuestos previstos en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (LET), está sometida, como es sabido, a la previa autorización de la Autoridad Laboral competente. En consecuencia, y de conformidad con el artículo 12 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, si no hubiera acuerdo entre las partes –empresa y representación de los trabajadores–, habría que actuarse imperativamente, de forma que “Cuando el período de consultas concluya sin acuerdo la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial. Dicha resolución, en todo caso, deberá ser motivada y congruente con la solicitud deducida”. (El término *empresarial* que aquí se utiliza

para referirse a la solicitud, habrá de entenderse en sentido no excluyente, es decir, sin perjuicio de la solicitud que pueden formular los trabajadores.)

Esta autorización administrativa previa, como reflejo de la secular tradición intervencionista pública, se basa en el control de legalidad sobre las causas que originan el expediente, y resulta de un procedimiento administrativo especial (artículo 51 LET y RD 43/1996) exigible con carácter previo a la adopción jurídicamente válida de la decisión (resolución), que deberá contemplar además el control sobre la oportunidad y sobre la idoneidad de la medida propuesta por el solicitante. A estos efectos, es preciso que quede determinada la concurrencia del elemento causal que subyace a la adopción de la medida extintiva solicitada, toda vez que la intervención administrativa encuentra su fundamento en el juicio de razonabilidad que debe llevar a cabo sobre la decisión del solicitante y su adecuación a la negativa realidad económica o productiva u organizativa subyacente que intenta superarse. Normalmente, no tiene la autorización de la Autoridad Laboral un valor constitutivo sino declarativo y, por tanto, lo que posibilita la extinción laboral colectiva no es la resolución administrativa (tomada aquí como instrumento jurídico), sino la existencia de las concretas causas motivadoras o desencadenantes de la medida, respecto de las cuales aquella autoridad no hace sino constatarlas y declararlas. Sin embargo, como luego se dirá, en el caso de solicitud del ERE por los trabajadores la cuestión es bien distinta, de forma que la extinción de las relaciones laborales, de ser declarada administrativamente la medida colectiva, se convierte necesariamente en ejecutiva y obligatoria para la empresa. En todo caso, la intervención administrativa como es sabido, vía autorización o denegación, no constituye una actuación definitiva, pues cabe su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo ésta, en último extremo, quien al fin y en el supuesto de recurso judicial por disconformidad autorizaría la medida solicitada (habrá de tenerse en cuenta igualmente la competencia del orden jurisdiccional social para otras cuestiones relacionadas con el ERE).

Es cierto, por otra parte, que la ordenación jurídica en esta materia de regulación de empleo contempla como realidad subyacente no sólo la situación definitiva de crisis empresarial, sino que también se abre la posibilidad de utilizar estos instrumentos legales para conseguir reestructuraciones de las empresas en orden a los nuevos criterios y requerimientos productivos y a la redimensión de los recursos humanos y las plantillas. Y es de todo punto importante admitir, por otra parte y como señala la jurisprudencia, que en la regulación de empleo se da la “confluencia de elementos de trascendental importancia vinculados tanto a *derechos individuales* como a las posibilidades de pervivencia de la empresa” (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 26 de mayo de 2003).

3. EL IMPULSO DE LOS TRABAJADORES

La regulación actual de la extinción de relaciones laborales, vía artículos 49.1.i) y 51 LET, revela de forma manifiesta que la autorización administrativa se puede instar tanto por el empresario, como por los trabajadores a través de sus representantes (artículo 51.9 LET y

Expediente de regulación de empleo a instancia de los trabajadores

artículo 7 del RD 43/1996). La razón de tal dualidad de sujetos impulsores del expediente estriba en que la extinción laboral es una medida prevista legalmente “no sólo en interés del empresario sino también en el de los trabajadores (...) posibilitando a éstos eludir una situación de incertidumbre sobre la continuidad de su vínculo laboral y, por ello, de riesgo para la subsistencia, permitiéndoles acceder al desempleo y a las garantías indemnizatorias y salariales previstas para tales supuestos” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de octubre de 1997, sobre extinción de contratos de 262 trabajadores fijos discontinuos). El artículo 51.9 LET dispone a este respecto que “los trabajadores, a través de sus representantes, podrán solicitar igualmente la incoación” del ERE (expediente del que no se concreta más especialidad que el sujeto impulsor, pero ninguna otra, a no ser quizá la innecesaria fase del período de consultas y la mayor libertad administrativa sobre trámites e informes necesarios en orden a constatar la realidad), siendo el motivo de esta actuación su convencimiento o su *presunción racional* de que “la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles *perjuicios de imposible o difícil reparación*”. Es decir, que ante la pasividad de la empresa frente a una situación de crisis, la ley ampara el derecho de los trabajadores a instar medidas de impulso para la reestructuración de plantillas o de acomodo de la actividad a la realidad productiva, teniendo en cuenta, como se dijo, que en estas situaciones de crisis no sólo debe procederse a la salvación de la empresa o la minimización de sus consecuencias lesivas, sino también a la salvaguarda de los derechos de los trabajadores eventualmente afectados. De ahí que ante la manifiesta inactividad empresarial y la posible aparición de aquellos perjuicios para los trabajadores, la intervención administrativa –de no producirse acuerdo interpartes, que obviamente sería la solución más razonable– se deba volcar necesariamente en la defensa de esos importantes intereses y expectativas de los trabajadores, pues así se actúa en interés público a cuya salvaguarda debe responder la Administración.

4. REGULACIÓN DE EMPLEO Y TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS

Debemos partir de un hecho incontrovertido y es que en el Convenio Colectivo aplicable [el nacional del sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos, que consta en Resolución de 23 de enero de 2007, de la Dirección General de Trabajo del MTAS (BOE de 3 de febrero)], el sectorial de ámbito estatal, no fija un número de días de actividad anual para la prestación de servicios (seguramente no podría hacerlo ni de manera aproximada), por lo que los trabajadores fijos discontinuos serán llamados cuando la empresa necesite de sus servicios, sin sujeción a fechas o momentos determinados. En el artículo 7.1.2 del Convenio Colectivo se define al trabajador de carácter discontinuo o intermitente como “aquel que habitualmente es llamado para la realización de las faenas propias de la Empresa pero que actúa intermitentemente en razón a la falta de regularidad en el trabajo de la industria conservera”. Y respecto al llamamiento, se determina que “Los trabajadores fijos-discontinuos deberán ser llamados cada vez que vayan a llevarse a cabo las actividades para las que fueron contratados, aun cuando, y dado el carácter propio de la industria, el llamamiento del personal fijo discontinuo podrá hacerse gradualmente en función de las necesidades que exija en cada momento el volumen de trabajo a desarrollar y deberá efectuarse dentro de cada especialidad por

orden relativo y sucesivo de antigüedad y categoría, de modo tal que cumplan todos los trabajadores el mismo período útil de trabajo al cabo del año, computado éste a partir de la iniciación de las actividades en cada temporada de trabajo. Si por el carácter de la propia industria en su desenvolvimiento, a un grupo de trabajadores le faltasen días de trabajo para cumplir el mismo período útil de los otros grupos anteriormente llamados, este grupo afectado será el primero en ser llamado, de modo tal que se produzca la compensación necesaria para que se dé la circunstancia de igualdad establecida”.

Será la propia e incierta actividad, pues, la que modalice temporalmente las relaciones de trabajo en cuanto al número concreto de días en que deban prestarse los servicios; únicamente impera la regla de distribución igualitaria de la ocupación entre los trabajadores, de manera que todos los fijos discontinuos puedan cumplir un mismo período útil de trabajo en el año. Consecuentemente, nada obsta objetivamente a la existencia de variaciones (incluso relevantes) en cuanto al volumen de empleo de los trabajadores fijos de carácter discontinuos en distintas anualidades: dependerá de las necesidades derivadas de la actividad. Ahora bien, por otra parte tales variaciones han de tener en cuenta y responder a un ejercicio legítimo y razonable del poder de dirección empresarial para que, salvando el principio de libertad de empresa y su derivado poder de autoorganización, puedan respetarse a la postre los derechos y expectativas de los trabajadores.

Debe igualmente admitirse que los instrumentos y garantías legales disponibles para los supuestos de redimensionamiento de las plantillas, previstos en los artículos 47.1 LET (que se refiere al contrato de trabajo en términos generales y, por tanto, comprensivo también obviamente del contrato de fijos discontinuos), 51 de la misma norma (sobre despido colectivo) y 52.c) LET (sobre amortización individual de puestos de trabajo), son perfectamente aplicables a las empresas que, como es el caso de las conserveras, se caracterizan por su actividad intermitente y por su amplia plantilla de trabajadores fijos discontinuos. Así, ante la incertidumbre sobre la campaña determinada en orden a la mayor o menor disponibilidad de materia prima, o sobre el empleo irregular dentro de ella por la concurrencia de causas que impiden o penalicen el normal desarrollo de la actividad, debe acudir a cualquiera de aquellos instrumentos señalados, como se ha reconocido reiteradamente por la jurisprudencia (por citar algunas sentencias que contemplan situaciones de regulación de empleo de trabajadores fijos discontinuos tenemos, por ejemplo, las siguientes: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 19 de octubre de 1998, 19 de octubre de 1998 y 8 de marzo de 2002; STSJ de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de noviembre de 1998; STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 4 de mayo de 1999; SSTSJ de Andalucía, sede de Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de marzo de 2003, 16 de junio de 2003 y 28 de julio de 2003; STSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de mayo de 2002, entre otras más).

En este orden de cosas, no puede aceptarse el derecho al llamamiento por parte de la empresa respecto de los trabajadores de temporada o fijos discontinuos, como un derecho absoluto y dotado de tal flexibilidad de uso que pueda generar un alto grado de inseguridad jurídica en las perspectivas de ocupación de los trabajadores. Por esto, aunque la empresa

dispone de este instrumento de dirección y no está sometido a limitaciones temporales por el Convenio aplicable del sector, como hemos visto, la cuestión nuclear sería la de que los llamamientos (entendidos como posibilidades de empleo de la plantilla, como una especie de ofertas de empleo que se reproducen en el tiempo) deben estar ajustados y ser concordantes a la realidad económico-laboral de la propia empresa, de forma que no puede prevalecer el mantenimiento de una situación genérica, sin el uso empresarial de otros instrumentos legales disponibles, cuando, a la postre, los perjudicados con ésta no son otros que los trabajadores, cuya condición de fijos discontinuos no les garantiza un empleo de cierta calidad y le impide, por otra parte, acudir a otros empleos temporales complementarios a sabiendas que deberán abandonarlos cuando sean llamados por su empresa de origen, so pena de perder en ella todos sus derechos.

5. CONSTATACIÓN DE LA SITUACIÓN DE CRISIS

Aun cuando pueda constatarse de forma clara y ostensible que se ha producido un descenso significativo de la actividad de la empresa, que se pone de manifiesto en una disminución importante en el número de días trabajados y cotizados, en clara progresión descendente en períodos interanuales, pudiera pensarse y afirmarse así que la situación empresarial no es definitiva o irreversible, sino fruto de una crisis pasajera superable, por cuanto quizá pueda acreditarse el contacto con otros mercados con la finalidad de mejorar la producción, así como el desarrollo de pruebas para la introducción de nuevos productos, o actuaciones similares en orden al mantenimiento o mejora del nivel de ocupación.

Ahora bien, respecto de estas afirmaciones, debería convenirse en que la cuestión de fondo no es otra que la de resultar constatado el descenso de la actividad productiva de la empresa (con independencia de las causas que estén en su origen), con el consiguiente resultado en el declive temporal de la ocupación de los trabajadores. Pero igualmente es cierto que llegados a este punto de defecto de ocupación, la posición empresarial ha consistido y así se evidencia en la total inactividad respecto de sus expectativas futuras en orden a la redimensión de sus recursos humanos, sin adoptar ninguna medida sobre la plantilla: extinción de algunos contratos, suspensión de las relaciones laborales, reducciones de jornada... Y, por otra parte, no podría entenderse de suficiente entidad la ocasional aseveración empresarial respecto de la introducción de nuevos

**TIENE QUE RESULTAR
CONSTATADO
EL DESCENSO
DE LA ACTIVIDAD
PRODUCTIVA
DE LA EMPRESA**

productos o mejora de la producción pues, si hubo algún reflejo de evidencia en ello, no puede ser considerado definitivo cuando en la realidad de los últimos años tales medidas se han mostrado ausentes del proceso productivo, siendo ahora, al parecer y cuando los trabajadores fuerzan una medida que implica la toma de posición de la empresa, cuando eventualmente aparecen en la disposición del empresario.

Podría también entenderse que las razones alegadas por los trabajadores no pueden encuadrarse en los supuestos de “perjuicios de imposible o difícil reparación” a los que se refiere la norma legal (artículo 51.9 LET), que está prevista para otras situaciones de grave crisis económica empresarial, tales como las situaciones concursales de insolvencia, quiebra o alzamiento de bienes por el empresario que pudieran poner en peligro los derechos económicos de los trabajadores. Se podría también alegar sobre los derechos de los trabajadores no incluidos en el ERE en relación a las consecuencias derivadas del pago de indemnizaciones que pudieran menoscabar el equilibrio empresarial y por ende sus derechos futuros.

Y sobre ello, aun admitiendo el valor del razonamiento, no parece que la norma haya querido introducir el derecho de impulso procedimental de los trabajadores sólo reservado a supuestos de tan extraordinaria gravedad (recordemos que los artículos 7 y 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha previsto la intervención de los trabajadores para los casos más graves de insolvencia manifiesta del empresario), pues quizá lo que se pretende legalmente no es esperar a que la situación empresarial no tenga remedio (como es sabido, desde la reforma de la Ley 11/1994, de lo que se trata con la medida reguladora es de “superar” una situación de crisis), sino permitir que los trabajadores puedan defender sus derechos actuales y sus expectativas antes de que la crisis se muestre irremediable y de efectos definitivos en la esfera patrimonial de los trabajadores. ¿Qué razón tendría, si no, que se permitiera impulsar un ERE de parte de los trabajadores si la empresa estuviera inmersa en una situación de crisis de tal envergadura que hiciera imposible a la postre el abono de las indemnizaciones? Es precisamente el equilibrio financiero empresarial —entendiendo por tal la ausencia de perjuicios económicos directos— el que se mantiene si la situación actual se prorroga, pero a costa de propiciar en los trabajadores una merma cada vez mayor de sus derechos que no se compadece con la ponderación razonable que debe hacerse de la situación de crisis de actividad de la empresa. En este sentido se expresa la doctrina laboralista más autorizada cuando señala que los trabajadores pueden instar el expediente “si temen que la inercia del empresario pueda ocasionarles perjuicios” (M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS).

6. POSICIÓN DE EMPRESA Y TRABAJADORES

Tal parece de todo ello que estaríamos aquí ante una situación en exceso conformista por parte de la empresa que, manteniendo las circunstancias de contratación laboral actuales derivadas de su escasa cifra de negocios (con drásticos recortes en los últimos años), no sufre especial merma económica por la evidente sobredimensión de su plantilla en relación con el escaso volumen de actividad constatada. El coste salarial y de cotizaciones

Expediente de regulación de empleo a instancia de los trabajadores

resulta asumible para la empresa dada la condición de fijos discontinuos de sus trabajadores, lo que implica efectuar desembolsos económicos sólo cuando aquéllos son llamados a la actividad intermitente y, como se ha visto, si la actividad es muy escasa, el coste social también lo es, generándose en esta parcela de costes nulos perjuicios para la empresa contratante.

Sin embargo, resulta muy distinta la óptica de los trabajadores, que pueden ver cómo su ocupación va mermando con el transcurso del tiempo y cómo sus derechos económicos se van debilitando, al mismo tiempo que sus expectativas futuras en orden a la protección pública de Seguridad Social. Debemos reconocer el temor de los trabajadores ante el mantenimiento de esta situación, que no puede admitirse como coyuntural y frente a la cual podría haberse adoptado por la empresa toda una serie de medidas laborales que le están disponibles. Es cierto que los trabajadores tienen como uno de sus derechos básicos el de “la continuidad o estabilidad en el empleo”, como ya señaló con rotundidad la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio, pero este derecho queda vacío de contenido en este caso, pues no puede esperarse de un trabajador que sostenga su ocupación y estabilidad en un raquítico empleo que puede alcanzar quizá menos de tres meses en el año, y, al parecer, sin perspectivas ciertas de cambio en el futuro; como tampoco puede admitirse que los trabajadores que solicitan la medida extintiva deseen situarse voluntariamente en situación de desempleo, pues los hechos impiden manifestar esa calificación de voluntariedad.

En este punto, debe hacerse una especial mención a la exigencia legal del artículo 51.9 LET, en cuanto se refiere literalmente a una “presunción racional” de la irrogación de perjuicios a los trabajadores, que en modo alguno puede sustentarse, como dispone (entendiendo que ilegalmente por *ultra vires*) el artículo 7 del RD 43/1996, en “pruebas” aportadas por los solicitantes. La ley se sitúa en el terreno de la presunción razonable por lo que es difícil que puedan aportarse pruebas contundentes y definitivas sobre unos perjuicios que son potenciales y, con ello, la Administración ha de moverse en el mismo nivel de razonabilidad a la vista de las circunstancias concurrentes y de los hechos constatados e indicios relevantes a lo largo de toda la instrucción del procedimiento. Pero es del todo razonable extraer la conclusión en este caso de existencia de un exceso de plantilla cuando los hechos constatados: cifra de ventas en claro declive y ocupación en evidente retroceso sin visos de recuperación, hacen presumir aquellos perjuicios económicos potenciales aducidos por los trabajadores.

7. VALORACIÓN DE TALES POSICIONES

En consecuencia con lo anterior, y admitiendo que el interés en la viabilidad y reorganización de la empresa se muestra como un interés jurídica y socialmente protegible, parece no haber dudas sobre la concurrencia del elemento causal que se encuentra en el origen de la medida solicitada, y que no es otro que la falta de ocupación efectiva de los trabajadores hasta límites no soportables de merma de ocupación, salario y de expectativas de protección social, sin que la empresa haya ofrecido solución alguna que pudiera remediar la crisis producida por la evidente disminución de los ingresos empresariales

por ventas y la pérdida de clientes. No cabría enjuiciar aquí la política empresarial, no es de ello ni con mucho de lo que ahora se trata, pero sí es preciso poner de manifiesto que la conducta de la empresa –en los términos apuntados– no se ha mostrado en términos de razonabilidad cuando, planteada la crisis en la actividad que ha hecho mermar la producción tan decisivamente en los últimos años –a la vista de los escasos llamamientos a la plantilla de trabajadores–, no se ha aplicado a la búsqueda de soluciones que, no cabe duda, deberían haber pasado por un estudio oportuno y serio de la viabilidad productiva y las necesidades reales de empleo y por el evidente redimensionamiento de su plantilla. La empresa podría aducir, por otra parte, que si se produce la regulación de empleo quizá habría de contratar esporádicamente a nuevo personal para continuar la actividad; y puede ser cierto, pero es también cierto que el ordenamiento ofrece otros instrumentos jurídicos (como el contrato eventual por circunstancias de la producción) que permiten tener una plantilla de trabajadores fijos adecuada a los requerimientos habituales de la empresa y disponer de más efectivos en las ocasiones que fueran precisos, sin tener que contar con una abultada e inadecuada plantilla de trabajadores fijos que no ven cumplidas sus expectativas laborales en relación a la calidad del empleo y las prestaciones públicas de él derivadas.

El ordenamiento jurídico, sobre todo desde la reforma de la Ley 11/1994, es proclive a la admisión de soluciones de mayor flexibilidad laboral en la gestión de los recursos empresariales y en la adaptación a las cambiantes condiciones que envuelven el desarrollo de la actividad productiva. Pero la empresa no parece haber utilizado ningún instrumento para sostener la viabilidad del proyecto y mantener, en lo posible, los derechos adquiridos de los trabajadores. Y, desde luego, lo que deviene absolutamente inadmisibles en un caso como éste es la actuación empresarial deliberada o desidiosa que desencadene o provoque la situación de crisis. Es de señalar, por último y esto es una obviedad, que la protección del poder empresarial, como instrumento de gestión y organización de la actividad productiva, no puede ser absoluta, pues aparece confrontada con otros intereses y derechos que igualmente son dignos de la mayor protección.

8. LA DECISIÓN DE LA AUTORIDAD LABORAL Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

En orden a la resolución de este expediente de regulación de empleo por parte de la autoridad laboral –de estimarse apropiada la medida–, habrían de tenerse en cuenta al menos dos parámetros que convendrían a la fundamentación de la decisión administrativa: por un lado, el interés empresarial, dado que la empresa, como hemos apuntado, mantiene su decisión de continuar con la actividad, a pesar de la constante disminución de la producción (y consiguientemente del volumen de ventas) y, de otro lado, los derechos y expectativas de los trabajadores, que sin duda han de quedar convenientemente salvaguardados. Es preciso, además, amparar el principio general de conservación de la empresa y la libertad del empresario en cuanto a sus expectativas de negocio, al tiempo que se le permite redimensionar sus recursos humanos para adecuarlos a la situación

objetiva que se ha constatado y que no es otra que la paulatina y apreciable disminución de las cifras de ventas y de la ocupación hasta llegar a límites de empleo que deben considerarse como absolutamente precarios.

En este sentido, respetando el principio de conservación de la actividad productiva y los derechos adquiridos o en vía de adquisición de los trabajadores, cabe admitir como posible fundamento de la decisión administrativa un factor de ponderación de la ocupación que se adecue a los derechos de las partes, y tal factor podría ser, por ejemplo, el de mantener una plantilla que preste servicios en torno a un período anual de, al menos, 180 días, cifra que, sin que influya negativamente en la actividad de la empresa y su distribución del tiempo de trabajo tal como el supuesto ha sido planteado, parece razonable para mantener un nivel de retribución anual adecuado a las condiciones de la actividad y del mercado y que permite acumular a los trabajadores cotizaciones adecuadas y suficientes que puedan generar prestaciones futuras.

Con respecto a la ejecutividad de la medida que pueda autorizarse en el ERE (señaladamente la extinción de contratos), y sin perjuicio de pertenecer el asunto a la relación jurídica interpartes –y a sabiendas de que la Administración no cumple la misión de resolver conflictos entre particulares, aun cuando también es cierto que en las crisis empresariales concurren intereses económicos y sociales que trascienden del puro interés individual cuya ponderación puede precisar la intervención de la Administración Pública–, podemos entender que si el expediente se ha iniciado a instancia de los trabajadores, no nos hallamos ante un acto administrativo (la resolución) que contiene una *autorización* al empresario para que extinga las relaciones de trabajo de la que puede hacer o no uso –como ocurre con carácter general cuando es el empresario el solicitante de la medida–, sino que, de acuerdo a la doctrina laboralista más autorizada (MONTROYA, OLEA, CASAS), nos encontramos, aunque parezca contradictorio con la propia naturaleza y finalidad del ERE, ante una *decisión administrativa que se le impone a aquél*; siendo esto así por la naturaleza extraordinaria y excepcional que debe predicarse de este expediente (o modalidad de expediente), que convierte en automáticos los ceses declarados por la autoridad laboral, dado que cambia la eficacia de la resolución pasando de ser *declarativa*, a ser directamente *extintiva*, fijándose al tiempo la situación legal de desempleo de los trabajadores afectados por la medida en orden a la solicitud y reconocimiento de las correspondientes prestaciones.

**LA EFICACIA
DE LA RESOLUCIÓN DEL
ERE ES DIRECTAMENTE
EXTINTIVA**

Es evidente que de no ser así, si estuviéramos ante una mera *autorización*, el empresario podría no hacer uso de ella y mantener la situación de ocupación precaria que estaba en el origen de la solicitud de ERE, burlando de esta forma los derechos de los trabajadores. No parece de ninguna manera que la finalidad legal del ERE en estos casos sea la de conferir ese poder de decisión al empresario, sino más bien la de imponer una actuación que deviene obligatoria e imperativa en los términos acordados administrativamente, sólo así podrá darse cumplimiento a la finalidad que persigue este procedimiento. Ciertamente es que nos encontraríamos con una causa de extinción del contrato de trabajo no prevista exactamente en la literalidad del artículo 49 LET, y que ello podría contravenir la pacífica opinión doctrinal al respecto de considerar el contenido de tal precepto como una lista cerrada (GARCÍA PERROTE), pero en mi opinión no habría tal vulneración, pues el desencadenante de los despidos no es la autorización administrativa, sino la situación de crisis subyacente en la empresa. En todo caso, es obvio, la decisión que se adopte en el expediente deja siempre a salvo el principio constitucional de tutela judicial, dada la recurribilidad de la resolución administrativa.

9. LA ELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS

Como ya se dijo, el ordenamiento jurídico ha previsto la posibilidad de que los propios trabajadores soliciten la incoación del ERE, tal como resulta del artículo 51.9 LET, con desarrollo en el artículo 7 del RD 43/1996, lo que supone una especialidad en cuanto al sujeto destinatario de la medida autorizada por la autoridad laboral, es decir, los trabajadores. De esta especialidad deriva la naturaleza obligatoria de la medida extintiva contemplada, por contraposición a la simple autorización para el despido que se otorga al empresario en el ERE que pudiéramos denominar ordinario. En consecuencia, dado que la autoridad laboral podrá decidir sobre el número de contratos que deban extinguirse, en congruencia con la solicitud y en relación con la plantilla de la empresa (sobre todo si en la solicitud no vienen identificados o en la resolución se decide estimar el despido de un menor número al de solicitados), puede aparecer un problema en orden a la decisión sobre los concretos trabajadores que vayan a ser afectados por el despido colectivo. La resolución administrativa debe contraerse en exclusiva al señalamiento del número de trabajadores afectados (acorde a los planteamientos y criterios objetivos derivados del expediente), sin poder determinar su identificación precisa, dado que ello supondría una evidente extralimitación de funciones. Ningún criterio objetivo puede manejarse por la autoridad laboral para concretar las personas afectadas: no hay posibilidad de ello más allá del derecho previsto legalmente de permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores; por tanto, ni jurídica ni razonablemente se puede contar desde el órgano administrativo con elemento alguno que posibilite una decisión al respecto. No le corresponde en ningún caso a la autoridad laboral dilucidar quiénes sean los trabajadores despedidos, ya que toda discrepancia que afecte tanto a la determinación de las personas concretas a las que afecta la medida, como la acción individual de cualquier trabajador frente a la decisión tomada, no podrá ser resuelta en esta sede administrativa. En el caso de aprobación parcial de la medida extintiva, toda intervención administrativa que no

Expediente de regulación de empleo a instancia de los trabajadores

se circunscriba a la emisión de resolución cuantificando los excedentes, sin mayor información que la que exige el Ordenamiento Jurídico, pecaría de intromisión ilícita en el ámbito de las relaciones privadas de los sujetos del contrato de trabajo y de las relaciones laborales colectivas.

Es posible que el empresario, habiendo recibido la resolución de la autoridad laboral aprobatoria del ERE, decida aplicarla señalando cuáles sean los trabajadores concretos afectados por la extinción contractual. Puede que proceda inmediatamente a los despidos, con las consiguientes comunicaciones a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial –si fuera procedente–. Pero puede también que dicha decisión no sea compartida por la representación de los trabajadores que instó el ERE, considerando éstos que la decisión sobre los concretos trabajadores que deban ser despedidos corresponde a ellos y no al empresario. Puede que así lo comuniquen y confeccionen su propia lista de afectados. En cualquier caso, los problemas prácticos, cuando no hay acuerdo entre trabajadores y empresario en esta materia, pueden devenir en auténtico conflicto, con implicación además, como se apuntó, de otros organismos públicos (FOGASA, Servicios de Empleo,...) que deben intervenir –en su caso y de acuerdo a sus respectivas competencias– en orden a las consecuencias que se derivan de los despidos.

La Jurisprudencia ha señalado de manera clara que las controversias que impliquen impugnación de la resolución administrativa, corresponderán al orden contencioso, mientras que las demás que no impliquen aquella impugnación sino los efectos que ella produce en los sujetos interesados y, desde luego, las derivadas de la inclusión o no de un trabajador en la relación de trabajadores afectados por el ERE, es cuestión que compete al orden jurisdiccional social, teniendo vedada la Administración cualquier actuación sobre estas cuestiones. Por tanto, siendo la confección de la lista de trabajadores afectados por el ERE una consecuencia laboral resultante de la resolución administrativa –pertenece al orden de las condiciones de cumplimiento de la resolución–, habrá de entenderse derivada a la jurisdicción social, que se entiende como la competente en esta materia. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de julio de 1999, en recurso núm. 4475/1998, por cuanto sin cuestionar ni discutir la legalidad de la decisión administrativa de extinción de contratos, lo que se discute es la inclusión o no en la lista de trabajadores afectados.

Comentarios al IV Convenio General de la Construcción

ROBERTO GUTIÉRREZ ARRANZ

Inspector de Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen

COMENTARIOS AL IV CONVENIO GENERAL DE LA CONSTRUCCIÓN

El Convenio Colectivo de la Construcción es en cifras, sin duda, el más importante que se negocia en nuestro país, por volumen de interesados (entre un millón y medio y dos millones de personas) y por la relevancia que tiene en nuestro entramado económico –recordemos que la participación en el Producto Interior Bruto oscila sobre la cifra del 10%-. E, incluso, más allá de datos estadísticos y con independencia de los drásticos recortes que se han producido recientemente, desde el punto de vista laboral, y por ende económico, es un convenio modelo, de una relevancia extraordinaria.

No es habitual en la literatura encontrar recensiones a Convenios, de la envergadura de la que se acomete en este trabajo, que casi precepto por precepto desgrana, interpreta y en casos también crítica, pues ésa es la labor de la doctrina, los resultados de los acuerdos a los que se ha llegado puertas adentro.

Con una redacción transparente, pero sin pérdida de rigor técnico, y con un intento de reflejar la realidad lo más cerca posible de ésta, el autor nos ofrece unos criterios interpretativos del IV Convenio Colectivo del Sector de la Construcción novedosos, que deben ayudar en el día a día de cuantos se enfrentan a su aplicación.

Abstract

COMMENTARY TO THE FOURTH GENERAL AGREEMENT OF THE CONSTRUCTION

The Collective Agreement of the Construction is without a doubt the most important that is negotiated in our country, for the volume

of the interested persons (between a million and half and two million people) and for the relevance that it has in ours economic net-

work, let us remember that the holding in the Interior Gross Product oscillates on the figure of 10%. And even beyond statistical data and with independence of the drastic cuttings that have taken place recently, from the labor point of view, and therefore from the economic one, it is a model agreement, of an extraordinary relevance.

It is not habitual in the literature to find reviews to Agreements of the magnitude of which is undertaken in this work, that almost

precept by precept threshes, interprets and in cases also criticizes, because that is the work of the teaching, the results of the agreements which have been achieved doors inside.

With a transparent writing, but without loss of technical rigor, and with an intent of reflecting the reality the closer as possible, the author offers us some original interpretive approaches of the Fourth General Agreement of the Sector of the Construction that should help in the day by day to those who face up to its application.

Sumario

1. Introducción. 2. El ámbito y posibilidades del IV Convenio General. A) Las unidades de negociación. a) Reparto de materias. b) Conflicto de concurrencia. c) Convenios de empresa. B) Ámbito funcional. a) Actividad principal y unidad de empresa. b) Aplicación ultrasectorial de las normas de seguridad y salud laboral. C) Ámbito subjetivo, territorial y temporal. a) Los empleados públicos. b) El personal directivo. c) Extraterritorialidad. a') Provincial. b') Internacional. d) Prórroga de las cláusulas obligacionales. **3. Aspectos de la relación laboral previstos en el Convenio General.** A) Los menores de edad. a) Trabajos prohibidos. B) Vigilancia de la salud. a) Reconocimientos médicos. b) Control de alcoholemia. C) El contrato de trabajo. a) Período de prueba. b) El contrato fijo de obra. a') Naturaleza. b') Régimen jurídico. c') Operatividad. c) Eventual por circunstancias de la producción. d) Contrato para la formación. e) Indemnización por extinción de un contrato temporal. f) Las Empresas de Trabajo Temporal en la construcción. D) Cambio de empresario. a) Desistimiento o resolución del contrato de ejecución de obra. b) Mantenimiento de carreteras y vías. E) Salario. a) Concurrencia normativa de materias. b) Particularidades. F) Vacaciones. G) Cambio de obra. a) Posibilidades y condiciones. b) Residencia habitual. c) Efectos del cambio de centro. d) Desplazamiento y dietas. e) Libre disponibilidad. H) Suspensión del contrato. I) Jubilación forzosa.

1. INTRODUCCIÓN

El nuevo Convenio General de la Construcción¹ ha llegado con puntualidad a su cita quinquenal. Haciendo ya el número cuarto, vino a suponer un hito importante por varias razones:

- Es el primero después de la trascendente Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción, y de la sentencia de la Audiencia Nacional que luego veremos.
- Acomete por primera vez la regulación convencional de la seguridad y salud laboral y, por tanto, supone la derogación definitiva de los preceptos de la Ordenanza que todavía se consideraban en algunos aspectos en vigor (ya era hora).
- Porque recoge el tema de la carrera profesional.
- Porque aunque se negoció cuando todavía había una actividad elevada en el sector, su vigencia recorre un período en el que el cambio de ciclo es evidente.

Y en fin por otras razones que se irán viendo a lo largo de la exposición de no menor calado que las anteriores.

A pesar de que pueda parecer por la lectura de lo que sigue que en varios aspectos somos críticos, nuestra valoración en conjunto es altamente positiva, por muchas razones.

Aunque se piensa, y en tal sentido se movió la reforma de la legislación laboral de 1994 –época de crisis económica generalizada–, que en momentos de inquietud las cosas se arreglan cuanto más abajo mejor, no siempre es así. El ámbito estatal es un marco idóneo para atravesar lo mejor posible la inestabilidad: el distanciamiento de los problemas siempre redundan en la mejora de la objetividad con la que son tratados. Por tanto fomentemos que los firmantes nacionales mantengan e incrementen su “Observatorio” del empleo, que les permita en la medida de lo posible, adelantarse en la introducción de remedios sanadores, que pueden llegar a incluir un fenómeno que no se ha dado casi nunca pero que a lo mejor y dadas las circunstancias se hace preciso aquí, como es la introducción durante su vigencia de reformas al propio Convenio. Aprendamos del textil y de otros sectores que han pasado –y siguen pasando– su propio vía crucis, y no han cejado nunca en luchar, estudiar e implantar ideas, que permitan sobrevivir y mejorar la calidad en el empleo.

(1) Publicado en el BOE el 17 de agosto de 2007. Cuando utilicemos simplemente la abreviatura CGC, nos referiremos al actualmente en vigor el IV CGC, y sólo cuando nos refiramos a los anteriores lo haremos con el ordinal delante.

**EL DISTANCIAMIENTO
DE LOS PROBLEMAS
SIEMPRE REDUNDA
EN LA MEJORA
DE LA OBJETIVIDAD CON
LA QUE SON TRATADOS**

2. EL ÁMBITO Y POSIBILIDADES DEL IV CONVENIO GENERAL

A) Las unidades de negociación

El acuerdo marco interprofesional del sector de la construcción de 1988 (BOE de 21 de diciembre) plasma por primera vez la declaración de intenciones de la patronal y los sindicatos más representativos a nivel nacional de cómo debía ser una estructura de la negociación colectiva que atajara lo que a juicio de las partes era la realidad en el sector en ese momento: “excesiva fragmentación, complejidad innecesaria y notables desigualdades interterritoriales”. Los términos en que se expresó el artículo 18 de ese AMIC han ido pasando en los sucesivos convenios, traspuesto con mínimas variaciones (además meramente terminológicas), hasta la actualidad.

Pero vigente el III Convenio (2002-2006), se impugna. En concreto la actora es la Confederación Intersindical Galega (CIG), que en esencia invoca, como consustancial a su derecho a la libertad sindical, el poder negociar todas aquellas materias que por norma de rango legal no estén prohibidas o reservadas a determinadas unidades de negociación. Hace referencia en consecuencia a que las cláusulas que recojan lo que puedan negociar y lo que no, las unidades inferiores a la del convenio nacional y superiores al de empresa, son nulas y sin efecto, debiendo respetarse en su literalidad el artículo 84.3 del Estatuto de los Trabajadores, que si puede entrar en aparente contradicción con el artículo 83.2, al ser de derecho necesario, es indisponible. La Audiencia Nacional le dio la razón, y en Sentencia de 5 de diciembre de 2003, señala que “no puede reconocerse virtualidad ni eficacia, dentro de un Convenio Colectivo estatutario, a aquellos pactos o contratos que lo contradigan –al artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores–, sea cual sea su eficacia, sin que ello suponga torcer la voluntad de las partes afectadas que, siempre, podrán pactar o no en la forma que estimen conveniente, pero no expresarlo dentro de un Convenio Colectivo que, aun en su contenido obligatorio, tiene la fuerza de ley que le otorga el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.”

Hay que tener en cuenta que los párrafos dos y tres de ese artículo 84 son producto de una modificación legislativa del año 1994 –posterior por tanto a aquel acuerdo marco–, reforma que buscaba una mayor flexibilidad en la regulación convencional y por tanto mejores posibilidades de adecuación a la realidad que es cambiante en el tiempo y dispersa geográficamente. Lo que propiciaba, por tanto, el fomento de la descentralización de las unidades de negociación. Esa postura de política legislativa aunque discutible por parcial², en todo caso lo que no buscaba era amparar vías de diferenciación, en muy elevado grado ligadas a razones de imagen o, en otros términos, de distanciamiento deslocalizador³. Pero una cosa es la intención y otra como quedó redactado ese artículo 84, y en ese sentido la reivindicación de ese sindicato era totalmente legítima. Siendo criticable

(2) Esa búsqueda flexibilidad y mejor adaptación a la realidad no dejan de traer en su envés riesgos de segmentación encorsetadores, por implicar exigencias burocráticas que redundan precisamente en merma de la flexibilidad pretendida. Además téngase en cuenta que los términos de los sucesivos convenios nacionales son lo suficientemente amplios como para garantizar la necesaria adaptabilidad.

(3) A pesar de ello, Galicia no tiene Convenio Colectivo autonómico en la construcción.

más bien la respuesta que da la Audiencia Nacional, por lo endeble de sus argumentos. Pues el artículo 82.2 del Estatuto de los Trabajadores, proyección de derechos constitucionales, incluso fundamentales, ampara de modo manifiesto que un convenio colectivo recoja compromisos entre las partes firmantes: “igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten”. Y si se entiende que este precepto está más bien referido a la promesa sindical de no promover movilizaciones que contradigan lo pactado; en todo caso sirve el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores que se refiere precisamente al contenido de los convenios colectivos, y que indica que puede comprender el “ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales”. Es decir, hay amparo legal bastante para interpretar que los compromisos mutuos, recogidos en los precedentes convenios generales, en nada contradecían normas de derecho necesario. Y por tanto el artículo 7 del III Convenio General que recogía la obligación de las partes signatarias a “no promover, negociar, ni concluir, convenios colectivos provinciales o de Comunidad Autónoma que contengan o regulen materias reservadas por aquél al ámbito general estatal, o que, de alguna manera, se opongan al mismo, o contradigan sus prescripciones”, no tenía por qué ser una declaración ilegal. Es más, podíamos decir, más bien al contrario, que se trata de una cláusula conveniente e imitable.

Cuando, además, están los artículos 5 y 6⁴, que la Audiencia Nacional los salva de nulidad, cuando presentan inequívocas notas de una voluntad de heteronormativizar, es decir, vincular a terceros no negociadores, con potencialidad para cercenar sí, sus derechos negociales. En efecto, ambos preceptos no dejan otra interpretación, al decir cómo deben resolverse los supuestos de concurrencia, por más que el artículo 6.2 tenga una válvula de escape, al añadir que en todo caso se respetarán las normas de derecho necesario.

Cuando los interlocutores habituales de los precedentes se han puesto a negociar el primer convenio postsentencia, y, como luego se ha visto, manteniendo su postura anterior, han venido como a decir “acato pero me resisto a perder una buena articulación convencional”. Y en tal sentido manteniendo “retadoramente” su postura, lo que se hace es que lo que estaba comprometido en los anulados artículos 7 y 11 del III CGC, ahora en el IV CGC va en el preámbulo, con redacción prácticamente igual. Sólo se ha sustituido el “renuncian expresamente” por el “se han manifestado recíprocamente su renuncia”.

No es habitual, al contrario, muy raro, ver un preámbulo en los convenios colectivos. El del presente convenio además, cuando se adentra en la seguridad y salud laboral (a partir del 6º párrafo hasta el final) es una auténtica y plausible exposición de motivos. En lo que aquí se comenta, se adivina que lo que se busca es el dar cumplimiento formal al mandato jurisdiccional: al estar convencidos de que su postura es la idónea, quieren recordarle a

(4) Artículo 5. Concurrencia de Convenios.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84, párrafo primero, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, los supuestos de concurrencia entre los Convenios de distinto ámbito se resolverán aplicando los principios enumerados en los artículos siguientes que resulten procedentes.

Artículo 6. Principio de jerarquía:

1. La concurrencia entre Convenios de diferente ámbito se resolverá con sujeción a lo acordado en los de ámbito estatal.
2. No obstante lo pactado en el apartado anterior, se respetarán las normas de derecho necesario que a este respecto estén establecidas en la legislación vigente en cada momento.

terceros, primero que esa articulación es la mejor para todos y, que en caso de conflicto por más que sea un mero preámbulo, la balanza se pueda inclinar de su lado, pues, aun fuera del articulado, está publicada.

Quizás la solución más acorde con la SAN de 5 de diciembre de 2003, hubiera sido el recogerlo en un acuerdo al margen y paralelo, utilizando la posibilidad que da el artículo 83.3 del Estatuto de los Trabajadores, y dejando sentado claramente su naturaleza no normativa. Pero en todo caso, que se recoja en el Preámbulo nada empeece su valía. Porque más al filo de ir contra los pronunciamientos de esa sentencia, estarían:

1) El artículo 11 CGC, donde se recoge una declaración de intenciones con propósito de influir a terceros, cuando dice que con esto las partes consideran suficientemente cubierta la negociación colectiva.

2) También el artículo 12 CGC, que hace referencia a las competencias exclusivas de ese convenio y que en su apartado 1.a) señala sin empacho que “las materias contenidas en el presente Convenio serán de preferente aplicación sobre cualesquiera otras disposiciones, salvo en aquellas en las que exista remisión a otros ámbitos de negociación”. Cuando por lo dicho no puede hacerlo, más allá de su competencia. Así como su apartado 2º que recoge una auténtica cláusula obligacional, como compromiso mutuo a imponer a sus asociados territoriales, cuando dice que “propondrán que los ámbitos inferiores al estatal, se remitan a este convenio general en todas las materias aquí reguladas”.

3) El artículo 9.3 CGC, el cual señala que “En los Convenios Colectivos comprendidos en los ámbitos previstos en el presente Convenio se incluirá una cláusula de vinculación a la totalidad”. Algo que va contra el respeto a la autonomía de las unidades de negociación, que son soberanas en su ámbito: si el artículo 84.2 deja afectar a este convenio por otros de ámbito inferior en las materias no reservadas, éstos no tienen por qué hacer declaración expresa de vinculación a la totalidad. Otra cosa es que se entienda como una cláusula de tipo obligacional, como lo es claramente el anterior apartado de ese artículo 9, significando que cuando los negociadores de los convenios provinciales sean los federados de los del nivel estatal deben incluir tal previsión totalizante.

a) Reparto de materias

Sea como fuere, la situación ha quedado del siguiente modo:

– Materias que la ley, en concreto el artículo 84.3 Estatuto de los Trabajadores, y los artículos 9.2 y 10, y Disposición Adicional Tercera de la Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción, posibilita a los negociadores estatales que si deciden regularlas la ley les garantiza la *exclusividad*. Tal posibilidad se ha hecho efectiva por el artículo 12.1.b) CGC, en: 1) período de prueba; 2) modalidades de contratación; 3) clasificación profesional; 4) movilidad geográfica; 5) régimen disciplinario; 6) formación profesional; 7) fundación laboral de la construcción, y 8) seguridad y salud laboral, y dentro de ella específicamente la formación en riesgos y su prevención, y los sistemas de representación de los trabajadores para promover la seguridad.

– Materias que los firmantes consideran como *apropiadas* de negociación en el ámbito de un *convenio estatal*. Recogido en el preámbulo: 1) contratación; 2) subrogación; 3) condiciones generales; 4) principios generales de ordenación y prestación de trabajo; 5) movilidad funcional; 6) ascensos; 7) jornada anual, descansos, vacaciones, horas extraordinarias y licencias y permisos; 8) conceptos y estructura salarial; 9) productividad; 10) suspensión y extinción de la relación laboral, y 11) excedencias.

– Materias que entienden sería bueno que se recogieran mediante *acuerdos sectoriales*; artículo 11.b) CGC: 1) traslación de los acuerdos interconfederales generalistas y 2) bandas salariales.

– Materias que entienden sería bueno que se recogieran en *convenios colectivos provinciales o de Comunidad Autónoma*. Recogido en el preámbulo: 1) el más importante, los salarios de modo cuantificado y concreto; 2) una declaración residual: todo lo no recogido expresamente en los de ámbito superior; 3) las cláusulas no normativas de los convenios; 4) calendario laboral; 5) productividad en el ámbito provincial.

Sobre cada una de ellas se hablará cuando se comente su contenido.

b) Conflicto de concurrencia

Siguiendo impecablemente las pautas habilitantes del sensato artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, los sucesivos CGC venían estableciendo la estructura de la negociación colectiva; las reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito; los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, y declarando las materias que no podían ser objeto de negociación en ámbitos inferiores. No obstante, como se dice más arriba, la reforma del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, y la sentencia de la Audiencia Nacional, que declara su existencia y preeminencia en el sector de la construcción, hacen replantear un tanto la cuestión. Vamos a intentar, simplificando, coherenstar la situación con la nueva realidad normativa y jurisprudencial:

– El CGC puede seguir haciendo alguna de las cosas que le permite la redacción literal de ese artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores: establecer la estructura negociadora, la complementariedad entre convenios distintos, y las reglas para solucionar conflictos de concurrencia.

**LA MATERIAS CONTENIDAS
EN EL CGC SON DE
PREFERENTE APLICACIÓN
SOBRE CUALESQUIERA
OTRAS DISPOSICIONES**

– Y por qué no, con los límites que la sentencia aludida impone, incluir materias que pongan de manifiesto, siquiera tácitamente, la declaración de intenciones de ser los protagonistas únicos de su regulación, pero sin decir ya que son de competencia exclusiva.

– A partir de ahí, y aunque las reglas de concurrencia tenían más sentido en anteriores convenios en que el estatal se arrogaba competencias en exclusiva, más allá de las legalmente habilitadas; si las cosas se hacen bien, la articulación puede ser perfecta, o al menos sistemáticamente cerrada, y por tanto no deberían darse conflictos de concurrencia:

a) Materia de competencia exclusiva para el convenio estatal porque así se lo reconoce la ley [artículo 12.1.b)], si lo regula algún convenio de ámbito inferior, la cláusula de éste será inefectiva, latente o en vía muerta, a expensas de que deje de regularse en el superior ámbito.

b) Y viceversa, si el estatal regula materias no reservadas a él, sus preceptos tendrán carácter mientras tanto o supletorio, es decir, si hay un convenio inferior y a la vez superior al de empresa que las regula, prevalece éste, si no, se aplica directamente el general nacional.

Pero la práctica demuestra que la articulación perfecta no se da, ya sea por intención deliberada de invadir, a pesar de todo, competencias de otros, o simplemente por mera desidia a la hora de cambiar la estructura, es decir, las materias que año tras año se incluyen en cada provincia en los sucesivos convenios. Con lo que se hace necesario unas reglas para solucionar los posibles conflictos de concurrencia que se puedan producir.

El artículo 13 CGC señala tres reglas (principios):

– El que llama de jerarquía y que enuncia en la letra a) “será unidad preferente de negociación la de ámbito estatal, por lo que toda concurrencia conflictiva entre ésta y la de ámbitos inferiores se resolverá con sujeción al contenido material acordado en el presente Convenio General, sin perjuicio del respeto a las normas de derecho necesario establecidas en la legislación vigente en cada momento”. Con lo que llevamos dicho sabemos que es letra muerta, o menos tajante, mera redundancia de la regulación general. Es decir, hoy en día, el CGC es preferente en lo que puede serlo y nada más, y puede serlo en lo que le dejan.

– Se recoge una regla que sirve genuinamente como solución al conflicto de concurrencia, y que es como una moratoria o última oportunidad. Dice el artículo 13.b) CGC: “b) Principio de seguridad: los Convenios de ámbito provincial que estén en vigor cuando inicie su eficacia el presente Convenio General mantendrán su vigencia en todo su contenido hasta la conclusión de su ámbito temporal, debiendo acogerse, en la siguiente negociación, a lo contenido en el Convenio General, sin perjuicio de que por acuerdo de las partes decidieran acogerse con anterioridad a las nuevas condiciones definidas en este Convenio”. Se viene a decir: con independencia de su ortodoxia, los convenios provinciales mantendrán en vigor todo su contenido hasta el fin de su duración inicial. Como una delegación forzada por la realidad, que el General hace en favor de los provinciales, que aun prohibiéndolo la norma, hayan invadido las materias propias del estatal. A lo que se

añade una paralela advertencia: ya no hay más moratorias, los preceptos de todo convenio provincial posterior a septiembre de 2007 (entrada en vigor del CGC) carecerán de eficacia si contienen materias que son propias del general y en tal sentido las regula.

– Finalmente la letra c) contiene una buena regla que no necesita comentario: “el CGC complementa los contenidos de los Convenios de ámbito inferior, siendo además derecho supletorio en todo lo no previsto expresamente en los mismos”.

c) Convenios de empresa

Hasta ahora nos hemos referido a las relaciones entre convenios de distinto ámbito pero siempre de nivel superior al de empresa. Para el caso de los convenios negociados dentro de una compañía o *holding*, las cosas no se mueven por los mismos parámetros. Un convenio de empresa suele tener su origen en razones económicas (incluidas aquí las típicas mejoras sociales) y a lo mejor también de clasificación profesional (definición propia de las categorías y funciones, o poliactividad empresarial). En el ámbito de la construcción no proliferan, fundamentalmente por falta de interés –legítimo– de la parte empleadora. Pero los que existan, como decimos, no deberían causar muchos conflictos de concurrencia porque por definición van a ser mejores que sus paralelos territoriales. Sin embargo puede darse esa confluencia regulatoria, y en este sentido en principio la cuestión se debería mantener igual a como lo estaba antes de la reforma del Estatuto de los Trabajadores del año 1994 y, sobre todo, de la sentencia de la Audiencia Nacional de 2003: si el argumento para negar la prioridad del CGC a la hora de recoger las materias que él quiere en exclusiva, se basa en el reformado segundo párrafo del artículo 84, debe tratarse de un convenio de ámbito superior al de empresa, pues así se dice expresamente en tal precepto. Luego a *contrario sensu* para los de empresa, el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores debería recobrar toda su vigencia. Pero como ahora en el IV CGC ya no se dice –por mandato judicial– lo que debe serle reservado, sino lo que entienden los firmantes que es lo mejor (“las partes consideran que el ámbito general estatal es el apropiado”), hay que entender que también afecta a las relaciones con los convenios de empresa y, por tanto, éstos en teoría pueden regular todo tipo de materias, salvo las que la ley sí recoja como privativas del CGC.

Sin duda, se podía haber solucionado mejor, si se hubiera establecido un artículo donde se dijera expresamente que para los convenios de empresa, la reserva a favor del General se mantiene. Pero lo cierto es que la regla indicada arriba del artículo 13.c) CGC, sobre la complementariedad y supletoriedad, puede entonces dar juego con respecto a ese tipo de convenios. Aunque de probabilidad casi nula, cuando se trate de alguna materia en las que concurren y las condiciones del convenio de empresa sean peores para los trabajadores que las del General no sabríamos a qué atenernos. A lo mejor se podía invocar el artículo 12.1.a) CGC –con amparo en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores– que señala: “como regla general, las materias contenidas en el presente convenio serán de preferente aplicación”.

B) Ámbito funcional

Al menos en el terreno en el que nos movemos, el nacional, parece a estas alturas una cuestión pacífica. El hecho de que la relación de actividades recogidas en el artículo 3

CGC, así como su desarrollo enunciativo/explicativo en el Anexo I, sea copia de lo anterior, lo refrenda. En efecto, el punto de partida está en el mismo origen de la negociación colectiva en este sector, en el I CGC del año 1992⁵, y aun antes, pues es a su vez una copia casi literal de las expresiones del Anexo I de la Ordenanza de la Construcción, Vidrio y Cerámica, de agosto de 1970⁶. La ruptura o, si se quiere mejor, los cambios de importancia se producen del I CGC al II CGC⁷: salen los sectores del cemento⁸; yesos y cales⁹, y cerámica artística e industrias del azulejo¹⁰. Y entra el de conservación y mantenimiento de infraestructuras.

La fórmula viene ya de la OLCVC, es decir, empieza con un precepto genérico más parco, el del artículo 3, y luego lo desarrolla en un Anexo, en concreto el I, a modo de aclaración. Así lo dice el artículo 3.2 CGC cuando señala que el detalle del anexo sólo se hace con fines enunciativos. Se puede achacar la “pereza” de los sucesivos negociadores, y en concreto el del presente, que tanto ha innovado en otros aspectos, el no modernizar y simplificar la lista, limitándose por el contrario a transcribir lo que les ha venido de antes. Además, dada la importancia de lo tratado, no es nada conveniente una relación que diga de sí misma que no es cerrada. El Convenio Colectivo es ley que regula derechos y

(5) Artículo 13 I CGC: “a) Las dedicadas a la construcción y obras públicas:

- b) Embarcaciones, artefactos flotantes y ferrocarriles auxiliares de obras de puertos.
- c) Canteras, areneras, graveras y la explotación de tierras industriales.
- d) Las de cemento.
- e) Las de yesos y cales.
- f) Las de cerámica artística e industrias del azulejo que, a la entrada en vigor del presente convenio, no estuviesen afectadas por otro convenio estatal.
- g) El comercio de la construcción mayoritario y exclusivista.”

(6) OLCVC: Anexo I. a) Las dedicadas a la construcción y obras públicas (Epígrafe I, Anexo I)

- b) Las embarcaciones, artefactos flotantes y ferrocarriles auxiliares de obras de puertos (Epígrafe II, Anexo I)
- c) Las canteras, areneras, graveras y la explotación de tierras industriales (Epígrafe III, Anexo I)
- d) Las de cemento (Epígrafe IV, Anexo I)
- e) Las de yesos y cales (Epígrafe V, Anexo I)
- f) Las de derivados del cemento (Epígrafe VI, Anexo I)
- g) Las de tejas y ladrillos (Epígrafe VII, Anexo I)
- h) Las de vidrio (Epígrafe VIII, Anexo I)
- i) Las de cerámicas (Epígrafe IX, Anexo I)
- j) Las de comercio de la construcción, vidrio y cerámica, mayoritario y exclusivista (Epígrafe X, Anexo I).

(7) Artículo 13 II CGC: “a) Las dedicadas a la construcción y obras públicas.

- b) Embarcaciones, artefactos flotantes y ferrocarriles auxiliares de obras y puertos.
- c) Canteras, areneras, graveras y la explotación de tierras industriales.
- d) El comercio de la construcción, mayoritario y exclusivista.
- e) La conservación y mantenimiento de infraestructuras.”

(8) La SAN de 18 de septiembre de 1992, a instancias de la Agrupación de Fabricantes de Cemento de España, declaró la nulidad del artículo 13.1.d) I CGC, por falta de representatividad en el sector, de la organización empresarial firmante del convenio Confederación Nacional de la Construcción.

Por otro lado, la SAN de 11 de mayo de 1994, declara la exclusión del ámbito funcional de aplicación del CGC de la fabricación de hormigón preparado y morteros.

(9) Directamente no aparece en el II CGC.

(10) Se acordó en conciliación ante la Audiencia Nacional, con fecha 1 de julio de 1994 la exclusión de dicha actividad del CGC. Así como la prórroga, como derecho convencional, de la OLCVC.

deberes, el dejar sin acotar, o mejor dicho, pues sabemos que la precisión absoluta no existe, el no manifestar con expresiones categóricas la intención de que lo que se hace es cerrar el ámbito de aplicación, no es la mejor de las situaciones, por más que terceros (la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos y la jurisdicción) ante un conflicto de interpretación puedan ayudar.

Después, en la articulación a nivel inferior (actualmente todos son provinciales o de Comunidad Autónoma uniprovincial) pueden venir las dudas. Aunque es cierto que un grupo mayoritario de éstos se remiten al CGC para definir su ámbito profesional, hay otros por el contrario que no recogen alguna de las actividades del CGC, y finalmente un tercer bloque hace lo contrario: abarca más actividades que el CGC, siendo por tanto más bien deudor de la OLCVC. Los que pueden necesitar algún comentario son los segundos, es decir, los que excluyen alguna actividad, y por tanto que en esa provincia o Comunidad Autónoma donde se dé, existan varios convenios colectivos provinciales cuyo ascendente sea el CGC. El ámbito funcional, como señala el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, es el que las partes quieran. Luego en principio no hay anomalía en tal proceder. Profesiones como pintura, comercio de materiales de construcción, o mármoles y piedras, en algún lugar tienen su propio Convenio Colectivo provincial. Esto bien articulado no supondría un problema añadido. Es decir, igual da que en una provincia determinada haya uno o varios convenios cuyo ámbito funcional coincida en todo o en parte con el del CGC. Los conflictos de concurrencia, de darse, pueden venir también siendo idénticos los campos de aplicación de actividad en sendos ámbitos geográficos.

a) Actividad principal y unidad de empresa

El ámbito funcional en nuestro país, aunque hoy parezca algo superfluo decirlo, no siempre ha sido así, va ligado, en la inmensa mayoría de los casos, a la actividad desarrollada de modo preponderante por la empresa eventualmente concernida. Excepción de los convenios franja, lo que es la razón de ser de la existencia de la empresa, determina la unidad de negociación sectorial a la que queda adscrita. Sin embargo, cuestiones ligadas a la evolución del mercado (multinacionales o grandes grupos nacionales, empresas de servicios...) llaman en alguna ocasión a un replanteamiento de la cuestión. En esencia estriba en que cuando se da una pluralidad de actividades en una compañía, hay dos posibilidades a la hora de

**EL ÁMBITO FUNCIONAL
SUELE IR LIGADO
A LA ACTIVIDAD
DESARROLLADA DE MODO
PREPONDERANTE
POR LA EMPRESA**

elegir el convenio/s aplicable/s: la especialización o la uniformidad para toda la plantilla. Aquí no vamos a ir –ni debemos hacerlo– más allá del análisis del artículo 3.3 CGC, que es novedoso con respecto a los anteriores, y que señala que “asimismo, quedan integradas en el campo de aplicación de este Convenio General, las empresas y los centros de trabajo que, sin estar incluidas expresamente en el Anexo I, tengan como actividad principal las propias del sector de la construcción, de acuerdo con el principio de unidad de empresa”. Este principio, como sabemos, es un viejo aserto jurisprudencial para salvar dudas surgidas cuando la empresa tiene varias actividades subsumibles en diversas unidades de negociación. Apelando a la homogeneidad y, por tanto, buscando evitarle a la plantilla desigualdades no estéticas –generalmente la actividad principal sí cuenta con convenio colectivo y las otras no, o de condiciones menos avanzadas–, se concluía que la actividad principal determina el convenio colectivo aplicable a todos los trabajadores de esa empresa. Pero hay que matizar, aunque sea resumidamente, lo siguiente:

– Ese principio actualmente puede producir efectos distintos a los que propiciaron su nacimiento, e ir en contra de los intereses del trabajador. Es decir, que la especialización a lo mejor está englobada en otro convenio de mejores condiciones para él.

– Presenta muchos problemas, sobre todo en materia de encuadramientos profesionales, pues en muchas ocasiones el convenio absorbente no recoge alguna categoría de la actividad que queda subsumida.

– Hoy en día sólo debería servir para incluir a aquellos grupos profesionales o más bien categorías que toda empresa tiene para realizar servicios comunes: administración y oficinas fundamentalmente, y otros servicios auxiliares como limpieza o mantenimiento. Y aun así, siempre que prestaran servicios indistintamente para las diversas secciones de la empresa.

– La aplicación del principio de unidad de empresa debe ser una decisión empresarial, sin perjuicio de que pueda ser revisable por terceras instancias. No puede ser que un convenio colectivo sectorial por muy importante que sea esa actividad –que en nuestro caso lo es–, diga de sí mismo que se aplicará si la actividad principal es la suya.

Y además y centrándonos ya en el precepto: su redacción no es buena, llama al desconcierto. Resulta imposible pensar en una empresa que no esté incluida en el extenso Anexo I del convenio y que a la vez tenga en la construcción su actividad principal. Y además sería ilegal: fundamentalmente si tenemos en cuenta lo que es el censo de empresarios, profesionales y retenedores al que se refiere la Disposición Adicional Quinta de la Ley General Tributaria, en virtud del cual las compañías están obligadas a comunicar sus actividades a la Agencia Tributaria, además de otras muchas normas que también obligan a manifestar las actividades que se van a realizar. Luego, en principio, no cabe –so pena de estar incurriendo en un incumplimiento sancionable (artículo 199 Ley General Tributaria)– que una empresa no esté incluida “expresamente en el Anexo I” y tenga “como actividad principal las propias del sector de la construcción”. Por lo que buscando efectividad al artículo se puede encontrar para el caso de empresas que de principio no sean del sector, pero que tengan centros de trabajo o ramas de actividad, que de forma manifiesta

queden dentro de alguna de las diversas actividades que recoge ese convenio, y que por tanto a sus trabajadores se le apliquen sus condiciones.

b) Aplicación ultrasectorial de las normas de seguridad y salud laboral

Termina el artículo sobre el campo de aplicación con una declaración, buena por sus intenciones, pero evidentemente ilegal. En concreto señala el artículo 3.4 CGC: “También estarán sometidas a lo dispuesto en el Libro II en relación con las disposiciones mínimas de seguridad y salud (...) todas aquellas empresas que ejecuten trabajos en los centros de trabajo considerados como obras.” Es lógico que una regulación de tal magnitud e importancia, con el esfuerzo además que ha supuesto, quieran sus autores que se aplique para todo aquel que vaya a entrar en un centro de trabajo que tenga la consideración de obra de construcción. Pero esto no puede ser así: se trata de una norma paccionada que obliga a las partes y a los que la ley –artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores– concede su extensión: empresas y trabajadores de su ámbito; y a nadie más, por más que se trate de una materia como la de las condiciones de seguridad y salud. Luego, si la empresa no está incluida en el campo de aplicación de este convenio, una sentencia indemnizatoria, un acta de infracción de la Inspección de Trabajo, o cualquier otra resolución impuesta desde fuera, no puede fundamentar la exigencia de responsabilidades en incumplimientos del Libro II CGC.

c) Ámbito subjetivo, territorial y temporal

El ámbito funcional sirve en principio por sí solo para saber el ámbito personal: los empleadores y empleados incluidos en cada Convenio. Estará toda empresa –y consecuentemente sus trabajadores– del sector a que se refiera. Por lo que, unido a lo que le viene dado a todo Convenio negociado al amparo del Estatuto de los Trabajadores donde se establece la eficacia *erga omnes*; para los convenios *vertical unit* sería superfluo recoger algo sobre el ámbito personal. Si alguno lo hace, no puede tener otra la finalidad que excepcionar a determinados colectivos, o aclarar supuestos frontera. Esto es lo que hace el CGC en su artículo 4. Y en este sentido hay que hacer un comentario sobre dos cuestiones:

a) Los empleados públicos

Señala el artículo 4.1 CGC que “La normativa de este Convenio será de obligada y general observancia para todas (...) las entidades públicas (...) de las actividades enumeradas en el apartado anterior”.

Las distintas Administraciones, sean territoriales o institucionales, tienen en su plantilla personal sobre todo laboral, pero incluso funcionario, que realiza actividades plenamente incluibles en las recogidas en este CGC. Sin embargo ese precepto lo deja claro: para entenderlo aplicable es la entidad la que debe quedar comprendida por su actividad en el ámbito funcional de construcción. Con lo que quedan fuera los trabajadores cuya actividad esté relacionada con la construcción pero pertenezcan a alguna Administración territorial o institucional polifuncional.

Como entidad pública genuinamente afectada por esta declaración está el grupo Tragsa, adherido además a la Confederación Nacional de la Construcción por la parte empresarial, que cuenta con convenio propio pero que declara el carácter supletorio del CGC¹¹.

b) El personal directivo

De redacción sucesivamente repetida en cada CGC, el actual artículo 4.2 señala que no entran dentro del campo de aplicación, el “personal directivo” del que luego aclara que “es de libre designación”; y que “su relación laboral se regirá por su contrato de trabajo y, en su caso, por la normativa especial que le resulte de aplicación”. No sabemos qué grado de litigiosidad o conflictos interpretativos ha podido dar este artículo. A lo mejor ninguno, pero de darlos, como está redactado, no ayuda mucho. De principio hay que aclarar que el decir que son personas de libre designación, parece más bien que a los autores les han podido inercias funcionariales, pues toda la plantilla de una compañía, con las excepciones condicionantes que se quieran –titulación requerida, no discriminación, ...–, es de libre designación. Y si lo que se buscaba decir era justo lo contrario, de libre cesación, sólo los miembros del órgano de administración, si así lo decide la mayoría del capital, son de libre cesación sin resarcimiento a cambio, el resto incluso la alta dirección tiene derecho a indemnización, sea mayor o menor.

La denominación genérica “personal directivo” en nuestra legislación, comprende tres supuestos: consejeros y administradores de sociedades, directivos de régimen laboral común y personal de alta dirección. Si el artículo habla de personal directivo y no alta dirección, debemos interpretar que comprende los tres. Versión que se viene a confirmar por el hecho de que se afirma que estos colectivos se regirán por su contrato de trabajo y en su caso por la normativa especial. Si se quisiera referir sólo a la alta dirección, no matizaría con la expresión “en su caso” como cubriendo la posibilidad de que se produzca en un futuro; pues a la redacción de ese precepto ya existía esa normativa especial. Sólo cabe interpretar que se hace en términos de generalidad/especialidad, como diciendo: el personal directivo en su conjunto se regirá por su contrato de trabajo, y dentro de ellos el que tenga regulación específica, también por ésta. La cuestión de los consejeros y los de alta dirección no necesita más comentario, uno y otro, el primero porque su vínculo no es laboral, y si lo es, tiene consideración de alta dirección, quedan fuera del CGC, no sólo porque lo recoja él expresamente, sino porque lo señala una norma con potestad para hacerlo: el Real Decreto 1382/1985, que regula la relación laboral especial de alta dirección.

Pero otra cosa es la del directivo ordinario. Se pueden hacer en este sentido dos interpretaciones del precepto, una literal, que es la que venimos haciendo, es decir, quedaría fuera del CGC. Pero cabría una posibilidad de salvarlos de la exclusión: plantearse si es posible, o por el contrario es una cláusula ilegal. Siguiendo el razonamiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1987, que hace suyos los planteamientos del desaparecido

(11) Lo que declara el Convenio Colectivo de Tragsa (el último a la fecha es el XVI –BOE de 1 de abril de 2005–) en referencia a su relación con el CGC daría para un comentario específico pues hay líneas dudosas. No es éste el trabajo para ello. Valga lo que se diga más adelante para la concurrencia.

Tribunal Central de Trabajo, luego secundado reiteradamente por su sucesor el Tribunal Supremo¹², la exclusión de algún colectivo no es de suyo ilegal –inconstitucional–, lo será sólo si no está basada en razones objetivas. Se alude al caso típico de los trabajadores temporales, señalando para negar la posibilidad de no incluirlos, que la sola razón de la naturaleza limitada en el tiempo de su vinculación con la empresa, no basta para impedir que se les extienda los efectos beneficiosos de un convenio. Pero el caso del directivo no es lo mismo. Hay que reconocer que la descompensación de fuerzas negociadoras –fundamento de la negociación colectiva– es menor que el común de la plantilla. Que no sólo la empleadora está en otro plano, sino que también ellos se mueven por unas coordenadas propias, distintas de los parámetros habituales de contrapeso de fuerzas que es el Derecho Laboral. Es válido por tanto, como medida de política legislativa, sacarlos de la aplicación del CGC.

Pero queda un problema de interpretación peliagudo: delimitar quién está comprendido en el término “personal directivo” sometido al derecho laboral común, adscrito al nivel I. Pendiente de que se cumpla con el mandato hecho a la Fundación en el artículo 24 CGC, y se especifique por tanto de mejor forma; nos debe valer lo que señala la Jurisprudencia cuando ha procedido a establecer las diferencias del personal directivo ordinario del de alta dirección con relación especial. Señalando que aquéllos son: personal altamente cualificado, con mando en la empresa, con facultades decisorias en el concreto ámbito de actividad que se les encomienda, pero que no ostentan poderes inherentes a la titularidad de la compañía que afecten a sus objetivos generales. Definición esta última que da el artículo 1 del Real Decreto 1382/1995 para la alta dirección.

En todo caso, si ya hay dificultades para deslindar la alta dirección del personal directivo sometido a la legislación laboral común, también lo debe haber entre los que constituyan ese personal directivo digamos de élite, con otros de menor autonomía de mando. Como dicen los tribunales, se trata de un tema en el que no hay dos casos iguales (un director financiero de una constructora que cotiza en bolsa, no es el mismo caso que el de una subcontratista de cinco trabajadores...) Huelga por tanto intentar hacer reglas universales. De producirse el conflicto de intereses, que sea la Justicia la que señale si a esa persona se le debe aplicar o no el CGC.

EL “PERSONAL DIRECTIVO” COMPRENDE: CONSEJEROS Y ADMINISTRADORES, DIRECTIVOS DE RÉGIMEN PERSONAL COMÚN Y PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

(12) SSTs de 13 de mayo de 1991; 22 de mayo de 1991; 27 de noviembre de 1991; 7 de julio de 1995. Y también en los ámbitos inferiores: SSTSJ del País Vasco de 22 de julio de 1996 y TSJ de Extremadura de 7 de abril de 2000.

c) Extraterritorialidad

a') Provincial

Dentro del apartado relativo a la concurrencia de convenios, concretamente en el artículo 13, el CGC, cuando habla de los principios para su solución, recoge como última regla que “d) Principio de territorialidad: será de aplicación el convenio provincial o, en su caso, autonómico, vigente en el lugar de prestación efectiva de los servicios”. La regla es clara y lógica, jurídica y económicamente hablando: el desplazamiento de un trabajador de Vigo a Irún, dejando familia y entorno, sólo puede ser motivante por razones económicas. Y viceversa, una empresa del País Vasco no puede perder una promoción de viviendas frente a una gallega, porque ésta tenga menos costes laborales derivados de aplicar más allá de su territorio su convenio natural. Pero como toda regla debe tener su excepción si está justificada, veamos, con otro ejemplo, que en algunos casos la cuestión no es tan evidente: a una empresa de Aranda de Duero, con tajos abiertos en Burgos, Palencia, Segovia, Soria y Valladolid, que geográficamente son su ámbito comercial natural, no se le puede pedir que aplique cinco convenios diferentes. La lógica dicta que se aplique a toda la plantilla el de la provincia en que está radicado el domicilio social (Burgos), y que sólo se tenga en cuenta el principio de territorialidad, si se da alguna de estas cuatro condiciones: 1) que las diferencias económicas entre convenios –tanto salariales como extrasalariales– sean importantes; 2) que la estancia sea prolongada en el tiempo –nunca menor a seis meses–, o 3) que lo pida expresamente el trabajador afectado. Y dentro de ésta se podía añadir como opción alternativa o acumulativa: que el trabajador sea contratado en destino, donde tenga además su domicilio habitual. No dándose alguna de ellas, es más adecuado que prevaleciera el sentido común y se aplicara la unidad de empresa. Y si se piensa que el anterior argumento es ilegal, por ir en contra de norma de Derecho necesario, también gozan de esta cualidad las de jornada, en cuanto a las dos fiestas laborales locales anuales, y nadie discute que se concedan las correspondientes al lugar de origen del obrero y no la del lugar en que se encuentre en cada momento.

Recordemos una cuestión importante, el aplicar uno u otro convenio es una cuestión de fuentes del Derecho, es decir, si el convenio de destino es inferior al del domicilio social o donde habitualmente presta servicios el trabajador, no cabe alegar derechos consolidados o condición más beneficiosa para mantener las condiciones económicas de aquél. Razón por tanto de más para apelar a que se tenga en cuenta la realidad de cada caso, y evitar reglas genéricas que pueden tener efectos ambivalentes –perjudiciales/beneficiosos en ambas direcciones–.

Un último argumento en pro de la unificación se extrae del examen del artículo 83.4 CGC, que al referirse al abono de dietas en aquellos casos en que en la obra pública se va avanzando por diversas provincias, habla de que, cuando el tajo está en la frontera entre dos, se aplique para las dietas las cantidades recogidas en el convenio provincial en cuyo lugar se esté más tiempo. Solución de complicada aplicación para los servicios administrativos, que poco o ningún beneficio le va a reportar a la plantilla concernida.

b') Internacional

Dice el artículo 5 CGC que tal convenio será de aplicación “a los trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas del sector de la construcción en el extranjero, quienes tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español”. Hay que advertir como mero retrato sociológico que el trabajador contratado en España, es decir, con vida asentada en nuestro país, no se desplaza al extranjero si no es por poderosas razones económicas, con lo que, a la hora de la verdad, poca virtualidad práctica tiene este precepto, pues en la generalidad de los casos el obrero que salga fuera de nuestras fronteras va a estar retribuido muy por encima de convenio.

Las reglas que están actualmente en vigor lo son en función de que el desplazamiento sea dentro del Espacio Económico Europeo o no. En el primer caso se aplica la Directiva 96/71/CE, y su transposición a nuestro Derecho que es la Disposición Adicional Primera de la Ley 45/1999, donde se recoge que se aplicaría la norma del país de destino salvo que la norma española legal o convencional –nuestro caso– sea más beneficiosa.

Para el resto de Estados –destacamos que EEUU no está adherido– se aplica el Convenio de Roma, que aunque publicado en el DOUE (30 de diciembre de 2005), no es una norma comunitaria sino internacional, y que establece para los Estados firmantes la aplicación de unas normas de conflicto comunes para determinar la Ley nacional aplicable a las relaciones contractuales internacionales, entre los que está el contrato de trabajo. El término “Leyes” se ha entendido desde un punto de vista formal, quedando excluidos por tanto los convenios colectivos, con lo que en principio el Convenio de Roma no se aplica a la elaboración y su control de legalidad. No obstante, si se designa como competente la legislación española para regular un contrato de trabajo, al poseer el CGC eficacia normativa, por su naturaleza estatutaria, debe considerarse como parte de la Ley nacional aplicable al contrato.

Como resumen gráfico vamos a verlo con un ejemplo: el caso de un equipo de trabajadores de una multinacional española que lleva a su departamento de ingeniería y a empresas subcontratistas de su confianza a trabajar en la realización de obras en Turquía, para una UTE británico-gala. Se aplicaría la norma que decidan las partes, respetando en todo caso la que se llama “ley objetivamente aplicable”, es decir, la que tenga carácter imperativo en el país donde se prestan los servicios, esto es, como la norma turca sea más favorable –lo que no es improbable– y tenga tal carácter indisponible (jornada, seguridad y salud, huelga...), sería en todo caso de aplicación. Además el Convenio permite la regulación “a la carta”, coger lo mejor de la francesa, la inglesa, la española y la turca. Y también se da la posibilidad de variaciones a lo largo de la relación laboral. En definitiva lo que se desprende es que en estos casos es deseable un clausulado por cada contrato de trabajo muy detallado y preciso, como por otra parte y sobre todo para personal más cualificado se viene haciendo ya de manera constante.

En definitiva como se habrá seguramente apreciado, es una cuestión compleja en la que para lo que aquí interesa y como mera aproximación, basta con decir que la cláusula de este CGC, que es transposición del 1.4 del Estatuto de los Trabajadores, está superada por las normas comunitarias e internacionales a las que habrá que acudir en caso de conflicto.

d) Prórroga de las cláusulas obligacionales

Sobre la duración del CGC poco hay que decir, tiene la de los anteriores, cinco años, algo que es altamente positivo. Más teniendo en cuenta que los mandatos que contiene cada vez piden una mayor estabilidad y, por tanto, consolidación para asegurar su correcto modo de interpretación y aplicación (“vocación de permanencia y estabilidad” dice el artículo 7.1 CGC).

Únicamente merece comentario lo que señala el artículo 7.2 que dice que, mientras no se firme un nuevo convenio, también continúan en vigor las cláusulas obligacionales del actual. El Estatuto de los Trabajadores señala en cambio en su artículo 86.2 que denunciado un convenio pierden vigencia sus cláusulas obligacionales. Luego esta declaración convencional parece ir en contra de ley. El CGC contiene en modo importante ese tipo de cláusulas obligacionales, que comprometen sólo a los firmantes, tanto en número, como, sobre todo, en efectos. Los contratos obligan a las partes, es lo que se persigue, pero indisolublemente despliega efectos para terceros. Éstos pueden negar esa digamos extensión, si no conveniéndoles. Además, su interés contrapuesto está amparado por el ordenamiento. Qué queremos decir: la cláusula del artículo 7.2 CGC, hay que darla por bienvenida, busca un compromiso de lealtad y buena fe mutuas, que se pretende se prolongue a lo largo del tiempo. Es decir, las partes, aunque el Estatuto de los Trabajadores diga que no están sometidas a las cláusulas obligacionales una vez extinguida la duración de un convenio, pueden asumir que para ellas sí que valga esa prolongación. Es perfectamente legal. Pero hay que tener en cuenta que durante ese período puede haber terceros que no les interese tal compromiso mutuo y apelen a derechos subjetivos propios, y por tanto reconocidos en Derecho. Y cuando decimos esto, no estamos pensando en organizaciones empresariales o sindicales no firmantes del CGC, sino que en el seno de las que suscribieron tales pactos, a lo largo del tiempo, se pueden producir cambios de cargos y, a lo mejor, de orientación estratégica. Y aquí y conscientes de meternos en un terreno de no pacífica o única interpretación, en cuanto a la naturaleza del mandato de los cargos representativos electos, hay que señalar que compromisos de anteriores cúpulas sindicales o de asociación de empleadores no pueden afectar a los nuevos cargos que hayan accedido democráticamente con un programa propio por el que han sido elegidos, cuando a éstos les ampara una norma con rango de ley (Estatuto de los Trabajadores y Código Civil) e, incluso, en determinados aspectos, una de rango orgánico como la de Libertad Sindical. Por lo que si las nuevas cúpulas directivas deciden denunciar el convenio, no debería regir para ellas lo establecido en ese artículo 7.2 CGC.

3. ASPECTOS DE LA RELACIÓN LABORAL PREVISTOS EN EL CONVENIO GENERAL

A) Los menores de edad

Metido como un apartado más dentro del artículo 14, “ingreso al trabajo”, cuando por su importancia seguramente hubiera merecido precepto propio, señala su párrafo 4 que “Se prohíbe emplear a trabajadores menores de 18 años para la ejecución de trabajos en las obras sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 referente al contrato para la

formación”. Es una novedad que supone un salto de calidad. La situación en anteriores convenios era la de que se podía trabajar, como en el resto de sectores, “a partir de los 16 años, salvo que por las condiciones de peligrosidad las normas no lo permitan” (artículo 22.1 del III CGC). Ahora no, lo que parece que se pretende es que las personas de 16 y 17 no entren en el sector, porque se entiende que es mejor para su formación integral (“los Estados Miembros deberán velar asimismo por la protección de los jóvenes contra todo trabajo que pueda perjudicar su seguridad, su salud o su desarrollo físico, psicológico, moral o social o poner en peligro su educación”. –Artículo 1 Directiva 94/33/CE–).

Aunque establece una excepción que se puede catalogar como de integradora o constructiva, también en la línea de esa Directiva. Es decir, si la vía de entrada en la obra es un contrato para la formación, se ve como positivo desde un doble punto de vista: a) que el chaval que quiera entrar a esas edades no lo haga como peón y ahí se estanque, sino que se le dé la bienvenida al sector con una planificación educativa que haga de él un profesional del futuro y, por otro lado, b) haciéndose eco de la realidad de la situación actual de nuestra juventud, con un alarmante índice de fracaso escolar, que este sector coadyuve a que el contrato para la formación sirva como instrumento idóneo para salvarlos de la falta de bases culturales, y como preparación para el mercado de trabajo, a los que no tengan el título de ESO o enseñanza profesional equivalente. Lo dice el artículo 21.4.a): “El Sector reconoce la importancia que el contrato para la formación puede tener para la incorporación, con adecuada preparación, de determinados colectivos de jóvenes”.

a) Trabajos prohibidos

Sumado a la elevación de la barrera de edad hasta los 18 años para poder ser contratados en las obras con un contrato de los ordinarios, hay que añadir que, incluso aunque se tratara de un contrato para la formación, hay determinadas situaciones en que a un menor de edad no se le puede contratar. El artículo 21.4.e) CGC señala que “No podrán ser contratados bajo esta modalidad –la de formación– por razón de edad, los menores de dieciocho años para los oficios de vigilante, pocero y entibador, ni para aquellas tareas o puestos de trabajo que expresamente hayan sido declarados como especialmente tóxicos, penosos, peligrosos e insalubres”. Respecto a los tres oficios que enumera no se necesita comentario. Pero la cole-

**EL CGC PRETENDE QUE
LAS PERSONAS DE 16 Y 17
AÑOS NO ENTREN
EN EL SECTOR**

tilla genérica posterior, exige una interpretación profunda, por los importantes efectos que implica, aunque sólo sea porque si se adopta una postura muy literal del precepto estaríamos ante una contraexcepción que dejaría sin efectividad a la primitiva excepción autorizante. Es decir, que una visión generosa del sentido del artículo llevaría consigo que rara vez, ni con contrato para la formación, se podría trabajar siendo menor de 18 años. Hay que desentrañar por tanto: lo que se entiende por “hayan sido declarados”; y así determinar quién es el competente para hacerlo. Y qué es lo que hay que deducir integrado en la expresión “especialmente tóxico, penoso, peligroso e insalubre”:

– Sobre el primer aspecto, *a priori* se puede entender que el autor de tal declaración, la fuente, es el legislador (en sentido amplio), incluyendo por qué no, los firmantes de un convenio colectivo (no lo han hecho en el presente CGC).

Las tres normas por orden descendente de importancia aclaratoria a las que se puede acudir son: la Directiva 94/33/CE, el artículo 27 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el Decreto de 26 de julio de 1957.

Y además, se puede pensar en otro autor más cercano y, por tanto, más adaptado a cada situación: el coordinador de seguridad en la fase de ejecución. Es por definición la persona idónea para señalar los trabajos que en su obra son especialmente peligrosos. Así lo piensan y lo tienen mandado, por otra parte, la Directiva 94/33/CE en su artículo 6, y el artículo 27 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cuando exigen al empresario que evalúe los puestos que vayan a desempeñar esos jóvenes, evaluación que sabemos en el caso de las obras se sustituye por el estudio y plan de seguridad y salud laboral. Es el mejor mecanismo para que, sin impedir ya como máxima previa, la incorporación del menor a este sector, sí que persona apta para ello diga qué trabajos en esa obra no debe realizar. Que a lo mejor son todos y por tanto signifique que no pueda entrar a trabajar. Pero que seguramente tan sólo lo sean unos concretos los especialmente peligrosos, y que por tanto pueda ser destinado a otros¹³.

– Determinar los trabajos que son especialmente tóxicos, peligrosos, nocivos o penosos, no es fácil. El adverbio “especialmente” debe servir para una primera aproximación: no todo trabajo peligroso está vedado al menor en formación, sino que, además de tal, tiene que serlo de manera significativa. El artículo 27 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en su último párrafo otorga tal labor a un Real Decreto, pero a la fecha no se ha publicado. Declarar vigente el Decreto de 1957, parece un poco anacrónico, a más de inseguro –valga la expresión–. Es adecuado remitirse a la Directiva 94/33/CE, y lo mejor, sin duda, al análisis caso por caso de cada chaval, cada empresa constructora, y cada centro. Nuestra opinión: salvo para los tres oficios indicados –vigilante, entibador y pocero– y con las ampliaciones analógicas que para el entibador y pocero sean precisas: cámaras de aire comprimido, espacios confinados..., un menor, en principio, en lo que

(13) En todo caso, no hay que ser optimista. Si ya de por sí gran parte de los estudios y planes de seguridad están poco unidos a la realidad que contemplan, por más que la reforma de 2003 sancione esa mala práctica, menos vamos a pedirles que indiquen si la obra es apta para que entren menores y, de ser posible, en qué condiciones.

Una forma alternativa adecuada sería tratarlo expresamente, dada la delicadeza del tema: que la empresa que tiene al menor eleve consulta y que en tal sentido sea contestado por el coordinador.

es la jornada práctica de su contrato para la formación, puede realizar casi la totalidad de actividades relacionadas con una obra de construcción (incluso en trabajos en altura o con determinados equipos todo lo peligrosos que nos imaginemos), si están adoptadas las medidas preventivas precisas. En cambio, por declararse así expresamente en el Anexo II de la Directiva 94/33/CE, no puede trabajar en demoliciones de edificios, por el peligro de derrumbamientos, ni tampoco en obras próximas a líneas de alta tensión.

B) Vigilancia de la salud

a) Reconocimientos médicos

El artículo 15.2 CGC lo señala inequívocamente: para entrar en una empresa de este sector es obligatorio un reconocimiento médico previo. Los beneficios y consecuencias son a partes iguales para empresa y obrero: aquélla no puede contratar por primera vez a nadie respecto del que su servicio de prevención ajeno o propio no le haya hecho el preceptivo chequeo, y declarado apto, y el trabajador si quiere entrar debe acceder¹⁴.

Aunque, como vemos, el convenio es tajante a la hora de establecer el reconocimiento para poder entrar en la empresa, en cambio para los sucesivos, el apartado 3º del artículo 16 CGC, da una serie de rodeos para viéndolo como conveniente no establecerlo de modo imperativo¹⁵. Somos de la opinión que si el primer reconocimiento es obligatorio los demás también lo tendrían que ser. Y al contrario, si no, que tampoco sea obligatorio el inicial. El estado de salud por definición es cambiante, y si se entiende –participamos de ello– que es importante que para entrar en el sector se deban reunir unas mínimas condiciones de salud, éstas se deben mantener, aun dentro de unos márgenes aceptables, a lo largo del tiempo, para lo que se debería hacer un control de su posible deterioro. Y al contrario, si en nuestro ordenamiento se quiere primar por encima de todo el derecho a la intimidad –opción constitucionalmente válida, legítima y respetable– que no se pida ni siquiera el inicial¹⁶.

(14) En cuanto al plazo de realización, aunque no es fácil ser flexible en la materia, hay ocasiones en que se debería ser: una empresa que demuestra su voluntad inequívoca en cumplir con esa obligación (los antecedentes con el resto de incorporaciones, el desarrollo en general de la vigilancia de la salud...), si por causas ajenas, como son las limitaciones del servicio de prevención ajeno, o la imperiosa necesidad de sustituir a un obrero, retrasa unos días ese reconocimiento inicial, no le debería derivar ninguna responsabilidad por ello.

(15) Artículo 16.3 CGC: “Los reconocimientos periódicos posteriores al de admisión serán de libre aceptación para el trabajador, si bien, a requerimiento de la empresa, deberá firmar la no aceptación cuando no desee someterse a dichos reconocimientos. No obstante, previo informe de la representación de los trabajadores, la empresa podrá establecer el carácter obligatorio del reconocimiento en los supuestos en que sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. En particular, la vigilancia de la salud será obligatoria en todos aquellos trabajos de construcción en que existan riesgos por exposición a amianto, en los términos previstos en el Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto”.

(16) De lo que podemos deducir en la experiencia de nuestro ejercicio profesional –ya no sólo para el caso de la construcción– que nos encontramos con dos casos prototípicos: el del aprendiz que no quiere que le saquen sangre, y el más delicado el que consume sustancias estupefacientes (hay otros como el que piensa “cuando tenga algo ya me enteraré”, etc.), pero los dos primeros es donde el conflicto de intereses y normas más se pone en evidencia. Ese conflicto se podría solucionar compatibilizando y armonizando intereses: para los primeros que se le hiciera todo el chequeo menos el de sangre y, para los segundos, una campaña informativa que asegurara la absoluta confidencialidad, “el empresario no se va a enterar”, de los resultados. No es fácil pero a lo mejor ayudaría a que se apuntara más población.

b) Control de alcoholemia

Es un tema delicado, aunque afortunadamente cada vez menos, se toca ahora con mayor franqueza y naturalidad. No he asistido a ninguna jornada con empresarios del sector, a ninguna, en que no te planteen la cuestión. De principio hay que tener presente que el obrero de la construcción no es ni más ni menos proclive al alcoholismo, ni más ni menos aficionado a la bebida, que el resto de la población. El alcohol es una realidad social muy extendida, y que por lógica estadística, también toca a gente de este sector. Lo que sí es cierto, es que aquí aparece de modo más evidente: las comidas en los bares próximos, los recipientes vacíos que se ven tirados por las obras...

Tres cuestiones breves:

– El CGC nada dice, ni lo ha hecho en anteriores ocasiones, cuando sería un marco idóneo para hacerlo. Por su parte los sindicatos y la Fundación pueden hacer –y hacen– un buen papel.

– Desde un punto de vista estrictamente jurídico: es cierto que un empresario o su encargado en la obra no puede llevar a cabo un control con el etilómetro. Ni mandar a la autoridad para que lo haga. Además el trabajador se podría negar sin infringir norma laboral, administrativa o penal alguna, pues no es el caso de infracciones o delitos contra la seguridad en el tráfico. Pero combinando aspectos jurídicos con prácticos, lo que se puede hacer (y hasta donde llegamos a conocer se hace) cuando hay signos externos de que el trabajador presenta síntomas de embriaguez, impedirle la entrada en la obra describiendo en el parte que se redacte, lo más detalladamente posible, en qué se basa la decisión, y si es posible –reconocemos la dificultad y lo embarazoso de la cuestión– recabar los testimonios de terceros, tanto de compañeros como del establecimiento donde se presume haya ingerido tales bebidas, que en el caso de los atestados policiales tras accidente de tráfico, multitud de sentencias le dan pleno valor probatorio.

A partir de ahí, y entramos en el terreno de la práctica desapasionada y no juridificada, si es la primera vez y hay razones para pensar que es ocasional o esporádico, nada más. En cambio, si se tiene sospechas de que es consumidor habitual, poner a su disposición, más que el servicio de prevención ajeno, el servicio público de salud o entidades especializadas, con las desgravaciones en la cotización para el empresario que sean necesarias por el tiempo que gasta el operario para su deshabituación en las sesiones correspondientes.

– En lo que se refiere al ámbito disciplinario, los preceptos del CGC, y algún que otro Juzgado de lo Social, que con más frecuencia de la deseable anula expedientes sancionadores abiertos por la empresa en virtud del consumo de bebidas (no nos cabe duda, errando, en este caso, con su actitud pro-operario), no ayudan desde luego a erradicar el consumo en las obras. Ante la negativa del interesado, el elemento de prueba es ciertamente lo más difícil. El artículo 97 en su letra p) sanciona como falta grave el “Consumo de bebidas alcohólicas o de cualquier sustancia estupefaciente que repercuta negativamente en el trabajo”. [En parecidos términos el artículo 98.e) como falta muy grave.] Se le exige por

tanto al empleador que demuestre que tal conducta repercute negativamente¹⁷, cuando lo que quiere evitar la constructora ya de antes, es que entre a trabajar, sin darle la oportunidad de que demuestre que no puede con el trabajo dado su estado. La norma debía señalar sin medias tintas, facilitando por tanto la labor de las empresas que quieran instaurarlo en sus obras, que está prohibido beber en la obra o fumar porros, con independencia que influya negativamente o no en el rendimiento. Y por tanto, bien que con gradación según la frecuencia, sancionar su consumo sin más. Eso sí, previas las advertencias y recomendaciones precisas que dicta el sentido común. Es decir, considerarlo como una norma de buenos hábitos saludables, sin entrar en otras valoraciones de imposible medida, como es lo de la repercusión negativa.

C) El contrato de trabajo

a) Período de prueba

Se encuentra recogido en el artículo 17 CGC. La redacción es clara e inequívoca.

Dos cuestiones merece la pena comentar:

—Y es que el apartado 4º señala que “Los titulares de la Tarjeta Profesional de la Construcción expedida por la Fundación Laboral de la Construcción con contrato de fijo de obra u otra modalidad de contrato temporal, estarán exentos del período de prueba para los trabajos de su categoría profesional, siempre que conste en su Tarjeta Profesional haber acreditado su cumplimiento en cualquier empresa anterior”. No parece compensada esta regla. El hecho de haber trabajado en otra empresa no implica que se presuma en todo caso que el nuevo trabajador está preparado para trabajar de modo satisfactorio en la nueva a la que accede. El período de prueba es una fase del contrato para conocer además de las habilidades profesionales, lo que es evidente, la sintonía, es decir, la adaptación de la persona al nuevo ambiente al que se integra. Por lo que en todo caso se debería conceder a la empleadora un tiempo en el que pueda desistir del vínculo libremente, por demostrarse la incompatibilidad, más allá de las competencias profesionales.

**EL EMPLEADOR DEBE
DEMOSTRAR QUE EL
CONSUMO DE ALCOHOL
O DROGAS REPERCUTE
NEGATIVAMENTE
EN EL TRABAJO**

(17) Teniendo en cuenta incluso que algún especialista manifiesta que no existe una correlación significativa entre los signos aparentes de intoxicación etílica y la tasa efectiva de impregnación alcohólica. Ver SULLIVAN, J.B., HAUPTMAN, M. y BRONSTEIN, A.C. (1987). “Lack of Observable Intoxication in Humans with High Plasma Alcohol Concentrations”. *Journal of Forensic Sciences*. Vol. 32, Issue 6, nov. 1987, 1660-1665.

Aunque tampoco merece la pena planteárselo mucho, ya que estamos hablando de que para la mayoría de las nuevas incorporaciones en el sector, que se hace dentro del grupo “personal operario” y en particular dentro del de “resto de personal”, el CGC sólo permite una duración máxima de prueba de 15 días.

—Y la segunda cuestión que enlaza con lo anterior. Este precepto en ejercicio de las posibilidades que le concede el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores que son totales (la Ley se da, en esta materia, un valor meramente supletorio) ha hecho una regulación específica. Estableciendo como decimos, para el operario que no sea encargado, un período de prueba de 15 días. Cuando el Estatuto de los Trabajadores entiende como aconsejable el fijar dos meses o tres según se trate de una empresa con una plantilla de más o menos 25 trabajadores, entendemos que esta reducción es ciertamente importante. Dejándolo apenas sin virtualidad.

b) El contrato fijo de obra

a') Naturaleza

De origen ya en la misma Ordenanza Laboral, en la que tratándose de un contrato temporal, podía servir para varias obras, y en el que transcurridos dos años se pasaba a ser indefinido de plantilla. Como queda actualmente, sea por voluntad expresa o por como está redactado, del artículo 20 CGC parece desprenderse que no sólo se hace referencia a la modalidad digamos *sui generis* para este colectivo, sino que también quedaría englobado el tradicional contrato de obra o servicio determinado. El propio precepto que se titula “contrato fijo de obra”, lo dice cuando empieza señalando que “según lo previsto en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores”, y luego cuando en el 2º apartado continúa diciendo “Este contrato se concierta con carácter general para una sola obra”, que es como referirse al contrato de obra o servicio determinado sin peculiaridad alguna.

Ahora bien, buscando o no la uniformidad, lo cierto es que hay que achacarle una deficiente redacción: el contrato de obra es el género, derivado directamente de ese artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores; y el fijo de obra es una especie, que sin regulación legal a la que acudir exige de su precisión por Convenio Colectivo¹⁸. Es decir, cuando a alguien se le contrata para una obra con carácter temporal, si no se dice más, su contrato es el genérico. Y si lo que se quiere es destinarlo a varias, entonces es otro distinto, que reuniendo notas del primero —por eso decimos que es una especie— tiene aspectos peculiares. Con lo que convendría haberlos regulado en preceptos distintos, al menos en apartados diferentes, o, en todo caso, haber depurado más la redacción.

En otro orden de cosas, los firmantes han desaprovechado —lo vienen haciendo ya en los anteriores convenios— la posibilidad que le da el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores de “identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de

(18) El TS es más tajante y conciso, señala en STS 30 de junio de 2005, recurso 2426/2004, que “Coincidimos, por tanto, plenamente con la sentencia referencial en que dicha previsión convencional, no diseña un nuevo contrato temporal al margen del artículo 15 ET, lo que, por lo demás, no podría hacer válidamente pues, pese a su condición normativa y a su carácter vinculante, el Convenio está obligado a respetar las normas legales de carácter mínimo necesario, y el artículo 15 lo es”.

la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza”. Aunque dándole la vuelta al argumento, a lo mejor es algo querido. Es decir, que a lo mejor entienden que no tiene sentido en la construcción proceder a esa identificación, sino que cualquier proyecto que se inicie goza de tal sustantividad que, en todo caso, posibilita la utilización de esta modalidad de contratación. También es verdad que una labor que discriminara los trabajos incluíbles y los que no, podría interpretarse como que en los excluidos, en principio, no podrían celebrarse tales contratos. No tendría por qué ser así, la declaración que hiciera un convenio sobre determinadas tareas, tendría a su favor la presunción de aptitud contractual para esta modalidad, pero nada impediría perfeccionar contratos para obras distintas en los que concurran dichas notas de autonomía y sustantividad. En el otro extremo argumental: si se fuera riguroso, el genérico contrato de obra no es posible en este sector. Es cierto que la Ley 11/1994, al modificar el Estatuto de los Trabajadores, permitió que se celebrara para lo que es la actividad habitual de la empresa si ésta presentaba las notas de autonomía o sustantividad. Pero claro, en la construcción no hay tal singularidad, pertenece a su ser empezar y acabar promociones o encargos, y marcharse a otro lado. Ninguna presenta más peculiaridad respecto a las demás que su distinta ubicación física, todo tiene autonomía y sustantividad, pero nada es singular o atípico, que es lo que permite no aplicar la máxima: actividad ordinaria-contrato indefinido. No obstante, una interpretación tan estricta no sería justa, ni conveniente, no tendría sentido práctico. Lo más acertado, lo que ha hecho la Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción y su Reglamento estableciendo porcentajes entre plantilla indefinida y temporal.

b') Régimen jurídico

Sea como fuere, hay que centrarse en el estudio del fijo de obra, ya que lo que es el contrato de obra común no necesita comentarios, pues al no establecerse nada peculiar, hay que entender que se aplica en su totalidad lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores.

a) Duración: máximo tres años, salvo que en la última obra se prolonguen más allá de este período con lo que podría seguirse hasta entonces.

b) Limitación geográfica: todas las obras sucesivas deben estar en la misma provincia.

c) Compensación por desplazamiento: se presta a confusión. El artículo 20.3 señala: “devengando los conceptos compensatorios que correspondan por sus desplazamiento” (se entiende que para las posteriores obras después de la primera). Se suele alegar que el centro de trabajo primero es el habitual, siendo los sucesivos, movilizaciones a compensar desde aquél. Por tanto, por el primero no se tendría derecho a compensación por gastos de locomoción y dietas de manutención y estancia, y en cambio sí por los restantes. Pero esto es trasladar sin filtros a esta figura la doctrina general que está pensada para situaciones distintas, cuando las peculiaridades que tiene el obrero de la construcción exigirían un planteamiento propio. Se piensa en términos de que la primera obra es la del domicilio habitual y consiguientemente sólo por las restantes se le debe compensar. Pero necesariamente no tiene que ser así. Lo más justo sería, salvo voluntad expresa del trabajador de residir en localidad distinta a la de la sede de la empresa, o de su delegación en la zona,

hacer los abonos compensatorios ligados a la realidad-necesidad del obrero, y así por el primero de los centros para el que es contratado, puede que le sea menester comer fuera, y coger su coche para ir, con lo que no se debería argumentar que es el centro habitual, y al revés si las siguientes obras, le caen más cerca de su casa, y no necesita comer o coger el coche no se debería compensar. Lo desarrollaremos más al hablar de los pluses extrasalariales.

d) Formalidades: en la línea con las dudas que nos planteábamos al principio, este contrato no deja de ser un contrato de obra común. Lo único que se hace es que al primigenio contrato, se le adhieren una o varias adendas en los términos recogidos en el Anexo II. Éstas pueden ir haciéndose a medida que surja la necesidad, que será lo normal, o al principio como dice la STS de 30 de junio de 2005.

c') Operatividad

En este último apartado, nos preguntamos si necesita el sector hoy esta peculiar modalidad contractual. Dice la precitada STS: “Trata simplemente, de evitar las cargas burocráticas que supondría la formalización de sucesivos contratos con un mismo trabajador, para ajustarse mejor a las necesidades productivas de la empresa, a la vez que facilitar una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores”. Mayor estabilidad pensamos que no: la empresa si de principio no ha recogido por escrito las sucesivas obras (la inmensa mayoría de los casos), finalizada la primera puede desprenderse del trabajador. Sí que se elimina la carga burocrática, pues se evita registrar un nuevo contrato. Es la única razón que se nos ocurre. Pero no cantemos victoria, el beneficio no alcanza grandes cotas aplicando la relación rentabilidad/exigencias, ya que a una empresa con un departamento administrativo –asesoría externa– medianamente ágil, tampoco le supone tanto esfuerzo hacer tantos contratos como obras se le destine al operario y registrarlos. En cuanto a la indemnización la única diferencia es financiera, pues, en el caso de ir celebrando contrato a contrato, se anticipa el cobro de cada parte, lo que es la cantidad en sí. Da lo mismo que a cada obra-contrato se indemnice, que considerar un único contrato e indemnizar al final.

Otra cosa es que se pretenda hacer ver que hay un contrato fijo de obra cuando no lo es. Es decir, que se celebre con cláusula abierta señalando algo así como que “el trabajador en los tres años siguientes podrá ser destinado a cualquier otra obra –sin especificar esas sucesivas– considerando el mismo contrato”. Porque entonces coincidimos con el TS que en esa misma sentencia señala: “La plena identificación del centro, o centros de trabajo en los que se va a prestar servicios, es dato esencial del contrato o del pacto posterior y constituye una garantía irrenunciable para el trabajador. Porque de lo contrario estaría expuesto en todo momento a decisiones arbitrarias del empleador que incluso podría esgrimir la oscuridad de la cláusula como medida de presión a lo largo toda la relación laboral”. Pero eso es otra cuestión, lo que se plantea aquí es que haciendo las cosas bien, legales, si realmente aporta algo esta peculiar regulación del denominado fijo de obra. Y entendemos que no. Tanta limitación en términos de: misma provincia, adendas al contrato por cada obra, ayudas por desplazamiento, ... no compensan el único ahorro

visible –y confesable– de no registrar sucesivos contratos, que seguramente en tres años no tienen que ser tantos.

c) Eventual por circunstancias de la producción

No le dedica el CGC artículo propio, y además lo que recoge es poco acertado.

El artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores delega en los convenios tres cuestiones:

– Determinar una duración distinta a la legalmente fijada, aunque sin superar los plazos máximos de referencia. Sí lo ha hecho el CGC, estableciendo como duración máxima 12 meses en un período de referencia de 18.

– Concretar las actividades en las que se puede utilizar esta modalidad de contratación; que también lo ha hecho pero mal. Dice el artículo 21.2 CGC: “cuando se incremente el volumen de trabajo o se considere necesario aumentar el número de personas que realicen un determinado trabajo o presten un servicio”. Es incluir lo definido en la definición. Cuestiones como “para las vacaciones, retrasos no imputables a la constructora y entrega necesaria en plazo, echar el hormigón en fecha determinada, desencofrado aligerado, averías...” hubieran sido perfectas previsiones, pues responden adecuadamente a su naturaleza que es el exceso anormal en las necesidades habituales de la empresa, que no puede ser atendido con la plantilla vigente y que ni razonablemente aconseja, por su excepcionalidad, un aumento de personal fijo.

– Fijar por vía convencional los criterios que han de regir la relación entre el volumen de trabajo eventual y la plantilla total de la empresa. Que no lo ha hecho, pero que tampoco a lo mejor hoy en día es necesario, con las previsiones de porcentajes de la Ley y el Reglamento de Subcontratación en el Sector de la Construcción.

El contrato eventual, por lo menos para el personal de producción, debería ser de utilización marginal o esporádica en este sector. La excepcionalidad y provisionalidad exigible para acudir a estos contratos, en el caso de una obra, no debería ir de duraciones más allá de uno o dos meses, el resto sabemos todos que ya no sería excepcional¹⁹, sino estructural, y para

**EL CONTRATO EVENTUAL
NO DEBERÍA DURAR MÁS
DE UNO O DOS MESES**

(19) Si hay que acabar en plazo cierto para entregar obligatoriamente y, por tanto, se necesita aumentar plantilla para ello. Si faltan pongamos por caso 12 meses, o cualquier otro período relativamente largo, lo adecuado es celebrar un contrato hasta fin de obra y no por acumulación de tareas.

ello ya está el típico contrato de obra. Con lo que finalmente el haber utilizado la posibilidad que da el Estatuto de los Trabajadores de ampliar hasta 12 meses su duración máxima, sirve seguramente, como un tácito período de prueba por encima del que se recoge expresamente, para ver si el trabajador vale o responde a las expectativas.

d) Contrato para la formación

Ya hemos adelantado algo cuando hemos hablado del trabajo del menor. Vamos a ver esquematizados diversos aspectos que se prestan a comentario:

a) Formación teórica: es lo más relevante y más peculiar. Aunque por su redacción se desprende que no tiene carácter vinculante, señala el CGC que las partes quieren que se dé por las instituciones formativas de las que se ha dotado el sector. Además hay que tener en cuenta que si no ha finalizado la educación secundaria obligatoria tiene preferencia. La ley permite alternancia o concentración, a no ser que señale algo expresamente el convenio. El CGC sí prevé regulación propia en el artículo 21.h) que dice que “Para la impartición de la enseñanza teórica, se adoptará como modalidad la de acumulación de horas en un día de la semana o bien el necesario para completar una semana entera de formación”. Se entiende que se refiere a una semana de cinco días laborables, y que el período de referencia es el mensual, luego si se dieron cuatro viernes de formación, falta un quinto día para completar una semana de formación que se debería dar en los últimos días de ese mes. Parece una complicación innecesaria, más teniendo en cuenta que esto debe cuadrar con la programación de los centros formativos y su profesorado. Hubiera bastado con una sistemática de establecer un día fijo (viernes, lunes...) con independencia del número de horas que se hayan completado en cada mes, pues por el curso natural de un año se compensan las deficiencias o excesos de unos meses con otros, apoyado por el hecho de que el porcentaje de la formación es con respecto a la duración total del contrato, no mensual o semanalmente.

Sigue el apartado diciendo: “En el contrato se deberá especificar el horario de enseñanza”. No olvidar esto que es un buen dato para evitar el uso fraudulento de este contrato.

Continúa con: “En todo caso, la formación teórica de los contratos para la formación, así como la certificación de la formación recibida se ajustarán a lo establecido en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo”. Se refiere fundamentalmente a su Sección 4ª “Formación en alternancia con el empleo” que además deroga lo que disponía el artículo 10 del Real Decreto 488/1998 que regula los contratos formativos, sobre formación teórica. Lo que interesa destacar aquí de esa norma (aparte claro está de que el trabajador obtenga su certificado de profesionalidad), es que el módulo elegido debe estar ligado a la actividad de construcción, porque, y en los términos del artículo 27 del Real Decreto 395/2007, existe para los albañiles oferta formativa propia, ligada a la obtención del certificado correspondiente, que le acredita como profesional del oficio. Esto debe primar sobre todo lo demás, no vale decir que en la localidad nadie –ni la Fundación, ni centros autorizados– oferta tal oficio, en tal caso se deberá acudir a la enseñanza de distancia convencional o mediante la llamada teleformación. De no cumplirse, debe equipararse en

sus consecuencias a lo que señala el artículo 11.2.k) del Estatuto de los Trabajadores, considerar un real y total incumplimiento de la formación teórica, con lo que se consideraría un contrato común u ordinario²⁰.

b) Edad: en perfecto mimetismo con la evolución del Estatuto de los Trabajadores y su reforma del año 2006, transcribe en las letras c) y d) sus reglas. Máximo 21 años, 24 si es escuela taller, y sin límite de edad si se trata de talleres de empleo o discapacitados.

c) Duración: hace uso el CGC de la facultad que le concede el Estatuto de los Trabajadores de ampliar hasta tres años la duración legal, que es de dos si no se dijera nada por convenio.

No ha hecho lo mismo para el caso de los discapacitados (el Estatuto de los Trabajadores permite hasta los cuatro) con lo que la duración máxima para este colectivo en principio debería entenderse que es la común de tres²¹.

Para los desempleados matriculados en programas de formación ocupacional, respecto de los que recordemos no hay límite de edad para contratarlos con esta modalidad, (por eso mismo seguramente registrará esta regla), la duración máxima es de dos años.

d) Período de prueba: nada dice ni este artículo ni el que se refiere expresamente a esta materia con carácter general, luego se aplica en su integridad el artículo 18.2 del Real Decreto 488/1988, que se remite al artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, dos meses.

e) Indemnización por extinción de un contrato temporal

Desde los primeros CGC se estableció una indemnización por fin de contrato para el fijo de obra, a razón de un 4,5% de todo lo que hubiera cobrado con naturaleza salarial (incluidas por tanto las prestaciones sustitutorias de Seguridad Social) durante la vigencia del mismo. Para el eventual y el de interinidad (por éste no se tiene derecho a indemnización fuera de este sector según el Estatuto de los Trabajadores) del 7% o el 4,5% en función de

(20) Tesis entendemos apoyada por la STS de 31 de mayo de 2007, recurso 401/2006, que señala: “al efecto bien pudiera distinguirse dos tipos de incumplimiento de la obligación de formación teórica: el consistente en exigir al aprendiz que trabaje durante el tiempo de teoría y aquel otro que se limita a excluir la preceptiva formación (no asignación de centro; formación inadecuada al trabajo efectivo que se presta...-el que estamos aquí tratando-); en el primer caso realmente no se incumple una obligación, sino el propio contrato de Aprendizaje, que no existe más que en apariencia, porque su real contenido se encuentra extramuros de la definición que del mismo proporciona el artículo 11.2 ET, de manera que el trabajador mantiene un vínculo laboral de naturaleza ordinaria y tiene derecho a la retribución en los mismos términos que un trabajador común; en tanto que en el segundo supuesto -el nuestro- es sostenible que existe un verdadero contrato formativo -parece que con esto nos quita la razón-, siquiera con omisión del tiempo que legalmente ha de invertirse en preparación teórica, de manera que han de seguirse necesariamente -en la versión de la Ley 10/1994- las consecuencias patrimoniales (indemnización) y administrativas (sanción prevista en la LISOS) fijadas por el legislador, y eventualmente -aquí la verdad se lía un poco el ponente pues antes ha dicho que el fraude era sólo para el primer supuesto- las atribuibles a una posible contratación fraudulenta”. Finaliza matizando: “Se insiste en que no tratamos de la redacción actual de la norma, que contiene expreso mandato al efecto [apartado k): presunción de ‘carácter común u ordinario’]”. Luego completando su discurso, se entiende que la formación teórica inadecuada vigente ese artículo 11.2.k) del Estatuto de los Trabajadores, para el Tribunal Supremo, supone considerar el contrato para la formación en fraude de ley.

(21) Mejor que interpretemos esto porque podría pensarse -interpretación literal- que cuando se remite el artículo 21.4.g) a la letra d) lo hace en su integridad no sólo para los desempleados en talleres de empleo sino también para los discapacitados, con lo que lejos de mejorar su situación respecto a la legislación común, la empeoraría incluso respecto al resto de colectivos para los que el CGC sí que permite ampliar la duración hasta los tres años. No puede ser ése el sentido de la norma que además chocaría con políticas con ascendente constitucional de integración y protección de este colectivo. Por tanto, la mejor lectura de la letra g) en relación con la d) sería: desempleados en talleres ocupacionales: 2 años de duración máxima de su contrato. Minusválidos: 3 años.

que no hubiera superado o sí el año de duración. El hecho de que en 2001 la normativa lo generalizara (RD-L 5/2001, convalidado luego en ley por la Ley 12/2001), podía haber provocado que se replanteasen las cosas en el siguiente convenio de este sector para ir con la legislación común. No se ha hecho, manteniendo por el contrario una regulación peculiar²², que ha pasado al actual, el cual además, con respecto a su predecesor, ha supuesto una mejora para los trabajadores, pues con el IV CGC, para todos menos para el de la formación (que sigue con 4,5%) y con independencia de que supere o no un año de duración, se tiene derecho a un 7%. Extrapolado a un año (que es lo que por otra parte, por lo general, suelen durar los contratos eventuales), supone una indemnización de 25 días, pagas extras incluidas, lo que se traduce en una condición bastante más beneficiosa para el obrero de la construcción, tres veces más, que la recogida con carácter general.

f) Las Empresas de Trabajo Temporal en la construcción

El CGC no le dedica apenas nada. Tan sólo en el artículo 21.3 señala que los trabajadores puestos a disposición cobrarán lo mismo que los directamente contratados por las constructoras. Heredero de convenios pasados hoy en día no supone más que trasladar literalmente lo que dice la Ley. Las Empresas de Trabajo Temporal tienen dificultad para operar aquí [nos referimos, claro está, dentro del ámbito funcional del artículo 3 CGC, a los subsectores más típicos que son los comprendidos en su letra a) en concreto el caso de la construcción y obra pública]: como sabemos el artículo 8.b) de la Ley 14/1994, que las regula, desarrollado por el artículo 8.a del Real Decreto 216/1999, sobre seguridad y salud laboral en las Empresas de Trabajo Temporal, limita su uso en este sector. No se entiende del todo la razón. La intermediación no pública en la captación y cesión de trabajadores y los riesgos laborales en la actividad productiva, son conjuntos no secantes, diríamos que ni siquiera tangentes, cada una tiene sus específicas peculiaridades y problemas. Que no gusten las Empresas de Trabajo Temporal es una postura legítima y respetable, pero que existentes el que artificialmente se le ponga trabas, es cuestión distinta. Hoy en día, las grandes (y también seguramente las demás) tienen unos mecanismos, unos resortes en recursos humanos totalmente preparados –idóneos– para poder prestar albañiles o encofradores con una formación preventiva adecuada. O no, pero en este caso tan faltos de preparación como en los demás sectores. En todo caso, es un tema ya sin debate, y pertenece más hoy en día a la política comercial: hay Empresas de Trabajo Temporal que entran en la dinámica de no abandonar el sector y sortean las trabas legales, y otras que directa-

(22) Plantearse a estas alturas lo legal o adecuado de tal proceder puede parecer descabellado. Pero aunque sólo sea como nota al margen, no nos resistimos a indicar, que cabe cuestionarse su legalidad: el Real Decreto-Ley 5/2001 que recoge por primera vez la indemnización por expiración de los contratos temporales, al modificar el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, delega en los convenios colectivos o –resaltamos el carácter alternativo de esta expresión– en la normativa específica, su cuantificación. Pero luego al convalidarse como ley, la Ley 12/2001 (redacción actual del Estatuto de los Trabajadores) habla de una indemnización de 8 días, salvo que la normativa específica –ya no habla de los convenios– establezca otra cosa. Se presta a que nos preguntemos si la omisión es buscada, es decir, que quiso negar expresamente tal posibilidad a los convenios, o por el contrario que estimó que la redacción del decreto-ley era redundante, pues el convenio colectivo tiene la condición de normativa específica. En una interpretación literal y con los antecedentes que decimos, se deduce claramente que lo que se quería con la expresión “normativa específica” era referirse a lo que estableciesen los reales decretos que desarrollasen el contrato eventual o de obra, excluyendo por tanto los convenios. La realidad, empero, ha desbordado este argumento, con lo que no hay que ir más allá de lo que pretende este comentario, ser una mera disquisición técnico-jurídica.

mente lo han descartado. Entendemos que con la norma en la mano, la Empresa de Trabajo Temporal tiene cabida en la actividad productiva en sí de la obra, más allá –donde por supuesto también– de las actividades periféricas auxiliares. El Anexo II del Real Decreto 1627/1997, no es netamente preciso en sus términos –tampoco puede serlo–, por lo que vale lo que decíamos para los menores: el coordinador de seguridad es figura idónea para establecer las partes de su obra que entran de lleno en las especificadas de ese Anexo y cuáles por el contrario no, y que por tanto es posible acudir a una Empresa de Trabajo Temporal para cubrirlos. Es algo complicado, no sólo por el rechazo a entrar en ese detalle por parte de ese cargo, sino porque exigiría a las Empresas de Trabajo Temporal depender de decisiones no uniformes, que no le permitirían llevar a cabo una estrategia comercial con unas reglas claras a las que atenerse.

Por otro lado y enlazando con el anterior apartado, el artículo 11 de la Ley 14/1994, con su reforma del año 1999, establece una indemnización por fin de contrato de 12 días²³. El CGC la cifra en el 7%, pero en principio es para los contratados directamente por la empresa. ¿Qué norma debe prevalecer?: si fuésemos escrupulosos en la interpretación (ver nota 22), en todo caso regiría la Ley de las Empresas de Trabajo Temporal, por tener la consideración de norma específica. Pero existiendo previsión convencional propia, y enlazando la referencia que hace al Estatuto de los Trabajadores la Ley de las Empresas de Trabajo Temporal, y que ése a su vez hace con la normativa específica, concluiríamos que todo trabajador que entre a prestar servicios en empresas englobada en su ámbito funcional, con alguno de los contratos para los que el CGC prevé indemnización por expiración del tiempo convenido, sea de propia plantilla o cedido por una Empresa de Trabajo Temporal, tendría derecho a una indemnización del 7%. A más: una lectura literal del artículo 21.1 CGC también ayuda a esta interpretación; pues habla textualmente de los trabajadores que formalicen (sin especificar por tanto con quién, si directamente con la constructora o a través de empresa interpuesta) contratos de duración determinada.

D) Cambio de empresario

Aporta el CGC en su artículo 23, un supuesto puntual para el que recoge reglas muy detalladas sobre la obligada subroga-

(23) Añade que sin perjuicio de lo que diga el Estatuto de los Trabajadores, pero es que al momento de la redacción no se sabía si el Estatuto de los Trabajadores iba a mejorarlo. Cuando esta norma se puso a recoger una indemnización por expiración del tiempo convenido la dejó como sabemos en 8 días.

**LOS TRABAJADORES
PUESTOS A DISPOSICIÓN
COBRARÁN LO MISMO
QUE LOS DIRECTAMENTE
CONTRATADOS POR
LAS CONSTRUCTORAS**

ción del nuevo empresario frente al que cesa en la obra. Además, nos podemos preguntar cómo está la situación para el caso de cambio de empresario de la construcción en general. Y en particular el caso típico del:

a) Desistimiento o resolución del contrato de ejecución de obra

El promotor puede resolver el vínculo con su contratista, sea por desistimiento oneroso (artículo 1594 Código Civil), o liberado, basado en justa causa. Eso aquí es lo de menos. A lo que vamos es que, si encarga a continuación su finalización a otro, hay un cambio de empresario respecto del que hay que preguntarse si cabe aplicarle lo que establece el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores: en cuanto a que los contratos de trabajo no se extinguen. Adelantemos que no es lo corriente en el sector: la gente se siente de “su” constructora, y se mueve a donde ésta vaya. No se plantea pedir la subrogación en el empresario que sustituya al suyo. Pero esto no tiene por qué ser siempre así: personal para los que tal obra sea la primera en la que trabaja; contratista que pierde la obra porque está tambaleándose, siendo dudoso el futuro en el empleo; porque las nuevas obras que se le ofrezcan al trabajador afectado le convengan menos que quedarse en ésta...; pueden implicar que el trabajador exija del nuevo contratista la aplicación del principio laboral de la sucesión de empresario, es decir, que se subrogue en su contrato hasta la finalización de la obra para el que fue contratado por aquél. Y creemos que el ordenamiento le ampara. El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores lo dice textualmente: “el cambio de titularidad (...) de un centro de trabajo no extingue por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”. La sustitución de un contratista por otro en la finalización de la obra es un cambio de titularidad del centro o, si se quiere, unidad productiva autónoma. El trabajador que lo desee tiene derecho a plantear la continuación con el siguiente empresario, otra cosa, como explicamos arriba, es que lo haga. No se puede alegar en contra de esto, y siguiendo a la doctrina, que falte la concurrencia del elemento objetivo, en el sentido de que como la constructora entrante empleará seguramente sus propios medios, se supone roto el tracto. Además de que es un argumento en desuso para la jurisprudencia, en nuestro caso no deja de haber transmisión, y además fundamental la de la cosa objeto del contrato, el cesante y el que entra hacen lo mismo: el trabajo arquitectónico de elaboración y transformación para entregar un conjunto finalizado.

Con ocasión de diversas e interesantes cuestiones de prejudicialidad que se le han planteado, el TJCE se ha pronunciado sobre el particular, interpretando las Directivas 77/187/CEE y la que le sucedió, la 2001/23/CE. Viene aquí al caso la Sentencia de 19 de septiembre de 1995, Rygaard, C-48/94, que en principio vendría a echar por tierra el argumento anterior, pues parece que deja sentado que para, que la Directiva sea aplicable, la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada. Por nuestra parte señalamos que aparte de secundar los argumentos de la defensa del demandante, que discute el porqué de poner la línea divisoria sobre la existencia o no de transmisión de empresa, en la duración de lo que se transmite –lo apoya su letrado además con un argumento excelente: cuando ese tribunal no ha considerado en casos anteriores importante el tamaño de la ac-

tividad transmitida—, hay que tener en cuenta que el supuesto de hecho que allí se recoge, presenta unas notas muy determinadas que, dicho sea de paso, el propio TJCE trata de resaltar. Se trataba de una empresa de carpintería que por, querer asumir compromisos con otros, comunica a su promotora que cede parte de su tarea en esa obra a un tercero. Por tal motivo y, entre otros, Ole Rygaard pasa de la primera carpintería a la segunda, pero pide que se le aplique las reglas de la sucesión. El TJCE para negar la aplicación del artículo 1 de la Directiva —la de 1977, pero que vale para la actual de 2001— señala dos notas: 1) que hay acuerdo entre cedente y adquirente y 2) que “dicha transmisión sólo puede incluirse en el ámbito de la Directiva si se acompaña de un conjunto organizado de elementos que permitan la continuidad de las actividades o de algunas actividades de la empresa cedente de forma estable”. Esto segundo insistimos desbarataría lo defendido más arriba, pero el hecho de que enfatice que en el caso estudiado había un acuerdo entre el que deja parte de su trabajo y el que lo asume, con el que además durante un tiempo coincidió en el trabajo, hace pensar que en el caso de que la salida no sea voluntaria sea por desistimiento o resolución total del promotor, el TJCE tendría otra opinión al respecto.

b) Mantenimiento de carreteras y vías

El artículo 23 CGC se refiere al caso específico de la sustitución de una entidad por otra, encima ambas tienen que ser públicas —“de derecho público”—, en el caso concreto del mantenimiento y conservación de carreteras y vías férreas. El hecho de que jurisprudencialmente²⁴ esté fijado de modo asentado que en el caso de la pérdida de una contrata o concesión administrativa, para que opere la subrogación debe indicarlo así un convenio colectivo, parece que pudiera ser la razón de este precepto. Pero con lo dicho en el apartado anterior en el sentido de que lo normal debe ser la aplicación generalizada de la regla de la subrogación, puede que quede ahora un poco fuera de lugar afirmaciones como: “con carácter exclusivo para tales actividades”; “Dado el carácter de mejora de la legislación vigente”. Es decir, como dando a entender que estamos ante un privilegio. Cuando con una interpretación normal de la legislación general, validada y promocionada por la jurisprudencia, la subrogación va a poder ser reivindicada en la mayoría de las ocasiones por los obreros que estando en un centro de trabajo, vean cómo cambia su empresa, sea pública o privada, o se refiera a contratas y concesiones, u obras de construcción.

En esencia lo que dice el artículo es:

- Que al cambiar de concesionario en el mantenimiento en carreteras o vías de ferrocarril, el obrero pasa al siguiente sin solución de continuidad con los derechos y obligaciones que tenía.
- Que la única antigüedad que le aprovecha es la de la última contrata a no ser (dice el artículo) que tuviera reconocida judicialmente la de anteriores. No parece lógico hacer depender la mayor o menor antigüedad del haber acudido en su reconocimiento a los tribunales. En todo caso esa petición se puede hacer *a posteriori*, y en tal sentido se verá qué

(24) SSTs de 27 de diciembre de 1997; 11 de mayo de 2001; 6 de junio de 2001; 18 de junio de 2001; 29 de febrero de 2000; 11 de abril de 2000; 22 de mayo de 2000; 29 de enero de 2002.

decisión toma el juez, que puede perfectamente extenderla hasta el inicio de la prestación de servicios. Con lo que tal previsión quedaría en papel mojado.

– Que para que cada trabajador se pueda beneficiar, debe haber estado con la anterior contrata un mínimo de cuatro meses, sin duda con el objetivo de evitar que el cedente sabiendo el final de su actividad con el simple objeto de beneficiar a trabajadores para que pasen en todo caso a la siguiente, contrate a alguno que realmente no necesitaría, y precisamente por eso el artículo permite una excepción, que la contratación se deba a una ampliación en la actividad.

– Se señala que es requisito imprescindible para que opere la subrogación, la comunicación de la cesante a la de nueva entrada de su obligación de subrogarse. La jurisprudencia es firme en esto, reconociendo la vigencia de tal mandato, declarando reiteradamente²⁵ que la cesante que no comunique total o parcialmente la relación de trabajadores a acoger acarrea que no pueda invocarse *a posteriori* tal incorporación²⁶.

– Termina estableciéndose una norma importante: si el concedente suspende los servicios por una duración no superior al año, las reglas de la obligada subrogación siguen aplicándose. A lo mejor para evitar dilaciones fraudulentas, en la reanudación de los servicios.

E) Salario

a) Concurrencia normativa de materias

Se trata de una cuestión donde cobra especial importancia el tema de las unidades de negociación y el reparto de competencias. Como se ha dicho, la materia que hace referencia a los conceptos y estructura de las percepciones económicas, está entre las que estiman los negociadores que sea de competencia exclusiva del convenio estatal. Y obrando en

(25) SSTs de 10 de diciembre de 1997; 9 de febrero de 1998; 31 de marzo de 1998; 30 de septiembre de 1999; 10 de julio de 2000; 29 de enero de 2002. Por todas ellas recogemos lo que dice la última: “en reiterados pronunciamientos sobre esta misma cuestión, lo que en sede de casación unificadora ha mantenido esta Sala de forma reiterada, como luego indicaremos, es que en las contrataciones sucesivas de servicios como el de limpieza, en las que lo que se transmite no es una empresa ni de una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características no opera la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el Convenio Colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida, de forma que si el Convenio Colectivo exige que la empresa que termina su contrata ha de entregar a la continuadora de la misma una determinada documentación en relación con sus trabajadores el incumplimiento de esa obligación por la contratista saliente hace que no se produzca tal subrogación y que sea aquella empresa incumplidora la responsable de las consecuencias perjudiciales que le sobrevengan al trabajador afectado por aquel incumplimiento empresarial, y en concreto de las consecuencias del despido en el caso que se haya producido”.

(26) No estamos de acuerdo, como por otra parte tampoco muchos Juzgados de Instancia o Superiores de Justicia y por ello ha dado lugar a tanta sentencia del Supremo sobre la materia. Con el argumento del TS de que el cambio de concesionaria no se rige por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, si no hay una transmisión de elementos estructurales de importancia, los derechos de los trabajadores (se entiende de los que desean quedarse en ese centro de trabajo) serían de fácil enervación. Ni siquiera el entender que en tal caso se consideraría que su contrato continuaría con la que hubiera perdido la concesión y en caso de no destinarlos a otro proyecto, tener la extinción el carácter de despido improcedente. El trabajador *ope legis* –*conventionone*– si él así lo quiere, debe pasar a la adquirente, siendo otros los efectos de la falta de comunicación: responsabilidad solidaria con el nuevo adjudicatario o incluso única, si hay mala fe en la ocultación de datos.

consecuencia recoge diversos aspectos, alguno de importancia. Trayendo aquí lo indicado cuando nos referíamos a las unidades de negociación y los conflictos de concurrencia, se pueden dar las siguientes situaciones:

- 1) Que los convenios de ámbito inferior no recojan nada que pueda colisionar con el estatal. Fácil y lógica solución: en aplicación del artículo 83 rigen las reglas del CGC en su totalidad.
- 2) Que si regulan algo sea idéntico, o al menos tangencial. Y en este caso se abren otras tres posibilidades: a) Que el convenio haya sido firmado por entidades asociadas o federadas a las firmantes del CGC: en cuyo caso las exigencias de responsabilidades sería entre ellas, por incumplimiento de pacto, pero parece que lo que es la regulación positiva del inferior vendría amparada por la legislación común. b) Que los firmantes sean distintos: con lo que, de modo nítido, entraría en aplicación el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, y por tanto regirían las reglas del convenio de ámbito geográfico inferior. c) O que se trate de un convenio de empresa: en cuyo caso con independencia de cuales fueran los firmantes, se aplicarían las reglas del CGC.

b) Particularidades

En este epígrafe y de modo conjunto, vamos a ver diversas cuestiones sobre salarios recogidas en el CGC que merecen comentario:

- 1) El artículo 44.2 CGC establece el abanico dentro del que puede oscilar el porcentaje que debe alcanzar cada concepto. Y así se establece que para el más importante, que lo forman el salario base y las gratificaciones extraordinarias, no puede ser inferior al 65% ni superior al 75% del total fijado en las tablas para cada nivel, salvo que ya viniera recogándose un nivel más alto de antes, en cuyo caso se respetaría. Como no es regla nueva, hay que preguntarse por la voluntad real de homogeneizar, pues, en línea con tal intención, debería haber fijado el techo superior de modo indeclinable, sin posibilidad de que prácticas anteriores se pudieran perpetuar en el tiempo.

Lo que se busca estableciendo un suelo para el concepto más importante es que los convenios provinciales no se pierdan en otros no ligados a categoría y tiempo de trabajo, y que puedan traer consigo, primero, demasiada discrecionalidad (premio/castigo) para la dirección a la hora de personalizar los salarios, y, por otra, evitar posibilidades de infracotización a la Seguri-

**LOS CONCEPTOS
EXTRASALARIALES NO
PUEDEN SUPERAR EL 7%
NI SER INFERIORES AL 5%**

dad Social que se podría dar si se inflasen artificialmente los conceptos extrasalariales, lo que enlaza con la letra b) de ese apartado cuando señala que los conceptos extrasalariales no deben superar el 7%, aunque tampoco pueden ser inferiores al 5%.

2) Otro aspecto a comentar es el que hace referencia a la prohibición de prorrateo de las pagas extraordinarias y de la indemnización por finalización de contrato (artículo 54 CGC). Se trata de una regulación novedosa y establece que para los nuevos contratos, es decir, también para trabajadores que ya estuvieron en la empresa y se vinculan ahora por uno nuevo (más allá de una mera renovación), las pagas extraordinarias se deberán abonar en todo caso en junio y diciembre, sin posibilidad de distribuirlas a lo largo del año, y la indemnización por fin de contrato, a su terminación, por motivos que la propia norma declara: evitar pactos por un salario global; el “vas a ganar 1.000 euros”. Recogiendo unos efectos importantes de desconocerse: esas cantidades se considerarán salario base de ese mes, con lo que llegado junio, diciembre o la expiración del tiempo convenido del contrato, deberían abonar en su integridad otra vez la paga extra o la indemnización.

3) El salario correspondiente a vacaciones tiene la consideración de complemento salarial o gratificación extraordinaria [artículos 43.2.b) y 44.1.b) CGC]. Y por su parte el artículo 69.8 establece que su cuantía será la que se establezca con carácter específico en los respectivos convenios provinciales. Huelga entonces cualquier comentario sobre qué conceptos debe incluir o no: los convenios provinciales deben recoger una cantidad propia para las vacaciones y, además, que las nóminas lo recojan como tal. Si desconociendo ese mandato, la nómina incluyera a lo largo de todo un año, dos veces el concepto gratificaciones extraordinarias y no tres (esta última se entiende que referida a vacaciones), aunque desde luego valdría como indicio, en principio no cabría deducir automáticamente que el trabajador no ha disfrutado de su descanso anual, al ser un aspecto distinto a dilucidar particularmente. Y consiguientemente, si aparece durante los doce meses el concepto “salario base” se trataría de un mero error formal, a no ser que el salario por vacaciones sea mayor que aquél, con lo que sí entonces habría que abonar la diferencia.

Si las pagas extraordinarias ya hemos dicho que no se pueden prorratear, como para el resto no dice nada el convenio, hay que entender que lo permite, y por tanto durante el período de disfrute de las vacaciones, se puede incluir la parte del prorrateo correspondiente a ese mes, pero separado: sin que se adicione al concepto específico gratificación extraordinaria o vacaciones.

4) Se indica que los convenios de ámbito inferior podrán establecer en sus tablas una retribución bruta anual para cada nivel. Estableciendo él mismo las reglas para su cálculo en el artículo 46. Examinado lo que recoge sirve para enfatizar lo que señalamos en el ordinal anterior respecto al pago de vacaciones y su carácter específico. Lo más importante es que por primera vez entra a establecer una remuneración bruta mínima anual, aunque fija una fase de adaptación muy larga (hasta diciembre de 2011), si bien es cierto que hace una declaración de intenciones para que se vaya alcanzando progresivamente a razón de una quinta parte cada uno de los años. Es un tema desde el punto de vista de teoría económica y articulación de convenios muy interesante. Una puntualización:

aunque el precepto parece que así lo establece al expresarse en términos totalizadores, los pluses salariales y extrasalariales no deberían estar incluidos para entender que se da por alcanzado ese salario mínimo. Un trabajador que tenga reconocidos pluses personales como nocturnidad, penosidad, etc., o extrasalariales, para saber si alcanza el mínimo en cómputo anual, no se deberían tener en cuenta, pues así se respondería mejor al espíritu con el que se ha establecido tal cuantía mínima. Y, por otra parte, aunque sólo sea por trasladar aquí las reglas del cálculo del salario mínimo interprofesional. Pero además eso es lo que quiere este convenio cuando, como ya hemos comentado, pretende evitar lo del salario global, es decir, el juego de los vasos comunicantes en manos del empresario, que obligado a pagar por lo que sea un plus salarial, lo podría restar del salario base para alcanzar ese mínimo.

5) El artículo 48 CGC establece que los convenios provinciales deben aplicar un incremento lineal del 1,5% sobre el IPC previsto para cada año de vigencia del convenio, con cláusula de revisión salarial retroactiva a 1 de enero, si el real es superior. Se aparta en lo primero de lo que son los criterios orientadores de la negociación interconfederal: el ANC para 2008, con igual contenido que el anterior de 2007, establece que el incremento por encima de IPC, debería ir ligado a productividad y no recogerse de modo automático.

Cuestión crucial es determinar la naturaleza jurídica del mandato recogido. Es decir, el grado de sometimiento de los negociadores provinciales: el Preámbulo del CGC indica como materia de preferente negociación a nivel estatal “Conceptos y estructura de las percepciones económicas, tanto las salariales como las no salariales”. Y más abajo delega para los provinciales: “La concreción cuantitativa de las percepciones económicas no cuantificadas, numérica o porcentualmente, en el presente Convenio”. O sea, parece que está diciendo: incluso algunas percepciones económicas, si están cuantificadas por el estatal, no las podría recoger el de ámbito provincial. Como para los incrementos salariales se produce esa cuantificación si no numérica, sí al menos porcentual (IPC + 1,5%), habría que deducir que los provinciales no podrían fijar nada distinto ni superior ni inferior. No es así, la política salarial, lo sabemos, es la materia por excelencia de los convenios, muchos de ellos se van copiando sucesivamente a sí mismos, con el solo cambio de los aumentos salariales. Las partes firmantes saben que los ámbitos inferiores tienen en esta materia su argumento principal de negociación, por lo que independientemente de razonamientos jurídicos (que también los hay), para quitarle virtualidad a lo mandado desde arriba, hay otros estrictamente de política económica, que van a implicar que los incrementos salariales más o menos importantes van a seguir ligados de forma muy importante a razones geográficas. Quiere esto decir que convenios que acuerden incrementos superiores –o inferiores por qué no– serán plenamente válidos. En todo caso puede tener plena utilidad dicho precepto, en los casos de expiración de vigencia de un convenio provincial sin que se haya alcanzado acuerdo para el siguiente. Si el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores dice que durante su duración un convenio no puede ser afectado por otros de ámbito distinto, a contrario, hay que entender que una vez expirada, sí se puede hacer, con lo que automáticamente entrarían en vigor las cláusulas del CGC, y durante los meses del año en que todavía no hubiese convenio provincial, los salarios se deberían incrementar con el IPC previsto más un punto y medio. También podría valer

para eventuales conflictos colectivos de interés, en caso de someterlo a medios reglados, que al árbitro le sirva como criterio muy cualificado lo que establezca el convenio estatal como lo más justo y adecuado.

6) Plus de excepcional penosidad, toxicidad o peligrosidad: en franco retroceso, y de dudosa legalidad, sobre todo en el caso de la peligrosidad o toxicidad, se trata de una cuestión muy controvertida y casuística, y lo mejor que se puede decir es lo que señala el artículo 55.6 CGC, que debe tener un carácter transitorio o coyuntural. Es decir, a extinguir. En todo caso en línea con la jurisprudencia –por otro lado, en nada uniforme–, señalemos alguna nota:

- Si concurren dos o más circunstancias, eso no implica la adición de pluses.
- Tiene que ser un riesgo claro, objetivo y añadido.
- No es consolidable, el hecho de que se gane por sentencia, no significa que el siguiente convenio no pueda disponer sobre él.
- Y en el reverso, dice en algún pronunciamiento, que no se puede exigir que el tipo de riesgo en el desempeño del trabajo sea inminente y concreto, sino que basta su constatación como un peligro potencial y real.
- Que la existencia de medidas de seguridad no excluye el devengo de este complemento, si el puesto de trabajo es de especial peligrosidad.

El único que puede tener plena vigencia hoy, y estudiarse por tanto su generalización, es el de penosidad. En la construcción se pueden dar condiciones de este calibre, literalmente “que dan pena”, entendidas como tales circunstancias de especial aislamiento, intenso frío, intenso calor, estrés o tensión por entrega inminente, marcadamente sucio o desagradable... Aunque de recogerse quizás debería ir ligado más a una retribución a establecer en el seno de la empresa, con el diálogo y negociación convenientes, incorporándolo en la nómina más bien dentro del apartado retribución voluntaria, y no necesariamente con la específica denominación de penosos.

O mejor aún, aplicando lo recogido en el artículo 68.d) que invita a la sustitución del plus de peligrosidad por la reducción de jornada.

7) Por último vamos a abordar la cuestión del pago de cantidades por muerte, enfermedad o accidente sea laboral o no. Ha sufrido varias modificaciones con respecto a lo que se venía recogiendo en anteriores convenios generales²⁷. El actual ya no la

(27) Artículo 71 III CGC: “3. La materia regulada en este artículo, por ser de las reservadas al ámbito general estatal, no podrá ser objeto de regulación en ámbito inferior, y será compensable y absorbible con las indemnizaciones que por estos conceptos estuvieran establecidas con anterioridad a la entrada en vigor de este Convenio General. Sin embargo, aquellos Convenios provinciales que, a la entrada en vigor del Convenio General del Sector de la Construcción de 1992, tuvieran establecidas indemnizaciones superiores para estos supuestos, las mantendrán como condición más beneficiosa, hasta ser alcanzadas por éste.

4. Las indemnizaciones previstas en los apartados b) y c) de este artículo serán consideradas a cuenta de cualesquiera otras cantidades que pudieran ser reconocidas como consecuencia de responsabilidades civiles siempre que no deriven de condenas penales exigidas o impuestas al empresario, debiendo deducirse de éstas en todo caso, habida cuenta de la naturaleza

declara como de competencia exclusiva del CGC, a lo mejor entendiendo que no lo es, o al revés, dando por sentado tácitamente, que el hecho de regularla pone de manifiesto que es de su sola incumbencia. En un plano estrictamente jurídico, trasladamos aquí lo dicho en el apartado 5º al hablar de los incrementos salariales, es decir, como hay cuantificación del CGC (además en este caso numérica y no meramente porcentual) en principio sería de competencia estatal, pero como es una declaración de intenciones a expensas de que un convenio provincial no lo afecte, de darse, serían éstos de preferente aplicación. Ahora bien, nos podemos preguntar qué pasaría si un convenio provincial lo recoge en su articulado estableciendo unas cantidades menores al estatal (poco probable por otra parte, aunque sí el que endureciera las condiciones para tener acceso a ellas). De existir controversia, no sería descabellado que el pronunciamiento que la pusiera fin considerara como aplicables las cantidades recogidas en el estatal. Sirva para ello como pista lo que indicaba el artículo 71.3 del III CGC que transcribimos en la nota 27.

Otra novedad frente a anteriores convenios es que se elimina la mención a que, si en general las cantidades establecidas son subsumibles –no se adicionarían– en las que puedan ser reconocidas en un pronunciamiento judicial como responsabilidad civil por daños, si derivara de condena penal, tendría un carácter acumulativo. La nueva regulación viene a confirmar las sospechas de ilegalidad que cernían sobre tal mención, pues la responsabilidad civil derivada del delito mantiene su naturaleza por más que se sustancie en distinto orden jurisdiccional.

El artículo 22.2 CGC establece la responsabilidad solidaria del que subcontrate con la empresa titular del trabajador con derecho a indemnización, haciendo expresa mención de su remisión al artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Las indemnizaciones recogidas en el CGC son asegurables, con lo que hay que entender que sólo se aplicaría esa extensión de responsabilidad, en defecto de póliza suscrita por el subcontratista, al que pertenezca ese trabajador indemnizable. Por otro lado, esta responsabilidad como deudora de la recogida en la legislación general, implica que no sólo será responsable solidario el subcontratista que directamente contrató a la empresa titular del accidentado, sino también, de haberlos, los que le sigan para arriba hasta llegar al empresario principal.

**SON RESPONSABLES
SOLIDARIOS
EL SUBCONTRATISTA
DE LA EMPRESA TITULAR
DEL ACCIDENTADO Y
LOS QUE LE SIGAN HASTA
LLEGAR AL EMPRESARIO
PRINCIPAL**

civil que tienen las mismas y ambas partes le reconocen. Tampoco dichas indemnizaciones podrán servir como base para la imposición del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo”.

F) Vacaciones

Pasamos por alto todo lo que recoge anteriormente el capítulo VIII, correspondiente a tiempo de trabajo, pues se trata de cuestiones que no necesitan mayor comentario, y nos detenemos en el artículo 69 que hace referencia a las vacaciones. Tema importante entre otras cosas, y sin perjuicio de que la situación vaya mejorando, porque en algunos casos –sobre todo en empresas pequeñas–, era generalizado el no disfrutarlas, siendo el único momento en que paraba el obrero el que mediaba entre un contrato y otro. Hay que empezar diciendo que las vacaciones no es un tema de competencia exclusiva del CGC, con lo que puede ser regulado de modo diferente por los convenios provinciales, aunque no parece que pudiera innovar mucho con respecto a lo que aquí se establece.

Su disfrute como regla general debe ser ininterrumpido, y como mínimo cada período debe durar 10 días laborables, que es una forma de decir que no se podrá dividir en más de dos períodos. En cuanto a la compensación económica por expiración de un contrato antes del disfrute de las vacaciones correspondientes a ese año, depende del motivo del cese: si es un contrato temporal con la regulación actual de la prestación de desempleo, se ha evitado la derivación del tiempo –más que de la cotización en sí– a la entidad gestora, pues el trabajador permanece en situación asimilada al alta durante éste. Y en caso de despido, el período correspondiente al salario de tramitación se superpone al de vacaciones, teniéndose en cuenta la base de cotización más alta (artículo 209.3 LGSS). Puede ocurrir que el trabajador pase directamente sin solución de continuidad o por un período menor al tiempo devengado con el anterior contrato, a una nueva contratación. Si es en otra empresa, se da una reduplicación de cotizaciones válida y no reintegrable (artículo 109 LGSS). Pero si el nuevo contrato es con la misma empresa, en todo caso debe esperar a que transcurra el tiempo que conforme al anterior contrato le corresponde por vacaciones, y si es imposible, como para las vacaciones prima el disfrute sobre la compensación en metálico, aunque ya pagado por anticipado, debería disfrutarlas antes de que finalizara el año.

El artículo 69.4 hace referencia al controvertido tema de las vacaciones y la incapacidad temporal. Empieza declarando lo que ya es consolidado de que el período de IT es computable para determinar el número de días de vacaciones que se tiene derecho cada año, pero añade una regla que merece comentario: “si transcurrido el año no ha podido disfrutar las vacaciones por seguir de baja, en todo caso de ser la prestación de IT, menor a lo que correspondería el salario por vacaciones, se debería abonar la diferencia”. Lo que es de mejora recogida en norma convencional no plantea duda, se puede considerar como cualquier otra que típicamente se recoge en los convenios como incremento de lo establecido en la norma estatal. Pero sí en cuanto a la naturaleza de tal concepto, sobre si habría que incluirlo o no en la base de cotización. Parece que teniendo en cuenta lo que establece el artículo 23.2.f) del Real Decreto 2064/1995 que aprueba el reglamento de recaudación, al tener la consideración de una mejora de la prestación de Seguridad Social, se excluye de la base de cotización. Pero hay que tener en cuenta que lo que el trabajador está devengando durante ese tiempo en que está de baja no es una prestación

de Seguridad Social, sino un disfrute de vacaciones y el concepto salarial al que va ligado indisolublemente. Si por el hecho de seguir de baja, no puede disfrutar de las vacaciones, y el convenio dice –otra cosa es que nada indicara y se estaría a lo que señala la norma común– que en todo caso se le debe abonar la diferencia, esa cantidad se puede entender que más que una mejora social, puede ser una compensación salarial por unas vacaciones devengadas y no disfrutadas. Simplemente lo dejamos apuntado, porque insistimos, la norma parece decantarse por su consideración de mejora social a todos los efectos.

G) Cambio de obra

a) Posibilidades y condiciones

En la construcción el desplazamiento de los trabajadores de un lugar a otro constituye su esencia. Esto bien interiorizado debería incluso servir para desmitificar el contrato de obra como contrato tipo de la actividad, o reducirlo a sus justos términos (que por otro lado es lo que han venido a hacer la Ley y el Reglamento de Subcontratación en el Sector de la Construcción). En virtud de ello, la institución requiere unos planteamientos singulares, respecto, claro está, de los trabajadores en que se dé, es decir, los de misión. La plantilla de estructura: los de la central o sus delegaciones, el régimen de cambio de centro de trabajo está en todo caso sometido a las restricciones que veremos en el último supuesto para el caso del trabajador en misión, cuya obra no se haya acabado.

La regulación que hace el CGC no es nada clara y algo deslabazada. Parece dejar sentado, como así empieza declarando en el artículo 76.1 CGC, que el régimen de la movilidad geográfica en el sector es el que recoge el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 40.1.1º: negar que los cambios de centro de trabajo puede ser considerados traslados y por tanto sometidos a los requisitos y formalidades que se establecen en la legislación común.

Para el planteamiento de la cuestión conviene hacer dos tipos de distinciones: 1) Que el desplazamiento se pretenda cuando la obra –o la parte de ésta para la que estaba destinado el obrero– ya ha acabado, o por el contrario que todavía siga. 2) Que el obrero sea fijo –incluso eventual–, o tenga un contrato de obra determinada. En este segundo caso su centro de trabajo no es móvil o itinerante, sino preciso y concreto.

Conjugando ambos, se debe concluir, como además se encarga de aclararlo el artículo 76 CGC, que las circunstancias particulares del sector no suponen por sí solas que las posibilidades de movilidad del trabajador sean absolutas. De menor a mayor exigencia de justificación en el cambio de centro de su/s trabajador/es, podríamos hacer la siguiente relación:

1) Fin de una obra: el empresario tiene libertad de movimientos. Incluso al contrario, si hay otra obra –que por esencia la habrá– al fijo, o eventual que no haya expirado su contrato, tiene la obligación de trasladarlo. Los que tengan contrato de obra, lógicamente con ella se extinguen.

2) Suspensión de una obra: es un tema complicado pues, cuando el artículo 87 CGC se refiere a la paralización de los trabajos, se remite para regular los efectos laborales a la figura de la suspensión de los contratos de trabajo vía expediente de regulación. Hay que entender, en cambio, que cabe también el desplazamiento, existiendo en este caso razones justificativas por adecuadas y proporcionadas para imponerlo por el empresario a los afectados. Pero insistimos el tema necesitaría de un análisis más pormenorizado caso por caso, debiendo examinarse las causas de la paralización, el tipo de relaciones afectadas, la duración estimada, las posibilidades o necesidades de reubicación, etc.

3) Que la obra a la que se esté destinado actualmente no haya acabado: aquí es donde realmente se dan las mayores restricciones a las intenciones empresariales, y dentro de ella, más si el asalariado tiene un contrato para la obra de la que se le pretende sacar. Rigen en su integridad las garantías previstas en la legislación general para los desplazamientos o traslados, teniendo en cuenta las especialidades que ella misma establece. No cabe apelar al carácter móvil o itinerante del centro, cuando, y valga la expresión, éste sigue estando donde estaba. Es decir, señalado un centro por la dirección éste se convierte en fijo hasta que se acabe. Por tanto, se debe demostrar que existen razones “económicas, técnicas, organizativas, de producción o de contratación” (artículo 76 CGC). Esta última expresión entendemos que se refiere a casos de licitación nueva o que se haya conseguido a través del empresario principal o contratista correspondiente entrar en una nueva obra. Pero por lo que se viene diciendo, aisladamente no puede valer como causa de traslado. Si el trabajador está en una obra sin finalizar, el llevarlo a otra, además de porque sea nueva, para que sea legítimo su traslado, debe haber razones organizativas y técnicas confesables, que lo habiliten.

b) Residencia habitual

Aceptado, impugnado o lo que fuere, una vez que se haya producido la orden de cambio de centro, al ser directamente ejecutiva, si opera finalmente el cambio, se produce una serie de efectos según lo establecido en los artículos 76 y siguientes del CGC.

La residencia habitual juega un papel protagonista para señalar los efectos. Es oficio este de la construcción, sin lugar a dudas el más incómodo. Verdad es que se hace dura una marea de seis meses en la pesca, o el artista de gira por toda España, pero en estos casos es algo que va en el oficio y que es querido, o al menos asumido. Pero la construcción, tiene unas condiciones que la hacen única. Los largos desplazamientos son un fenómeno relativamente reciente: en el pasado y salvo traslado claramente alejado de casa, que además tenía un móvil definido: la muy superior remuneración que se obtenía; en general (y sabemos de las excepciones) los desplazamientos eran muy cortos, el albañil rara vez salía de su entorno, también es cierto, porque la empresa tenía un marcado acento local. Hoy todo se ha disparado, se suman varios factores: la concentración empresarial, el crecimiento económico, la mejora de las comunicaciones, la ausencia de mano de obra autóctona, ...; todo en su conjunto ha traído consigo que el desplazamiento hasta la obra cobre una especial importancia y que merezca un tratamiento lo más detallado posible. Y que ciertamente no vemos en el CGC. Es cierto que el que entra en el sector sabe lo que

hay, y que quizás en la negociación a la hora de fijar los salarios y mejoras en cada empresa se retribuya lo duro que es salir de casa a las cinco de la mañana para llegar al tajo a las nueve. Pero no siempre es así. ¿Qué se puede hacer? No es fácil, pero muchos de nuestros obreros se la juegan cada madrugada y nos obliga a no resignarnos.

Dejando aparte esta pequeña disquisición sociológica y volviendo a la regulación positiva, el artículo 85 CGC da una definición clara de residencia habitual: “la que haya señalado éste”. Es la consideración más sensata y respetuosa, por la que el trabajador debe pasar y asumir. Si luego cambia de domicilio no debe derivar ninguna consecuencia laboral, se entiende que en perjuicio de la empresa (artículo 85.3 CGC), pues cabe preguntarse qué pasa si el cambio es beneficioso para la compañía, por poderse traducir en una disminución en el abono de compensaciones por distancia. Hay que entender que efectivamente si le consta fehacientemente, puede considerar como residencia habitual el nuevo domicilio.

c) Efectos del cambio de centro

Para que operen las compensaciones, el artículo 76 CGC parte de una premisa: que el nuevo centro sea en otro término municipal, y por otro lado que diste 15 Km de dos referencias: el centro anterior (“el centro de trabajo de partida” dice textualmente) y de la residencia habitual. Fijémonos que esto en muchos casos es difícil de cohonestar, a no ser que entendamos por centro de partida el domicilio social pues como el obrero en la gran mayoría de los casos, residirá más o menos cerca, parece lógica esa doble condición. En cambio, si se entiende literalmente, no tiene sentido, ya que la anterior obra de la que sale puede estar situada en una zona concreta que nada tenga que ver con el entorno propio de la empresa y de su plantilla, con lo que en este caso debemos entender que la distancia de los 15 Km hay que contarla sólo desde la residencia habitual.

En cuanto a los efectos, se diferencia si el nuevo destino dura menos o más de un año pero sin cambio de residencia, o se prolonga más allá de una anualidad conllevando además cambio de residencia. En el primer caso dice el artículo 76.2.a) CGC, que tendrá derecho a una dieta o media dieta, en función de que deba o no pernoctar fuera de su residencia habitual. Y, en el segundo, establece una indemnización compensatoria que pese a su denominación tiene naturaleza salarial del 35, 20, 10 y 10% del primer al cuarto año. Dice el precepto que

**LA DISTANCIA DE 15 KM
HAY QUE CONTARLA SÓLO
DESDE LA RESIDENCIA
HABITUAL**

ese porcentaje se calculará teniendo en cuenta el salario “en el momento de realizarse el cambio de centro”. Importante esto, pues sabemos que el salario que se aplicará a partir del desplazamiento es el correspondiente a la provincia de destino, y ese cálculo es el que se debe conservar a lo largo de los cuatro años, es decir, a partir del segundo no se calcula sobre el salario nuevo. Se echa de menos que se hubieran establecido porcentajes mayores si el desplazamiento es al extranjero, pero como ya dijimos en el apartado correspondiente, la política retributiva en estos casos en la gran mayoría de las ocasiones es individualizada, empresa por empresa y casi trabajador por trabajador.

Se establecen distintos plazos de preaviso entre 3 días y 30 siempre que implique para el operario cambio de su residencia habitual, porque en caso contrario o urgente necesidad no se establece plazo alguno. Aunque debe estar por encima de todo el lógico deber de buena fe.

Señala por último el artículo 77 CGC que la decisión en todo caso es ejecutiva, sin perjuicio de su posibilidad de impugnación judicial.

d) Desplazamiento y dietas

Deja sentado el artículo 79 CGC que el derecho a la dieta va ligado a que se produzca un desplazamiento, utilizando además la expresión en términos jurídicos, es decir con las condiciones para que sea considerado por el convenio y por extensión la legislación laboral como tal. El tema no necesita de mayor comentario: 1) a los trabajadores que se les cambie a un centro que diste más allá de 15 Km del centro de trabajo del que sale y de su residencia habitual, tienen derecho a dieta o media dieta en función de que tengan que pernoctar o no. 2) En todo caso se tendrá derecho al 20% del total si la empresa abona el servicio directamente al restaurante y/o hotel. 3) Si sólo se tiene derecho a media dieta y la costea la empresa no se tendría derecho a ese 20%. 4) Se paga por día efectivamente trabajado. 5) Y su cuantía se fija en cada convenio inferior. Cuestión no del todo acertada, cuando los costes de hotel y restaurante al que se desplaza no depende tanto de la provincia en la que se trabaja y por tanto su convenio, sino a la que se va, que puede tener unas tarifas de hoteles y restaurantes muy elevada para el nivel de vida del que se mueve.

Pero hay una cuestión que sí merece comentario: el caso de los trabajadores con contrato de obra o servicio determinado. Ya lo apuntábamos al hablar del fijo de obra. Con sucesivos contratos de obra –lo cual es muy habitual– el trabajador se podría recorrer todo el territorio nacional sin abono de una sola dieta. Lo que no es lógico, ni justo. Para superar esta interpretación se puede hacer pivotar la cuestión en torno a la residencia habitual. El trabajador al iniciar su relación con la empresa comunica su domicilio y con ello hace una declaración de intenciones. La empresa puede hacer las observaciones o salvedades que estime: “nuestras obras son en Madrid”, “todo lo tenemos en la costa...” como diciéndole “que vivas en Ciudad Real o en Granada es decisión personal”. Consiguientemente, todas las obras que se hicieran en la capital o en Motril, el trabajador que se tuviera que desplazar hasta allí, que no recibiera dietas lo debería admitir como lógico. Pero en los

demás casos no sería justo que no se le abonara. El pagar dietas en función del contrato que se tenga no es equitativo. Las empresas –con las matizaciones y comentarios que se quieran hacer–, saben dónde vive su plantilla, es cierto que si decide pagar directamente al establecimiento lo hace a todo el personal, sin distinguir tipo de contrato, pero en teoría no debería hacerlo. En definitiva, la cuestión se presta a una regulación más detallada, buscando la proporcionalidad, en pos de la máxima adecuación a la realidad del sector y de los gastos.

e) Libre disponibilidad

El artículo 18 CGC señala: “El ingreso al trabajo será para un puesto de trabajo concreto. Éste viene determinado (...) y por el centro de trabajo donde se desempeñe la actividad, de manera que cualquier modificación en alguno de los factores anteriores constituye un cambio de puesto de trabajo”.

Esto no es incompatible con la regulación y posibilidades de cambio de lugar. De hecho el propio precepto la contempla, pero lo traemos aquí para preguntarnos si con una declaración tan tajante donde dice que la contratación es para un centro y sólo para uno, sería válido un contrato de trabajo que recogiera la libre disponibilidad, lo que significaría la posibilidad de variar de centro en cualquier momento, sin necesidad de justificación, y por la duración que se estimase. La cuestión es compleja, pero a la vez se puede entender de modo simple: el chófer del camión, el arquitecto, el aparejador y otros que estamos pensando, por razón de sus oficios no existe duda que no tienen un centro de trabajo fijo, o al menos que su salida a distintos lugares está plenamente justificada. En cambio no se entendería tanto para un oficial 1ª, que en su contrato pusiera como centro de trabajo “itinerante” o “a libre disposición de la empresa”, y menos si así estuviera establecido para algunos y para otros no. La dinámica diaria no plantea problemas, es decir, ponga lo que ponga en su contrato, un aparejador sabe que su dirección le puede variar de centro en cualquier momento y lo aceptará como lógico. Pero las situaciones límite o conflictivas, y cuando se puedan dar agravios o ser política de premio/represalia, quizás exigiría matizar más la cuestión, y en ese sentido el CGC sería un marco ideal para establecer qué categorías puede recogerse la libre disponibilidad en cuanto a centro de trabajo y en qué condiciones.

H) Suspensión del contrato

El siguiente tema que toca el convenio es el de la suspensión del contrato de trabajo. No es necesario hacer especial comentario, pues la regulación es clara y casi un traslado literal de la general. Nos detenemos sólo a glosar un poco lo recogido en el artículo 87 y que hace referencia a la fuerza mayor temporal, en concreto a los casos de paralización de obras por orden judicial o gubernativa, y a la acordada por la representación de los trabajadores:

1) En el primer caso, para que la situación sea habilitante de suspensión justificada, debe basarse en causas ajenas a la empresa que la invoca. Hay que estar por tanto a lo que recoja

la resolución (sentencia, auto, acto administrativo, interdicto, ...), y sabemos que no siempre es precisa o determinante, sobre todo cuando se trata de medidas provisionales o cautelares, el saber si hay responsabilidad o no del constructor paralizado. En caso afirmativo, aunque a él no le ampararía por lo que decimos la suspensión por fuerza mayor, sí a los que contraten con él en calidad de subcontratistas. Y en todos los casos, si la resolución no es clara debe primar la presunción de inocencia, con lo que se debe considerar en principio la parada ajena a la voluntad o responsabilidad de la empresa. Y en caso contrario, es decir, que de modo evidente quede acreditada la culpabilidad —en el grado que ésta sea, es indiferente—, como la suspensión de los contratos no va a ser autorizada por expediente de regulación de empleo, entraría en aplicación lo dispuesto en el artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores cuando se trata de una imposibilidad de la prestación laboral imputable al empresario.

No obstante, y ya lo hemos comentado (apartado 7.1), cabe preguntarse si en vez de tener al trabajador ocioso y pagándolo por un tiempo que se puede prolongar *sine die*, puede ordenar el traslado o desplazamiento de los afectados a otra obra que tenga abierta. Si se es riguroso en la interpretación de la norma, el trabajador parece que se podría negar, y la autoridad no conceder la autorización de tal movilidad geográfica, pues si no hay razones para autorizar una suspensión por no apreciarse que exista fuerza mayor, tampoco habría que entender que hay causas económicas, técnicas... para amparar el cambio de centro, es decir, si concurrieran esas causas, también valdrían para invocarlas como supuesto de suspensión. Sin embargo, no debe ser así, suficientes efectos negativos se le producen ya al empresario con ver cerrada una obra (olvidémonos en este segundo paso de su culpa o inocencia), con lo que si tiene otras, el que pueda llevar allí a su plantilla, debe estar permitido, pues si se entiende que no hay razones técnicas o productivas para la suspensión, sí que las debería haber por lo menos para la movilidad, y con ello seguramente evitar males mayores.

2) Para el caso de que los trabajadores, o sus representantes si los hay, acuerden la suspensión por falta de medidas de seguridad de acuerdo con lo recogido en el artículo 21.2 y 3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, añade el artículo 87.1.c) CGC una previsión desconcertante. En concreto dice que si la autoridad laboral al revisar la paralización ordenada por los trabajadores la levanta, si los representantes o delegados de prevención persisten en su medida, el empresario puede solicitar una suspensión basada en fuerza mayor. Cuando lo que debe ocurrir es que si la Administración ha señalado que las condiciones preventivas son adecuadas para seguir los trabajos, el que los trabajadores decidan no hacerlo, sólo lo podrían llevar a cabo a través de la adopción de medidas de conflicto colectivo, que es una causa por sí misma habilitante para la suspensión como así lo señala además expresamente el artículo 86.1.k) y l) CGC, reflejo y por extensión del artículo 45.1.l) y m) del Estatuto de los Trabajadores. Y no entendiendo que se le habilita al empresario para solicitar la suspensión por fuerza mayor. El empresario cuyos trabajadores no quieren volver al tajo cuando una autoridad imparcial atestigua que las medidas son correctas, no tiene por qué hacer nada más, deben ser aquéllos, como decimos, los que adopten las medidas de presión legítimas que estén a su alcance.

I) Jubilación forzosa

Como sabemos, en julio de 2005 se recuperó en el Estatuto de los Trabajadores la posibilidad de que los convenios colectivos pudieran recoger, como un modo de extinción del contrato, el que el trabajador alcance la edad ordinaria de jubilación, es decir, hoy en día los 65 años. Sin ir más atrás en la evolución, recordemos que las proyecciones a futuro mediante los cálculos actuariales correspondientes, dictaban al Gobierno la necesidad/conveniencia de hacer lo posible por fomentar la prolongación de la vida laboral de los españoles, con el horizonte de 2050. En tal sentido en el año 2001 se deroga la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, y luego como refuerzo de tal política legislativa, el TS manifiesta en 2004²⁸ que a partir de tal derogación serían nulas las cláusulas de los convenios que lo recogiesen, que, por cierto, lo hicieron y no pocos, entre ellos precisamente el III CGC, que en su artículo 101 declaró explícitamente la jubilación forzosa a los 65 años.

La nueva redacción de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, por Ley 14/2005, posibilita que los convenios recojan de nuevo estas cláusulas, estableciendo como requisito para su legalidad que vaya ligada a “objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”. Y además añade en la letra b) que el trabajador debe tener cubierto el período mínimo de cotización. Cuando se han puesto a afrontar el tema los negociadores del primer CGC después de la reforma, lo han hecho de una forma muy al pie de la letra. Señala el artículo 93.2 CGC, después de haber indicado en el anterior párrafo que se puede acordar la jubilación forzosa a los 65 años, que “Dicha medida se encuentra directamente vinculada al objetivo de mejora de la estabilidad en el empleo, cuya plasmación en el presente Convenio Colectivo se encuentra en la regulación del contrato fijo de obra del sector de la construcción previsto en el artículo 20, así como a la prolongación del plazo máximo de duración de los contratos eventuales por circunstancias de la producción”. O no lo entendemos bien, o el error es de importancia, ¿cómo van a contribuir a la estabilidad en el empleo la prolongación de la duración de un

**LA JUBILACIÓN
FORZOSA SE ENCUENTRA
DIRECTAMENTE
VINCULADA AL OBJETIVO
DE MEJORA
DE LA ESTABILIDAD
EN EL EMPLEO**

(28) STS, Sala General, con voto particular de 9 de marzo de 2004 ; STS de 6 de abril de 2004; STS de 28 de mayo de 2004.

contrato temporal, o el reconocimiento de que una persona sin dejar de ser temporal pueda trabajar en varias obras de la misma provincia? Luego continúa en el párrafo 3 diciendo: “Asimismo dicha jubilación obligatoria está vinculada al objetivo de mejora de la calidad del empleo a través de las distintas medidas incorporadas al presente Convenio en materia de prevención de riesgos laborales tales como la regulación de un organismo de carácter paritario en materia preventiva, el establecimiento de programas formativos y contenidos específicos en materia preventiva, el programa de acreditación sectorial de la formación recibida por el trabajador, y el establecimiento de la Fundación Laboral de la Construcción, cuyos objetivos son el fomento de la formación profesional, la mejora de la salud y de la seguridad en el trabajo, así como elevar la cualificación profesional del sector, con el fin de profesionalizar y dignificar los distintos oficios y empleos del sector de la construcción. Por otro lado con el establecimiento de la remuneración bruta mínima anual las partes firmantes incluyen una mejora en las condiciones retributivas del sector que redundará en la calidad de su empleo”. Tampoco se puede decir que sea acertada su redacción. Las condiciones de seguridad y salud laboral poco o nada tienen que ver con la calidad en el empleo, al menos en los términos en que lo expresa la Disposición Adicional del Estatuto de los Trabajadores. Y lo mismo se puede decir con el establecimiento de un salario mínimo para el sector. Ambos corren por vías distintas a lo que debe significar la calidad en el empleo. Se pueden tener unas óptimas condiciones de seguridad y cobrar el salario mínimo garantizado, y no por eso tener calidad en el empleo, ni tampoco tender a ella.

Y es que la expresión “calidad del empleo” está recogida en el Estatuto de los Trabajadores como contraposición a la precariedad, a la inestabilidad, a la falta de predicibilidad en la evolución futura del empleo. Que en definitiva existentes, permiten una menor sangría de las arcas públicas al ahorrarse de una forma más o menos importante el abono de prestaciones sustitutorias de la pérdida de empleo, y que correlativamente permiten el traspaso de fondos para dárselos a los que lleguen a la etapa final de su carrera profesional, para que la puedan abandonar mercedamente. Y desde el otro punto de vista, para que la empresa pueda desprenderse de sus trabajadores a esas edades sin coste alguno. En esta línea el Estatuto de los Trabajadores es claro cuando explica lo que entiende por esa calidad: transformación de contratos temporales, contratación de nuevos trabajadores, estabilidad y sostenimiento del empleo.

Ahora bien, si los negociadores yerran a la hora de justificar el que están por la calidad, no significa que dejen de estar concienciados. Como venimos repitiendo, la Ley y su Reglamento de Subcontratación en el Sector de la Construcción recogen de una forma digamos tajante la apuesta por la estabilidad y por ende la calidad en el empleo, cuando, aunque sea de modo progresivo, exigen a las empresas que vayan a trabajar en el sector un mínimo de contratos indefinidos. Y además hay que reconocer que esas normas quieren luchar contra el intrusismo y la vigencia de empresas que pueden ofrecer baja calidad en el empleo. Y aunque sea una norma –la Ley– salida formalmente de las Cortes Generales, es sabido que en muy buena medida es resultado de las reivindicaciones prolongadas en el tiempo de los agentes sociales. Casi de norma pactada hay que calificarla. Con lo que el CGC con haberse remitido a ellas hubiera cumplido con creces el mandato del Estatuto de los Trabajadores. Porque es que además, con la Ley de Subcontratación en el Sector de

la Construcción este colectivo se pone, o al menos se intenta poner, a la vanguardia en la lucha por la estabilidad.

La filosofía de la fijación de una edad de jubilación llamada forzosa, lo venimos apuntando, es además de una medida macro, también un instrumento en manos de la empresa, que llegada esta fecha y aunque el trabajador quisiera seguir puede desprenderse de él sin coste alguno. La aclaración que recoge el artículo 93 CGC al indicar “salvo pacto individual en contrario” es muy esclarecedora e interesante de cara a dejar sentado que lo que es una potestad no es una obligación, por lo que si ninguna parte solicita el pase a la situación de jubilación del trabajador, puede perfectamente prolongar su actividad en la empresa.

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario**

Consideración preliminar. 1. Derecho Internacional y comunitario. 2. Ley y convenio colectivo. A) Cláusulas de jubilación forzosa. B) Negociación colectiva y Administración Pública. **3. El convenio colectivo como norma.** A) Ámbito de aplicación. B) Vigencia. C) Convenio colectivo y autonomía de la voluntad. D) Contenido. **4. Ley y contrato de trabajo. 5. La función reguladora de la autonomía de la voluntad. 6. Alcance y límites del poder de dirección empresarial. 7. Condición más beneficiosa.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 5 a 8 de 2008 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 582 a 1086). Como ya se advirtió en crónicas precedentes, los tribunales del orden social no suelen pronunciarse sobre la función, naturaleza y ordenación de las fuentes de derecho. La resolución de los conflictos se basa, desde luego, en la interpretación y aplicación de la normativa pertinente, pero no se hacen consideraciones adicionales sobre el valor de la concreta fuente de derecho de la que se sirve el tribunal, su posición en el sistema de fuentes o sus relaciones con otras normas.

En cualquier caso, pueden encontrarse pronunciamientos en los que, directa o indirectamente, los criterios dogmáticos sobre las fuentes juegan un relevante papel, en ocasiones porque es menester identificar si un determinado instrumento es o no fuente de derecho (para valorar su interrelación con otras fuentes o para determinar el peso que podría alcanzar en la formación de la convicción judicial), y en otras porque los criterios de localización y selección de la norma aplicable han de proporcionar al juez certidumbre sobre la idoneidad de la fuente de derecho que debe regir el concreto supuesto.

En verdad, la mayor parte de sentencias que serán objeto de comentario en esta crónica parten de litigios que coinciden sustancialmente con los ya relatados en crónicas anteriores, y la reiteración de doctrina es la característica más destacada. Al margen de la distribución de obligaciones salariales en colegios concertados, o de la validez o nulidad de las cláusulas de jubilación forzosa, llama la atención que la conversión en entidad privada

de Correos y Telégrafos continúa siendo una especial fuente de litigios, particularmente respecto de los contratos de interinidad.

1. DERECHO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO

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

Las SSTJCE Laval y Viking son clara muestra de que las libertades comunitarias de prestación de servicios y libre circulación pueden chocar con la configuración tradicional de los ordenamientos internos de los Estados Miembros, y la **STJCE de 3 de abril de 2008**, I.L. J 595, conocida como STJCE Rüffert, consolida una doctrina que en cierto modo es difícil de compatibilizar con los principios de igualdad y no discriminación.

En ese supuesto, la Administración pública alemana, en concreto el Land de Baja Sajonia, adjudicó un contrato de obra para la construcción de un establecimiento penitenciario a una empresa privada. En el pliego de cláusulas el adjudicatario se comprometía a respetar los compromisos alcanzados en la negociación colectiva y, en concreto, a abonar el salario que se hubiera pactado en el convenio colectivo aplicable en el lugar de ejecución. La empresa adjudicataria subcontrató parte de la actividad con una empresa polaca, que no cumplió esos compromisos, en la medida que abonaba a sus trabajadores menos de la mitad del salario previsto en el convenio colectivo alemán. En ese contexto, la Administración alemana resolvió el contrato y exigió las pertinentes responsabilidades.

El TJCE confirma, en primer lugar, que la solución a la controversia debe extraerse de la Directiva 96/71, que es de aplicación a estos supuestos, aunque la normativa alemana cuestionada no pretendiera regular las condiciones de trabajo de quienes se desplazan para prestar servicios desde otro Estado Miembro. En virtud de esa Directiva, los trabajadores desplazados tienen garantizado el cobro del salario mínimo, siempre que éste se encuentre establecido en disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y/o mediante convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general. En particular, la negociación colectiva puede actuar como garantía mínima, en ausencia de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos o laudos arbitrales, cuando el correspondiente convenio despliegue efectos generales en todas las empresas similares pertenecientes al sector de que se trate, o cuando el convenio haya sido celebrado por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas en el plano nacional y sea de aplicación a todo el territorio del Estado.

El convenio colectivo que fijaba el salario mínimo en el lugar de ejecución no cumplía esas condiciones (sólo se aplicaba a los contratos administrativos), de modo que, al no

I. Fuentes del Derecho

constituir una disposición de alcance general, no resultaba de obligado cumplimiento para los trabajadores desplazados a Alemania desde otro Estado Miembro. Sobre esa base, el TJCE advierte que el Estado Miembro de acogida no puede “supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima” (FJ 33º). Por consiguiente, y en defecto de adhesión voluntaria de la empresa que desplaza a sus trabajadores, una exigencia de esa índole provoca una vulneración de la libre prestación de servicios reconocida en el artículo 49 TCE, pues conlleva “una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado Miembro de acogida” (FJ 37º).

2. LEY Y CONVENIO COLECTIVO

Desde la perspectiva de las fuentes, las relaciones ley-convenio no han sido objeto de una litigiosidad excesiva en el período de referencia, al margen de dos situaciones ya conocidas, como las relativas a la jubilación forzosa y a la determinación de las responsabilidades salariales en colegios concertados.

A) Cláusulas de jubilación forzosa

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

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

La STS de 25 de junio de 2008, I.L. J 908, resuelve un supuesto planteado bajo la vigencia de este marco normativo, y en concreto aborda una extinción contractual amparada en una cláusula convencional que no cumplía los requisitos exigidos por la Disposición Adicional Décima, pues la medida no se vinculaba a objetivos de política de empleo. La

sentencia considera que la decisión empresarial debe ser calificada como despido impropio, y no nulo, puesto que no hay una motivación discriminatoria en la medida adoptada por el empresario, sino incumplimiento de los requisitos legales en la configuración convencional de esas cláusulas de extinción del contrato por razón de edad.

B) Negociación colectiva y Administración Pública

El convenio colectivo estatutario, por su condición de norma jurídica, forma parte del sistema de fuentes, pero es claro que debe respetar el principio de jerarquía normativa, y en particular que no puede vulnerar la ley. A partir de esa premisa inicial, es pacífico que el convenio colectivo puede determinar la estructura salarial y cuantificar el importe de la retribución incluso en el ámbito de una Administración Pública, pero en ningún caso puede vincular a la Administración más allá de los límites presupuestarios. Los litigios sobre ese particular versan de ordinario sobre convenios colectivos negociados por y para la propia Administración Pública, pero en los últimos tiempos se ha planteado un problema diferente, en la medida que la relación laboral que lo origina se concierta entre sujetos privados, aunque los fondos con que se hace frente a las obligaciones salariales son públicos.

Concretamente, la cuestión consiste en delimitar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por las deudas salariales que los colegios privados concertados mantienen con sus trabajadores. En principio, la Administración tiene obligación de pago delegado a partir de los artículos 47 a 49 LO 8/1985, de 3 de julio; aunque estos preceptos se encuentran derogados en la actualidad, el artículo 76.5 LO 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, sostenía igualmente que “los salarios del personal docente serán abonados por la Administración al profesorado como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro, con cargo y a cuenta de las cantidades previstas en el apartado anterior”. La nueva Ley Orgánica de Educación (LO 2/2006, de 3 de mayo) no varía el panorama descrito, y reproduce en su artículo 117 las mismas reglas previstas en la ya derogada LO 10/2002.

El conflicto se suscita en virtud de la reclamación salarial por derechos reconocidos en el convenio colectivo, y tiene lugar ante la negativa tanto del colegio como de la Administración de proceder a su abono por entender el primero que es obligación de la Administración con base en el concierto, y de la segunda por estimar que su responsabilidad no puede superar en ningún caso el importe destinado al concierto en los correspondientes presupuestos. El problema no es nuevo, y ha sido puesto de manifiesto en crónicas anteriores. De forma prácticamente unánime, los tribunales consideran que la Administración está obligada a proceder al pago delegado, si bien dicha responsabilidad no es ilimitada, sino que encuentra su techo en el montante asignado presupuestariamente al concierto.

En consecuencia, una vez superada esa cantidad, el colegio concertado será el único responsable de las obligaciones salariales. En esa línea, la jurisprudencia ha mantenido que en tanto no se acredite que el presupuesto está agotado, la Administración debe responder. No obstante, la Administración en estos supuestos está limitada por la consignación

I. Fuentes del Derecho

presupuestaria, puesto que la negociación colectiva no puede modificar las previsiones de una Ley de Presupuestos, ya que ello supondría vulnerar el artículo 82.3 ET cuando dispone que los convenios colectivos sólo vinculan a los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito. Así lo advierten las SSTS de 27 de octubre de 2004, I.L. J 2318, y de 29 de junio de 2006, I.L. J 1001. Siguiendo esa doctrina, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de enero de 2008**, I.L. J 792, exonera a la Consejería de Educación porque en el período al que se circunscribía la reclamación “existía un déficit en el apartado de gastos variables del colegio demandado”. Por su parte, la **STS de 23 de septiembre de 2008**, I.L. J 1073, declara responsable a la Administración autonómica por no haber acreditado el agotamiento de la dotación presupuestaria.

En el marco de las limitaciones salariales impuestas a la negociación colectiva del personal de la Administración Pública, la **STS de 21 de mayo de 2008**, I.L. J 883, ha de resolver la reclamación del personal docente contratado en régimen laboral por las universidades de Madrid, que solicitaban que la revisión salarial se efectuase no sólo sobre el salario ordinario, sino también sobre un incremento de la paga extraordinaria correspondiente al complemento de destino. La sentencia desestima el recurso porque su aceptación sería contraria a la Ley de Presupuestos autonómica, por un lado, y porque se estaría vulnerando el espíritu de un pacto entre los sindicatos y la Comunidad de Madrid para equiparar la retribución de funcionarios y personal laboral, ya que se haría a éstos de mejor condición que a aquéllos.

Por otro lado, es frecuente que determinado personal de los servicios públicos de salud sea retribuido conforme a las mismas reglas que el personal estatutario, ignorando el convenio colectivo aplicable a ese ámbito. En ese contexto, es también habitual la reclamación de determinados pluses o complementos establecidos en el convenio y, en particular, el plus de antigüedad. El TS ha sido contundente en el rechazo de esas pretensiones, como demuestran las SSTS de 17 de febrero, 9 y 10 de mayo y 13, 15 y 28 de junio de 2006, I.L. J 505, 710, 722, 939, 934 y 942. En tales pronunciamientos el TS llega a la conclusión de que el convenio colectivo no es de aplicación en materia retributiva, sino que debe acudir por asimilación a la normativa del personal estatutario, porque de lo contrario tendría lugar una variante del espiguelo. En el período de referencia insiste en la misma solución la **STS de 4 de junio de 2008**, I.L. J 620.

3. EL CONVENIO COLECTIVO COMO NORMA

Es evidente que entre las fuentes de la relación laboral el convenio colectivo ha de ocupar una posición de singular relevancia, no sólo porque sea una fuente específica de Derecho del Trabajo, sino por la función que la propia Ley le otorga en la adaptación del marco general a la realidad concreta de cada ámbito. Junto a los conflictos singulares que surgen en la interpretación y aplicación de concretos convenios, los tribunales deben elaborar también un cuerpo de doctrina para perfilar la posición del convenio en el sistema de fuentes y su interacción con otras fuentes de la relación laboral. De este modo, los Tribunales han debido hacer frente en el período de referencia a reclamaciones tan dispares como las que traen causa de las diferencias salariales en virtud de un elemento temporal,

las que tienen por objeto precisar el ámbito de aplicación de un convenio colectivo, o la siempre compleja cuestión de la ultraactividad.

A) Ámbito de aplicación

En crónicas anteriores se puso de manifiesto que la jurisprudencia –SSTS de 7 de octubre de 2004, I.L. J 2317, y de 1 de junio de 2005, I.L. J 1113– ha incluido en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo dirigido en principio a empleadores privados a los profesores de guarderías infantiles que en apariencia no disfrutaban de las ventajas de la negociación colectiva, porque prestaban servicios para un ayuntamiento que carecía de convenio para su personal laboral. En consecuencia, el TS parece atribuir a la eficacia *erga omnes* del convenio colectivo estatutario un valor que probablemente desborda los límites naturales de la autonomía colectiva, ya que a su juicio el ET “no hace distinciones de ningún género acerca de que los obligados sean únicamente quienes estuvieron representados en la negociación”, lo que indudablemente es cierto, pero añade “o pudieron estarlo”.

En esta tesitura, la citada línea jurisprudencial defiende que el Convenio Colectivo Estatal de Centros de Asistencia de Educación Infantil no sólo se aplica a las guarderías privadas, sino también a las Administraciones Públicas que hayan constituido un servicio de guardería y no hayan negociado un convenio propio para los trabajadores que allí presten servicios. Se considera irrelevante que el Ayuntamiento no forme parte –ni *de facto* pueda hacerlo porque las asociaciones empresariales no aceptarían su afiliación, ni la Administración Pública la solicitaría– de las asociaciones con legitimación para negociar ese convenio. Pese a remitirse a la jurisprudencia citada, no comparte la conclusión la **STSJ de Galicia de 22 de mayo de 2008**, I.L. J 720, pues al supuesto de hecho era de aplicación el nuevo convenio estatal para el mismo ámbito, de 2007, que había añadido una precisión que la sentencia considera determinante, puesto que en su artículo 2 limitaba explícitamente su ámbito funcional a los empleadores de carácter privado. Por ello, el Tribunal concluye que tal convenio devino inaplicable.

B) Vigencia

La ultraactividad del convenio colectivo origina a menudo situaciones conflictivas, que exigen determinar la naturaleza obligacional o normativa de la cláusula en cuestión. En los últimos tiempos se ha puesto en duda la naturaleza de las cláusulas de revisión salarial, pues la parte empresarial estima que una vez denunciado el convenio se mantienen las condiciones salariales, pero no hay obligación de revisarlas. Sin embargo, la **STS de 16 de junio de 2008**, I.L. J 891, sostiene la posición contraria, calificando expresamente de cláusula normativa la que procede a la revisión salarial, al igual que el resto del régimen jurídico del salario, y por ello los trabajadores tienen derecho a tal revisión aunque el convenio hubiera sido denunciado, a salvo, claro está, que la propia cláusula limite sus efectos al tiempo de vigencia ordinaria del convenio estatutario. En el mismo sentido, la **STSJ de Galicia de 7 de julio de 2008**, I.L. J 845, califica de normativa la cláusula relativa

I. Fuentes del Derecho

a los trienios, que deben ser reconocidos, y con ello el pertinente complemento por antigüedad, aunque se consoliden en el período de ultraactividad.

C) Convenio colectivo y autonomía de la voluntad

Las relaciones entre el convenio colectivo y los pactos –de mejora– a los que puedan llegar empresarios y trabajadores también generan litigios frecuentes, aunque no han suscitado especiales controversias en el período de referencia. Como excepción, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 19 de mayo de 2008**, I.L. J 770, se plantea la licitud de un compromiso de disponibilidad en materia de horas extraordinarias, un pacto individual a través del cual los trabajadores aceptaban con carácter previo los requerimientos del empresario en orden a la realización de una jornada superior a la ordinaria a cambio de un aumento de su salario base. La sentencia admite la licitud teórica de tal clase de pactos, pero los condiciona no sólo a la claridad del compromiso –y aconseja su plasmación por escrito para facilitar la prueba–, sino también a que conste una compensación económica expresa y diferenciada. En consecuencia, el pacto litigioso se declara nulo porque la compensación por las horas extraordinarias se confundía con el salario base. Se reconoce al demandante el derecho a percibir la retribución por todas las horas extraordinarias realizadas, aunque se descuenta la cantidad que la empresa acreditó que ya le había abonado por tal concepto.

Por otro lado, las cláusulas de descuelgue salarial suscitan a menudo conflictos, porque la merma de derechos salariales de los trabajadores exige la concurrencia de causa y el cumplimiento de unos requisitos de procedimiento. La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de mayo de 2008**, I.L. J 769, aborda la legitimidad de una decisión unilateral de un empresario de congelar los salarios no procediendo a los incrementos previstos en el convenio sectorial. El empresario actuó de tal forma para afrontar una situación económica precaria y en ausencia de representación colectiva en la empresa. La sentencia es taxativa en este punto y, fundándose en doctrina científica, considera requisito ineludible el acuerdo con los representantes de los trabajadores para proceder al descuelgue salarial, sin que sea suficiente un acuerdo plural celebrado con los propios trabajadores.

D) Contenido

Los litigios relativos al contenido de los convenios colectivos, por discrepancias sobre el alcance de sus previsiones, son muy frecuentes, pero habitualmente resultan de escaso interés desde la perspectiva de las fuentes del derecho. Sin embargo, las dobles escalas salariales en atención a un elemento temporal, como la fecha de ingreso, suscitan una problemática peculiar por la confluencia de diversas fuentes, como el Derecho Comunitario, la Constitución, la Ley y el propio convenio colectivo.

En efecto, la igualdad entre trabajadores fijos y temporales, especialmente en materia salarial, es una cuestión recurrente, porque la negociación colectiva suele establecer distinciones en función de la modalidad contractual para el acceso a determinados complementos. La **STS de 21 de mayo de 2008**, I.L. J 878, reitera su conocida doctrina sobre la

prohibición de diferencias salariales entre trabajadores fijos y temporales, y advierte que los complementos por antigüedad no pueden configurarse de modo que el tiempo de prestación de servicios al amparo de cada contrato se compute de forma independiente. Si puede apreciarse una “unidad esencial del vínculo laboral” no cabe reiniciar el cómputo de la antigüedad por un cambio de modalidad contractual. En la misma línea insisten las **SSTS de 12 de junio de 2008**, I.L. J 919, y **de 10 de julio de 2008**, I.L. J 1002.

Es suficientemente conocida la doctrina jurisprudencial que declara nulas las cláusulas convencionales que establecen una doble escala salarial no sólo entre trabajadores fijos y temporales, sino también en atención a la fecha de ingreso. Las **SSTS de 17 de julio de 2008**, I.L. J 957 y 1010, y **de 18 de septiembre de 2008**, I.L. J 1072, recuerdan esa conclusión, que extienden también a los supuestos donde se distingue, a efectos de la percepción del complemento de antigüedad, en atención al momento en que dicho complemento se comenzó a percibir. Tampoco esa diferencia resiste una comparación desde la perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación consagrados en los artículos 14 y 17 ET. La **STS de 15 de junio de 2008**, I.L. J 896, admite hipotéticamente como justificación de la diferencia de trato la promoción del empleo estable que había sido alegada por la empresa, pero a falta de prueba sobre la veracidad de ese objetivo tal alegación no fue tomada en cuenta.

De manera análoga, la **STS de 27 de mayo de 2008**, I.L. J 643, aborda la licitud del régimen jurídico que el convenio colectivo de Correos y Telégrafos preveía para el llamado complemento de permanencia y desempeño, cuyo disfrute efectivo parecía supeditarse a la fijación de unos requisitos de experiencia, responsabilidad y dedicación que debía fijar la Sociedad Estatal, previa negociación con los representantes de los trabajadores. La sentencia trata de dilucidar si los trabajadores tienen derecho al complemento de manera inmediata o si, por el contrario, han de esperar hasta que tales criterios se establezcan. El Tribunal considera que esos requisitos sólo pueden significar un endurecimiento de las condiciones de acceso para los trabajadores temporales. La sentencia asimila el plus a un complemento por antigüedad, y señala que, en defecto de criterios que valorar, debe entenderse que todos los trabajadores los cumplen, y por ello reconoce el complemento a todos los trabajadores temporales en virtud del artículo 14 CE.

Sin embargo, y aunque no se refieren a Correos y Telégrafos, parecen mantener una posición contraria las **SSTS de 10, 11, 25, 26 y 30 de junio de 2008**, I.L. J 954, 991, 893, 996 y 945, y **de 8, 11 y 24 de julio de 2008**, I.L. J 959, 1055 y 1014, y las **SSTSJ de Castilla-La Mancha de 24 y 30 de enero de 2008**, I.L. J 795 y 798. En ellas se plantea un supuesto con ciertas similitudes, ya que el convenio colectivo del personal laboral de la Administración General del Estado prevé complementos salariales por puesto de trabajo, aunque no con eficacia directa, sino diferida, en la medida en que los concretos requisitos debían fijarse por acuerdo de un órgano paritario. Las sentencias citadas, apoyándose en el criterio jurisprudencial unificado, entienden que esta clase de pactos fijan obligaciones con término suspensivo o inicial, no exigibles hasta que sean objeto de desarrollo, sin perjuicio de las responsabilidades que puedan surgir por una demora injustificada.

I. Fuentes del Derecho

El propósito de evitar cualquier diferencia discriminatoria en atención a la modalidad de contrato es, asimismo, el motivo de la declaración de nulidad de la cláusula del convenio colectivo de Iberia que disponía que en los contratos fijos discontinuos a tiempo parcial debía establecerse la siguiente equivalencia a efectos de trienios: 160 horas de actividad equivalen a un mes de trabajo. La **STSJ de Baleares de 14 de abril de 2008**, I.L. J 756, considera que una regulación de ese tipo es contraria al principio de jerarquía normativa por vulnerar los artículos 12 ET y 14 CE. Esa declaración obedece a que los trabajadores a tiempo parcial reciben el trienio en cuantía reducida –ajustado a su tiempo de trabajo–, por lo que la sentencia interpreta que las condiciones para acceder a éste deben ser también menos gravosas que para los trabajadores a tiempo completo. En suma, la sentencia defiende que aplicar el criterio de proporcionalidad a la cuantía del trienio y no a los requisitos para poder disfrutarlo es contrario a los principios de igualdad y no discriminación.

Por otra parte, es sabido que las mejoras voluntarias se rigen por la decisión unilateral o pacto que las haya establecido (por todas, STS de 27 de julio de 2005, I.L. J 1488), de modo que la coincidencia terminológica de una mejora voluntaria con prestaciones o situaciones propias del Sistema público de Seguridad Social no implica identidad de régimen jurídico, ni la prevalencia de la LGSS. En este contexto, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de mayo de 2008**, I.L. J 864, debe resolver sobre la pretensión de una trabajadora que tras jubilarse parcialmente a los 60 años solicita una indemnización a tanto alzado prevista en el convenio colectivo para quienes procediesen a la jubilación anticipada con 64 años, comprometiéndose la empresa a contratar un sustituto. La sentencia considera que la jubilación parcial es una modalidad de jubilación anticipada –recurre para ello al RD 1131/2002– y reconoce el derecho a la indemnización. No se plantea el tribunal si esa modalidad de jubilación anticipada a los 64 años que la empresa debe aceptar y por la que se compromete a no amortizar el puesto y contratar a un sustituto puede encuadrarse en la jubilación especial a los 64 años regulada en el RD 1194/1985, de 17 de julio.

4. LEY Y CONTRATO DE TRABAJO

La doctrina judicial del período de referencia tampoco ha introducido ninguna variación destacable en la articulación de las relaciones entre la ley y el contrato de trabajo, y se repiten soluciones sobradamente conocidas, como sucede con la doctrina relativa a los contratos de interinidad en Correos y Telégrafos tras su conversión en Sociedad Anónima. Es sabido que el artículo 58 Ley 14/2000, en sus apartados 16 y 17, dispuso que “el personal laboral de la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos quedará integrado en la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, desde la fecha de la inscripción en el Registro Mercantil de su escritura de constitución, conservando sus contratos con la antigüedad, categoría y retribuciones que tuvieran consolidados en la entidad pública y con pleno respeto de los derechos y situaciones administrativas que tuvieran reconocidas y en especial las normas sobre incremento de retribuciones que establezcan las Leyes de Presupuestos Generales del Estado”, y que “a partir de la fecha del inicio de la actividad de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, el personal que la socie-

dad necesite contratar para la adecuada prestación de sus servicios lo será en régimen de derecho laboral”.

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

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

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

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

Por consiguiente, el TS considera que estas sociedades privatizadas continúan perteneciendo al sector público, lo que introduce especialidades en materia de contratación, y por ello los contratos de interinidad por vacante no están vinculados por la limitación de tres meses para la cobertura de dicha vacante. Así lo mantienen en el período de referen-

I. Fuentes del Derecho

cia las SSTs de 14 de enero 2008, I.L. J 606, 28 de mayo de 2008, I.L. J 980, y de 13 de junio de 2008, I.L. J 912, y la STSJ de Cataluña de 2 de abril de 2008, I.L. J 822.

Por otra parte, las relaciones entre la ley y el contrato de trabajo, o en general los acuerdos individuales, pueden derivar en la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos reconocido en el artículo 3 ET. Ésa es la cuestión que se plantea en la **STSJ de Cataluña de 1 de abril de 2008**, I.L. J 818, en relación con un trabajador despedido por disminución continuada y voluntaria del rendimiento. El mismo día en que estaba fechada la carta de despido, la empresa y el trabajador llegaron a un acuerdo mediante el que la empresa reconocía la improcedencia del despido y abonaba una indemnización de 7.500 euros, pese a que la indemnización calculada conforme a las reglas previstas en el ET se elevaría a 17.169,50. El trabajador suscribió dicho acuerdo, pero impugnó posteriormente el despido exigiendo la readmisión o la indemnización en la cuantía legalmente tasada. La sentencia considera que el acuerdo supone una transacción válida con la empresa, pues ante la incertidumbre del resultado del eventual juicio el trabajador había decidido no asumir el riesgo y obtener una compensación económica segura. Cuestión distinta, según la sentencia, es que el reconocimiento de improcedencia hubiera sido efectuado en la misma carta de despido, ya que en tal caso no sería lícito un acuerdo que redujera la indemnización legal.

Es claro que el pacto entre las partes no puede prevalecer sobre la voluntad legal, como repetidamente ha declarado la jurisprudencia en relación con la diferencia entre contratos administrativos y contratos de trabajo. En este sentido, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 31 de marzo de 2008**, I.L. J 749, se ajusta al criterio sustentado actualmente por el TS para considerar que prima la realidad material sobre los elementos formales. En esa línea, la sentencia califica de laboral una prestación de servicios consistente en el mantenimiento de equipos informáticos que se había prolongado durante nueve años.

Sin embargo, la **STSJ de Extremadura de 4 de marzo de 2008**, I.L. J 663, recurre a un criterio que parecía superado para resolver esa cuestión. En concreto, tras la suscripción de un contrato laboral entre un trabajador y un Ayuntamiento, la corporación local publicó una resolución que contenía el nombramiento del actor como personal de confianza. La sentencia debe pronunciarse sobre el carácter laboral o administrativo de la relación, para lo que acude al criterio jurisprudencial, ya superado, de la voluntad de las partes. El Tribunal considera que suscrito un contrato formalmente calificado como laboral, y concurrentes otras circunstancias (elaboración de nóminas o expedición de certificados de empresas), el nombramiento como personal en régimen administrativo no resulta determinante.

Por otra parte, las diferencias entre transmisión de empresa y cesión ilegal de trabajadores también pueden tener su relevancia desde la perspectiva de las fuentes de derecho, en particular en relación con el valor y la eficacia del consentimiento del trabajador. Así se pone de manifiesto en la **STSJ de Valencia de 19 de febrero de 2008**, I.L. J 814, en relación con un acuerdo de cesión de una parte de la distribución de productos congelados entre dos empresas. Dicho acuerdo adoptó la forma de transmisión de empresas, por lo que se comunicó a determinados trabajadores que a partir de ese momento se producía una subrogación contractual. La sentencia considera que no tuvo lugar una transmisión

de elementos patrimoniales, sino la cesión de una parte de la distribución, de modo que sin el consentimiento del trabajador no cabe una subrogación empresarial.

Por cierto, en estas situaciones, así como en las contrata y subcontratas de propia actividad, puede generarse responsabilidad solidaria para los distintos empresarios por las deudas salariales y de Seguridad Social derivadas de la prestación de servicios. La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 24 de abril de 2008**, I.L. J 761, se ocupa de dilucidar si los responsables solidarios deben hacer frente a la totalidad de la deuda reconocida por el responsable principal, aunque dicha deuda supere la prevista legalmente. La sentencia no niega el derecho del trabajador a ver íntegramente satisfecho su crédito, pero estima que los responsables solidarios únicamente responden hasta el límite legalmente fijado, y no por el exceso que pueda haberse pactado entre el empresario deudor principal y el trabajador.

Finalmente, y como se sabe, las dificultades económicas conducen en muchas ocasiones a la situación de concurso, regulada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, y cuyos perfiles, en relación con las posibilidades de actuación de los representantes de los trabajadores, todavía no se encuentran completamente dibujados. La **STSJ de Valencia de 12 de febrero de 2008**, I.L. J 813, debe pronunciarse sobre la validez del acuerdo entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores por el que se procedía a extinciones contractuales compensadas con indemnizaciones más altas de las legalmente fijadas. La sentencia considera que, en virtud de la expresa voluntad legal, tales acuerdos se presumen válidos y sólo pueden ser anulados en situaciones excepcionales, por concurrir dolo, fraude, coacción o abuso de derecho. En esa coyuntura, el mero hecho de que el exceso de indemnización pudiera perjudicar a otros trabajadores, porque es más probable que en tal caso se produzca o se agrave la insuficiencia de bienes, no invalida el acuerdo.

5. LA FUNCIÓN REGULADORA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

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

Como es sabido, la expresión de una voluntad clara y tajante en el documento es el criterio principal para atribuir valor liberatorio al finiquito, aunque los tribunales mantienen que es nula una renuncia genérica a cualquier tipo de acción procesal futura sobre derechos ajenos a la liquidación [STS de 28 de abril de 2004 (recurso de casación, u.d., 4247/2002)]. En ese marco, la **STSJ de Extremadura de 17 de enero de 2008**, I.L. J 684, se pronunció sobre una demanda de despido planteada por una trabajadora que firmó el finiquito —en el que constaba la extinción del contrato por fin de obra— a los siete días de haber comenzado una situación de IT. La sentencia rechaza la pretensión de la traba-

I. Fuentes del Derecho

jadora considerando suficientemente clara y manifiesta la voluntad extintiva, y no entra a conocer si el contrato temporal contaba o no con causa, o si había tenido lugar el fin de obra, pese a reconocer que de ser así la actuación de la empresa podría ser considerada un despido.

También sobre el valor liberatorio del finiquito se pronuncia la **STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de enero de 2008**, I.L. J 790. El trabajador había firmado el finiquito, considerado válido, pero dieciocho meses después, y en virtud de una sentencia judicial que resolvía un conflicto colectivo, se declaró discriminatoria la diferencia salarial establecida en el convenio entre dos categorías, con lo que se generaba un crédito a favor del trabajador (ex trabajador). La sentencia considera, siguiendo la doctrina jurisprudencial asentada, que el finiquito carece de efecto liberatorio respecto de deudas desconocidas en el momento de su firma y, por tanto, estima la demanda del trabajador. Asimismo, la **STS de 11 de junio de 2008**, I.L. J 940, también advierte que el finiquito carece de efectos liberatorios respecto de conceptos salariales que no constan en él, como podría ocurrir con las horas extraordinarias, que serían susceptibles de reclamación cuando en dicho finiquito las deudas derivadas de ese tiempo de trabajo no figurasen explícitamente como satisfechas; es un indicio de que el finiquito no las ha compensado el hecho de que la cantidad reclamada sea muy superior a la que se refleja en dicho documento.

No cabe, desde luego, el “arrepentimiento”, por lo que una crisis de ansiedad subsiguiente a la firma del finiquito, o la genérica alegación de error sobre el alcance concreto del documento no priva de efectos a éste, ni es óbice para la extinción de la relación laboral, como confirma la **STSJ de Asturias de 19 de marzo de 2008**, I.L. J 742.

Al margen del finiquito, es claro que los acuerdos entre empresario y trabajador deben estimarse plenamente válidos y eficaces si no vulneran una norma jurídica, como recuerda la **STS de 4 de junio 2008**, I.L. J 618. En el marco de una subrogación empresarial se pactó que las trabajadoras afectadas se regirían a partir de ese momento por el convenio colectivo de la empresa cesionaria, respetándose las mejoras salariales que disfrutaban en la empresa cedente. Un año después se suscribió un nuevo convenio colectivo en la empresa cesionaria, a la que ya pertenecían las trabajadoras afectadas, que fueron encuadradas en un grupo profesional donde no existían las categorías que hasta entonces venían desempeñando, lo que suponía su encuadramiento en otra categoría. Las trabajadoras solicitaron que les fuera mantenida su clasificación profesional previa, basándose en el convenio colectivo que anteriormente les era de aplicación y en la ordenanza laboral. El TS rechaza tal pretensión, pues, por un lado, no cabe el espiguo, y, por otro, no conteniéndose ninguna remisión a la ordenanza tampoco cabe su aplicación. A la postre, en el acuerdo de subrogación no se preveía el mantenimiento de la categoría profesional, y, por ello, una vez que comenzaron a regirse por el nuevo convenio, éste se aplica en su integridad.

También conviene destacar la **STS de 9 de junio de 2008**, I.L. J 1077. El trabajador prestaba servicios como vigilante de seguridad de un banco en el momento en el que la Ley 23/1992 exigió que tales servicios de seguridad fueran gestionados por empresas dedicadas a ese fin. El banco, por consiguiente, procedió a la oportuna contrata con una empresa de ese sector, pasando el trabajador a formar parte de la plantilla de la empresa de seguridad. El banco y el trabajador llegaron a un acuerdo por el que el banco se

comprometía a contratar directamente al trabajador si era despedido por la empresa de seguridad en virtud de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Además de esta situación de “excedencia especial”, también se preveía que, en caso de imposibilidad de reincorporación, el trabajador tendría derecho a que la indemnización legal por despido improcedente tomara en consideración, a efectos de antigüedad, el tiempo de prestación de servicios para el banco. Cierta tiempo después el trabajador fue despedido improcedentemente por la empresa de seguridad –la decisión empresarial obedecía a su prolongada baja médica–, y por ello solicitó la readmisión en el banco. La sentencia considera aplicable el pacto, que interpreta literalmente porque lo entiende suficientemente claro, y deniega la pretensión de readmisión del actor porque las causas de la extinción contractual no fueron económicas, técnicas, organizativas o de producción en sentido estricto.

No son muy frecuentes los litigios relativos al precontrato de trabajo, aunque en alguna ocasión todavía merecen algún pronunciamiento de los tribunales, como demuestra la **STSJ de Galicia de 14 de julio de 2008**, I.L. J 846. El conflicto no versa sobre la existencia del precontrato o sobre su diferencia con el contrato de trabajo, sino que el propósito es determinar cuál es el plazo de prescripción de la acción dirigida a exigir su cumplimiento, pues el artículo 59.1 ET reduce el plazo a un año, mientras que el artículo 1964 del Código Civil, si se estima aplicable, permitiría accionar durante quince años. La sentencia se decanta por la primera opción, estimando que el precepto estatutario debe ser interpretado con un “mínimo de flexibilidad y de sentido racional”, de modo que incluya las “acciones relativas o que guardan alguna conexión con el contrato de trabajo”.

6. ALCANCE Y LÍMITES DEL PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL

Además de las fuentes de derecho clásicas, y de las fuentes de obligaciones que también tienen un importante rol, el alcance del poder de dirección resulta determinante en la delimitación de los derechos y obligaciones del trabajador, ya que la intensificación de las facultades empresariales disminuye el margen de actuación del trabajador, y pese al *ius resistendae* que le asiste frente a órdenes manifiestamente irregulares o injustas, no siempre es fácil determinar si el empresario está legitimado para dar una determinada orden, o para especificar los comportamientos y actitudes tolerables en la empresa a través de instrumentos que pueden no ser normas jurídicas, pero que cuentan, en cierta medida, con vocación normativa, como los denominados Reglamentos de Régimen Interior.

La **STS de 11 de junio de 2008**, I.L. J 654, resulta suficientemente ilustrativa a estos efectos, pues los sindicatos demandantes se dirigen contra la llamada “norma y criterios sobre jornada y permisos convencionales” mediante la que AENA pretendía establecer las condiciones sobre tiempo de trabajo. El TS, con anterioridad a abordar la compatibilidad de ese documento con el convenio colectivo, valora su validez y eficacia, reiterando que el empresario carece de un poder normativo en sentido estricto, pues no hay que con-

I. Fuentes del Derecho

fundir la capacidad normativa con el poder de dirección empresarial. En consecuencia, el empresario no puede dictar normas, ni reglamentos de régimen interior, pero ello no le impide emitir criterios, instrucciones u órdenes por escrito. No obstante, tales instrucciones o circulares tienen un carácter meramente interno, no forman parte del sistema de fuentes, no pueden contradecir las auténticas normas jurídicas, y desde luego no vinculan a los tribunales.

En ocasiones, no obstante, los conflictos sobre esta clase de instrumentos deben ser resueltos en clave histórica, como demuestran las **SSTS de 10, 24 y 30 de junio de 2008**, I.L. J 647, 652 y 646. En ellas se plantea la cuestión de si debe computarse a efectos de antigüedad en RENFE el tiempo denominado de “preparación colegiada” —una especie de beca o período preparatorio— por el que determinados empleados pasaron antes de acceder, precisamente, a la condición de trabajadores. La convocatoria de las plazas establecía que ese período no computaba como antigüedad, pero el Reglamento de Régimen Interior vigente en el momento en el que los trabajadores desempeñaron esas tareas formativas (década de los 60) consideraba a tales trabajadores como aprendices en período de prueba. El TS aplica el Reglamento de Régimen Interior, de forma que, recurriendo a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, estima la pretensión de los demandantes y obliga a computar como antigüedad ese período de preparación colegiada.

En otras ocasiones la pretensión empresarial puede resultar de dudosa legalidad, o incluso contraria a los derechos fundamentales de los trabajadores, pero compatible con la regulación del convenio colectivo, y por ello se admite su licitud, como sucede en la **STSJ de Aragón de 27 de febrero de 2008**, I.L. J 657. Una empresa dedicada a la fabricación de productos alimenticios impuso a los trabajadores, basándose en el convenio colectivo de aplicación, la obligación de someterse a exámenes médicos para garantizar la seguridad del producto y evitar la transmisión de enfermedades infecciosas. El reconocimiento médico se calificaba como obligatorio para todos los trabajadores que se encontrasen en contacto con alimentos. La sentencia considera que tal reconocimiento podía enmarcarse en el convenio colectivo pese a su carácter obligatorio, y desestima la pretensión sindical. La sentencia no valora si tales reconocimientos —que no derivan de las obligaciones relativas a la prevención de riesgos laborales— son admisibles desde una perspectiva legal y, fundamentalmente, constitucional.

7. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

La alegación de existencia de una condición más beneficiosa en sede judicial es muy habitual, y por ello los tribunales han debido pronunciarse en numerosas ocasiones sobre los requisitos para su nacimiento y subsistencia cuando el empresario decide voluntariamente suprimir la ventaja. Ésa es la situación que debe resolver la **STSJ del País Vasco de 15 de abril de 2008**, I.L. J 861, en relación con la obligación de recuperar el tiempo de trabajo perdido por acudir a consultas médicas. Durante años la empresa había considerado ese tiempo de trabajo como no recuperable y abonaba íntegramente el salario, sin descuento alguno, hasta que en un determinado momento exigió la recuperación de las horas. La

sentencia considera que hay una voluntad clara, terminante, probada y prolongada en el tiempo, de modo que surgió una condición más beneficiosa que no puede ser suprimida unilateralmente.

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO

II. TRABAJADOR

Sumario*

1. Presupuestos configuradores de la relación de trabajo. A) Presupuestos sustantivos. a) Actividad voluntaria. b) Actividad retribuida. c) Actividad dependiente. d) Actividad por cuenta ajena. B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones. **2. Supuestos incluidos.** A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de grupo. C) Relaciones laborales de carácter especial. a) Alta dirección. b) Servicio del hogar familiar. c) Penados en instituciones penitenciarias. d) Deportistas profesionales. e) Artistas en espectáculos públicos. f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo. g) Minusválidos. h) Estibadores portuarios. D) Otros. **3. Supuestos excluidos.** A) Relaciones funcionariales y estatutarias. B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales. D) Trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo. G) Trabajos de colaboración social. **4. Zonas grises.** A) Transportistas. B) Personal contratado en Administraciones Públicas. C) Autónomos. D) Profesiones liberales. E) Socios empleados. F) Arrendatarios y aparceros. G) Toreros. H) Religiosos. I) Trabajadores extranjeros. J) Otros. **5. Noción de trabajador en el sistema de Seguridad Social.** A) Trabajador por cuenta ajena. a) Familiares. b) Extranjeros. B) Inclusiones por asimilación. a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas. b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares. c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado. d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local. e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesiásticas. f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales. g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones. a) Servicios amistosos, benévolo o de buena vecindad. b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social. **6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

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

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

STSJ de Extremadura de 8 de abril de 2007 (recurso de suplicación 63/2008), I.L. J 584.

1. El actor fue dado de alta en la Seguridad Social por la empresa demandada el 25 de junio de 2007 para trabajar como socorrista, si bien, no llegó a iniciar su trabajo al haber sufrido un accidente de circulación cuando se dirigía a éste. La asesoría laboral de la empresa tenía confeccionado el correspondiente contrato, con fecha del mismo día 25, contrato que por dicho motivo no fue firmado por ninguna de las partes. El actor fue dado de baja por la empresa el día 27. El aludido contrato preveía una duración hasta el cierre de las instalaciones deportivas, el 1 de mayo de 2009.

2. A tenor del relato fáctico, la asesoría laboral de la empresa tenía elaborado el borrador de contrato con fecha del día 25 de junio 2007 a fin de que el demandante prestara sus servicios como socorrista, dándosele ese mismo día de alta en la Seguridad Social. El demandante no llegó a iniciar su trabajo ni a firmar el contrato al sufrir un accidente de circulación cuando se dirigía a éste; dos días después la empresa cursó la baja en la SS. De ello deriva que la empresa se aprestó a elaborar el proyecto de contrato y a dar de alta en la Seguridad Social el mismo día 25 de junio, lo que es razonable dado lo avanzado de la fecha y la necesidad de contar con los servicios de socorristas, pero nunca llegó a existir contrato de trabajo y, desde luego, no por falta de voluntad de la empresa. Hubo una inequívoca actividad de ésta tendente a que existiera relación laboral a partir del día 25 de junio, pero se frustró a causa del accidente de tráfico sufrido por el trabajador con anterioridad a la firma e inicio de la prestación laboral. Con cita de la STS de 30 de marzo de 1995, se expresa que para que el despido pueda producirse es de todo punto necesario que opere sobre una relación de trabajo existente hasta ese momento, es decir, que la decisión extintiva en que éste consiste rompa y ponga fin a un vínculo laboral que era real y efectivo hasta ese momento. Así, el artículo 49.11 del Estatuto de los Trabajadores tipifica al despido como uno de los supuestos de extinción del contrato de trabajo. Si no existe relación laboral, tampoco puede existir despido. Podrá hablarse en tales casos de incumplimiento por el empresario de un precontrato, de una promesa de contrato o de pactos previos con análoga finalidad, o incluso de incumplimiento de un contrato de trabajo cuya prestación de servicios no se ha hecho efectiva en ningún momento ni ha llegado a tener virtualidad, tales incumplimientos pueden servir de base a las pertinentes reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios; pero ni en tales casos existe despido alguno, ni estos incumplimientos pueden justificar la interposición de una acción de despido.

3. Esta decisión es algo formalista, dado que toma en cuenta, tan sólo que no se había suscrito el contrato de trabajo por ambas partes. Pero se ha de tomar en consideración que dicho contrato estaba confeccionado por la empleadora y ésta había dado de alta al demandante como trabajador en la Seguridad Social, en la fecha en que se iba a iniciar la

prestación de los servicios, dándole de baja dos días después. Se añade que el contrato de trabajo no llegó a existir “no por falta de voluntad de la empresa”.

c) Actividad dependiente

STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2008 (recurso de suplicación 7788/2007), I.L. J 682.

1. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña resuelve un recurso de suplicación presentado por la Sociedad Anónima Bytemaster Servicios Informáticos frente a una sentencia del Juzgado de lo Social, que estimaba la demanda interpuesta por doña M^a Inmaculada y declaraba la nulidad de su despido. A la hora de enumerar los hechos probados en los que basar su resolución, la Sala distingue, de un lado, el contenido del contrato mercantil por el que se formalizaba la relación de prestación de servicios entre ambas partes y, de otro, los hechos derivados de la práctica de la prueba, en gran medida divergentes con dicho contenido. Entre las cláusulas del contrato mercantil firmado constaba que la demandante podría organizar el tiempo que dedicaría a la actividad de desarrollar los proyectos pactados, pudiendo recurrir a empresas u otras personas para la implantación de esa actividad. Además, la remuneración se pacta globalmente, con la posibilidad de obtener primas, y con el deber de abonarse mensualmente, excepto el mes de agosto, y previa presentación de facturas con la aplicación del IVA correspondiente. En cambio, de la prueba practicada resulta que la actora disponía de una mesa y un ordenador en la empresa, así como de tarjetas de visita con el nombre de ella; habitualmente acudía todos los días y participaba de los eventos organizados por aquélla. Igualmente, queda demostrado que los períodos en los que disfrutaba de vacaciones también emitía factura con el abono correspondiente.

2. Conforme a los hechos enumerados la Sala entra a valorar los motivos en los que se apoya el recurso de suplicación planteado. Este examen se centra en dos cuestiones fundamentales: la primera, la existencia o no de relación laboral entre las partes; la segunda, la presencia de causa suficiente para declarar la nulidad del despido, conclusión alcanzada por la resolución judicial recurrida. Respecto a la primera, se reivindica el principio antinominalista vigente en el ámbito laboral, conforme al cual resulta irrelevante la calificación que las partes otorgan a un contrato, quedando determinada su verdadera naturaleza jurídica por la concurrencia de los presupuestos de laboralidad a los que se refiere el artículo 1.1 ET. En este caso, la Sala concluye que concurren todos y cada uno de esos presupuestos y desestima el primer motivo planteado por el recurrente. En cuanto a la confirmación o no de la nulidad del despido declarada por el juez de lo social, la Sala entra en un interesantísimo análisis de la garantía de indemnidad y las circunstancias que deben darse para que tal garantía se entienda infringida y, como resultado, genere la nulidad de la extinción practicada por la empresa. En esta ocasión, y conforme a los argumentos de la Sala, no se dan las circunstancias necesarias para entender que ha habido una infracción de este derecho, estimándose este segundo motivo de la recurrente y, por tanto, la no adecuada calificación del despido como nulo.

3. Como se ha señalado, dos son las cuestiones centrales abordadas por el TSJ. No obstante, corresponde aquí incidir en la primera de ellas, dejando de lado el interesante debate en

torno a la infracción de la garantía de indemnidad a la que se refiere la sentencia comentada. En efecto, el presupuesto de este segundo motivo es la declaración de la existencia de una relación laboral entre la demandante y la recurrente. La duda recae sobre la concurrencia del presupuesto de dependencia, ya que, de una parte, el contrato firmado revela una autonomía de gestión característica de la relación e incluso la propia sentencia de instancia reconoce la ausencia de subordinación o jerarquía. Sin embargo, sí que resulta de los hechos probados otra serie de indicios, fundamentalmente, la asistencia habitual y diaria a la sede de la empresa; las reuniones mantenidas para dar instrucciones a los comerciales pertenecientes a su plantilla o el cobro de facturas durante las vacaciones que, a mi modo de ver, sí muestran una dependencia. Se trata de una dependencia cuyo contenido se adapta a nuevas actividades profesionales como las que ejerce la hoy demandante: la gestión de proyectos informáticos.

STS de 22 de julio de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3334/2007), I.L. J 1048.

1. Dos profesores de informática estaban dados de alta fiscal y en el RETA y emitían facturas por los cursos impartidos sobre diversas materias en la empresa. Sólo uno de ellos tenía contrato y en éste se hacía constar que era de “prestación de servicios”. En ambos casos los cursos eran ofertados por la empresa quien también se encargaba de darles publicidad, de concertar los contratos con los alumnos, cobrándoles, de organizar los grupos, fijar los horarios del curso y de ofrecer las instalaciones necesarias para impartirlos. Los profesores elaboraban, sin intervención de la empresa, los apuntes que proporcionaban a los alumnos, evaluaban sus conocimientos y determinaban el horario con los alumnos cuando el curso era individual. Por su actividad percibían 8 euros la hora en cursos unipersonales y 12 en las clases colectivas.

2. La Inspección de Trabajo giró visita a la empresa levantando acta de inspección y liquidación por falta de cotización al Régimen General de la Seguridad Social por entender que se trataba de trabajadores por cuenta ajena. Instado procedimiento de oficio la Sentencia de instancia desestima la demanda declarando la inexistencia de relación laboral entre los profesores y la empresa.

Interpuesto recurso de suplicación por la Inspección de Trabajo, el TSJ revoca la sentencia de instancia y declara la existencia de relación laboral por concurrir los presupuestos establecidos en el artículo 1.1 ET y no quedar desvirtuados ni por el hecho de que fueran los profesores quienes fijaran los horarios cuando la clase era individual, al tratarse de un mero instrumento de flexibilidad al servicio del alumno, ni porque los profesores elaboraran los apuntes por formar ello parte del contenido propio de la libertad de cátedra.

La empresa demandada recurrió en casación para la unificación de doctrina por considerar que la doctrina de suplicación era contraria a la mantenida por la STSJ de Valencia de 2 de febrero de 2005 en un caso donde, también a raíz de la intervención de la Inspección, se declaró que quienes impartían cursos en la empresa (dedicada a enseñanza no reglada), limitándose a organizar los cursos, seleccionando el material didáctico, dando las cla-

II. Trabajador

ses y evaluando a los alumnos de acuerdo con sus criterios profesionales, percibiendo sus retribuciones mediante facturas en las que se hacía constar el nombre del curso impartido, el número de horas y el precio de la hora colectiva, mantenían una relación de prestación de servicios no laboral, por no apreciarse que estaban dentro del ámbito organizativo y de dirección de otra persona aunque utilizaran de vez en cuando la fotocopiadora o elementos de la empresa.

La STS 22 de julio de 2008 comprueba la existencia de contradicción y declara que la doctrina correcta es la de la Sentencia recurrida. El TS aprecia la existencia de relación laboral porque junto con las notas genéricas de voluntariedad y retribución que también caracterizan al arrendamiento de servicios, concurren la dependencia (sometimiento a lugar, a horario y programación empresarial de su actividad, como indicios más característicos) y la ajenidad (intervención directa del empresario en el mercado y no del trabajador, fijando los precios, seleccionando la clientela, retribución fija...). En concreto, considera que ello se extrae del hecho de que fuera la empresa quien ofertaba los cursos al público, organizaba los grupos de alumnos, fijaba horarios, y cobraba los importes, de modo que la actividad se llevaba a cabo por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, percibiendo además una cantidad fija por hora (8 euros o 12 euros). Y considera que a tal conclusión no obsta el hecho de que los profesores no estuvieran sometidos a la empresa en el desarrollo de los cursos por cuanto ello entra dentro de la libertad de cátedra.

3. La conclusión es, así pues, y una vez más, la de que la presunción de laboralidad, unida a la existencia de indicios de ajenidad y dependencia, aboca a considerar como laboral todo supuesto de prestación personal relativa a la enseñanza cuando ésta se lleva a cabo en el seno de una organización empresarial y no son los propios profesores los que autónomamente elaboran, ofrecen y venden los cursos directamente en el mercado asumiendo el riesgo de la actividad. En definitiva, de la sentencia se extrae una consecuencia importante: la “organización interna” de cursos por parte de profesores que desarrollan su actividad en el marco de una “organización externa” de éstos, provoca que la relación sea laboral.

Por otro lado, en el caso examinado consta que uno de los profesores emitió 10 facturas (lo que parece corresponderse a 10 clases aunque ello no se precisa en los hechos probados) y otro 23 facturas, en el período de un año y medio. Podría llamar la atención que este dato cuantitativo no se tuviera en cuenta al menos respecto al primer supuesto como elemento indiciario de la falta de habitualidad. Pero la consideración como trabajo a tiempo parcial de toda prestación laboral con jornada inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable, impide que la cuantía determine la naturaleza de la prestación, limitando su impacto al de la tipología contractual, como es sabido.

d) Actividad por cuenta ajena

STSJ de Madrid de 10 de marzo de 2008 (recurso de suplicación 5700/2007), I.L. J 704.

1. Las partes concertaron en fecha de 1 de octubre de 1994, un contrato de arrendamiento de servicios con el Consejo de Colegios, en virtud del cual se comprometió a prestar su

asesoramiento en todas aquellas materias de índole jurídica que la Junta de Gobierno de dicho Consejo le requiriera y precisase, así como a asistir a cuantas reuniones de la Junta le fuera solicitado, y a otras en que fuera necesario su asesoramiento. Igualmente se comprometió a asistir al Consejo asumiendo la representación letrada de éste ante cualquier jurisdicción, así como ante los organismos públicos o de la Administración en defensa de los intereses legales del citado consejo, tanto promoviendo actuaciones judiciales o prejudiciales en su nombre, como su defensa frente a actuaciones de terceros. Por dicho arrendamiento, indefinido, que ambas partes se reservaban dar por resuelto en cualquier momento mediante un preaviso escrito de un mes de antelación a la fecha considerada para su término, se pactó un abono mensual de 75.000 pesetas, más el IVA correspondiente, estableciéndose que dicha cantidad sería revisada anualmente, aumentándose en la cuantía que ambas partes acordaran en cada momento.

El 2 de febrero de 2004 se establece la obligatoriedad de la presencia de la profesional contratada en la sede del Consejo los martes y jueves en horario de 16 a 19 horas. No implica la dedicación exclusiva de la profesional para el Consejo General, lo que conlleva que podrá ausentarse de la sede del Consejo en las horas y días establecidos; si bien, dichas ausencias, deberá notificarlas a la Gerencia del Consejo con la suficiente antelación y serán objeto de recuperación horaria o de jornadas por ausencias efectuadas. Durante el mes de agosto, en que la profesional permanecerá de vacaciones retribuidas, no se requiere presencia en la sede del Consejo, si bien estará a su disposición, siempre que surjan cuestiones o incidencias de carácter urgente y de especial relevancia que requieran su asesoramiento inmediato. Para el desarrollo de su trabajo la profesional hará uso de los medios materiales propiedad del Consejo que requiera y precise para él, dotándole éste de medios telemáticos, ordenador, internet, teléfono, biblioteca, base documental y archivos que se encuentran en la sede del Consejo General, en definitiva, de puesto de trabajo donde se desarrollará el trabajo contratado. La profesional podrá solicitar la colaboración de personal del Consejo siempre que sea necesario para el desarrollo de su puesto de trabajo y éste vendrá obligado a facilitársela. La profesional emitirá informes jurídicos, a solicitud del Consejo General, de los Colegios Oficiales y los Autonómicos, atendiendo telefónicamente y/o por escrito en la sede del Consejo las consultas que puedan plantear a la Asesoría Jurídica, bien a través de esa vía, por escrito o por correo electrónico al Consejo General. Igualmente atenderá las consultas y cuestiones de índole jurídica en materia profesional y colegial que se puedan plantear por los colegiados. Los informes que se le interesaban también los desarrollaba en su propio domicilio, remitiéndolos por fax, correo electrónico o llevándolos personalmente. Las horas de exceso sobre el horario marcado, así como la permanencia de la letrada en jornadas o días diferentes a los pactados a petición del Consejo General (Presidente, Junta de Gobierno o Gerencia), serán objeto de abono independiente a razón de 25 euros brutos/hora o compensados en descanso en igual proporción al tiempo de exceso trabajado.

Por la prestación de los servicios objeto de arrendamiento, la profesional percibirá la cantidad de 14.400 euros brutos anuales a razón de 1.200 euros brutos al mes, con revisión anual, por acuerdo. Dichos informes podían ser objeto de revisión por la Gerente del

II. Trabajador

Consejo a fin de contextualizarlos en cuanto a estructuras colegiales, estatutos, etc., dado que la actora no tenía por qué conocer cómo funcionaban los servicios generales.

A partir del 2 de febrero de 2004 empezaron a abonarse mensualidades a la actora de 1.200 euros, a través de las minutas de honorarios profesionales que presentaba, con deducción del 15% de IRPF y adición del 16% de IVA. Las horas de exceso sobre el horario marcado o en días diferentes a los pactados si eran compensadas en descanso, se fijaba el momento y día de común acuerdo por la actora y la Gerente del Consejo. Durante el año 2007 se abonaron a la actora 1.291,68 euros brutos mensuales en concepto de honorarios profesionales.

2. Por dependencia laboral hay que entender dependencia jurídica, obediencia a las órdenes que sobre el trabajo encomienda el empresario, y debe diferenciarse de cualquier otro tipo de vinculación ajena al ámbito del Derecho del Trabajo. Si bien toda relación laboral es dependiente, no toda relación dependiente es laboral. Relación laboral dependiente o subordinada no es equivalente a otros tipos de dependencia no jurídica, como la dependencia técnica, económica, familiar, societaria o ideológica. Es posible que las profesiones liberales, con ciertos condicionamientos derivados de exigencias técnicas y deontológicas, se desenvuelvan en régimen laboral de dependencia, aunque actuando en régimen de autonomía, en cuanto derivación de la mayor cualificación técnica a ellos exigibles. El concepto de dependencia, según el TS, es la integración en el círculo rector y disciplinario del empresario, concepto que en la legislación vigente se formula como servicios dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica (artículo 1.1 ET), y que la doctrina científica denomina nota o criterio de “dependencia”.

En el caso del arrendamiento de servicios, el profesional realiza su cometido con entera independencia, teniendo libertad para aceptar o rechazar los encargos, y normalmente cuenta con una organización propia, en ocasiones con trabajadores a su servicio, que le permite ofrecer sus servicios en el mercado con autonomía, percibe sus retribuciones en forma de honorarios, que fija valorando por sí mismo los servicios prestados. La ajениdad se puede entender como ajениdad en los frutos, en los medios, en los riesgos, en la utilidad patrimonial, y en el mercado. En la etapa que va entre 1 de octubre de 1994 a 2 de febrero de 2004, en el que la actora se vincula por un contrato de arrendamiento de servicios con el Consejo para prestar su asesoramiento en todas las materias de índole jurídica para que fuera requerida, sin sujeción a un horario, así como de representación letrada ante cualquier jurisdicción y organismos públicos y de la Administración, se pacta el abono de la cantidad de 75.000 pesetas mes a cargo del Consejo, más el porcentaje de IVA que corresponda, sin sujeción al poder de organización y dirección del demandado, ni sometimiento a ningún tipo de directrices, tal cual es de ver del folio 22 de autos. Por lo que se refiere al primer período, 1 de octubre de 1994 a 2 de febrero de 2004, la relación es la típica de un arrendamiento de servicios, inexistiendo indicios serios y precisos de laboralidad de dicha relación. En efecto, no hay sujeción a horarios, no existe sometimiento a directrices, órdenes o instrucciones de la empresa que quepa incardinar en su círculo rector, o de sometimiento al poder de organización y dirección patronal, no hay utilización de medios productivos de la demandada, y el hecho de que pudieran revisarse los informes emitidos por la empresa únicamente era a los efectos de contextualizarlos

en las estructuras colegiales, estatutos o servicios generales. El tiempo que comprende el período de 2 de febrero de 2004 al 6 de abril de 2007, y en virtud de adenda al contrato suscrito el 1 de octubre de 1994, se acuerda la presencia de la actora en la sede del Consejo los martes y jueves en horario de 16 a 19 horas, sin dedicación exclusiva, con vacaciones retribuidas en el mes de agosto, y caso de ausencia en esos días y horas debería notificarlo a la Gerencia del Consejo con la suficiente antelación, y serían objeto de recuperación. Se pacta que para el desarrollo de su trabajo, la demandante hará uso de los medios materiales propiedad del Consejo, dotándola de infraestructura telemática, ordenador, teléfono, biblioteca, base documental y archivos. Realizará su trabajo dentro del ámbito de organización y dirección de éste, es decir, del Consejo, atendiendo a cuantas consultas por vía telefónica o por escrito se le planteen, y emitiendo los informes técnico-jurídicos que se le requieran. Por la prestación de estos servicios el Consejo se obliga a pagar a la actora 1.200 euros brutos al mes.

En este caso se trata de una relación laboral, personal, voluntaria, dependiente y por cuenta ajena. Y es que, efectivamente, como tales indicios hay que entender la sujeción a horarios trabajando unos concretos días y en unas determinadas horas, la necesidad, en caso de no poder cumplirse los horarios marcados por la empresa, de pedir permiso al gerente y recuperar las horas de trabajo no realizadas, el uso de los medios materiales propiedad del Consejo, que precisara para su trabajo, entre ellos las herramientas informáticas. Importa señalar la relevancia que en nuestros días tiene el uso de medios telemáticos propiedad de la empresa, pues el sujeto o la entidad que reciba el correo tiene constancia, tan pronto recibe el mensaje, de la empresa u organización dentro de la cual se crea el programa informático que contiene el webmail utilizado habitualmente por un determinado sujeto. Se trata de una herramienta vital que permite la potencial comunicación constante entre empresa y trabajador, lo cual es de por sí un rasgo de dependencia laboral. Se añade el sometimiento al ámbito de organización y dirección del Consejo. Consecuentemente con cuanto antecede, el recurso de la empresa demandada se desestima, al existir un despido no justificado en una relación laboral que se inicia el 2 de febrero de 2004 y que queda extinguida el 6 de abril de 2007.

3. No se hace referencia en la sentencia al RD 1331/2006, de 17 de noviembre, si bien en éste se afirma que no están incluidos en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial que se regula en este Real Decreto: “b) Las colaboraciones profesionales que se concierten entre abogados cuando se mantenga la independencia de los respectivos despachos” (artículo 1). Procede destacar por lo que se refiere a contrato especial de abogados, que se incluye en el ejercicio del poder de dirección de los titulares de los despachos: A los titulares de los despachos de abogados, en el ejercicio de su poder de dirección, les corresponde: “La organización, planificación y dirección del trabajo de los abogados que trabajen para el despacho, y ello sin perjuicio de la participación que en tales cometidos se reconozca a los mismos, que se determinará, en su caso, en los convenios colectivos o en los acuerdos alcanzados entre los despachos y los representantes de los abogados” [artículo 6.a)]. Como se llega al mismo resultado que en la sentencia, basta con dejar constancia de ello.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

a) Alta dirección

STSJ de Madrid de 8 de septiembre de 2008 (recurso de suplicación 1313/2008), I.L. J 779.

1. El demandante ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa demandada A y E desde 1985, como Director de Patrimonio, con la categoría profesional de Titulado Superior. El mismo año pasó a formar parte del Consejo de Administración de la sociedad, como vocal, siendo el Consejero Delegado cuñado del demandante. Además, el demandante fue apoderado notarialmente para celebrar y suscribir toda clase de actos y contratos.

Años más tarde el Consejo de Administración invitó al demandante a jubilarse, acordando, al no aceptar aquél la propuesta, dispensarle de todas las demás responsabilidades que tenía asignadas y de aquellas que, bien por iniciativa propia o bien por delegación, haya realizado anteriormente, requiriéndole a entregar a otra persona toda la documentación en su poder, asociada a las funciones de las que era eximido y todos los medios materiales puestos a su disposición para la realización de su cometido. Se acuerda asimismo cesar al demandante como administrador de la sociedad en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 131 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, cursando su baja en el régimen general de la Seguridad Social.

El actor hizo constar su renuncia al cargo de Vocal del Consejo de Administración mediante declaración ante Notario y con la misma fecha reclamó por despido, que fue declarado improcedente por el Juzgado de instancia. Recurrida en suplicación la sentencia, la Sala desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida pese a la declaración de su competencia objetiva.

2. La Sala hace un recordatorio de una serie de sentencias recaídas en casos similares al de autos, en cuanto a los poderes otorgados al actor. El largo razonamiento de la Sala es el siguiente: “Un sector de la doctrina ha sostenido que la exclusión a la que se refiere el artículo 1.3.c) del ET afecta únicamente a quienes desempeñan funciones formales de representación y gestión, pero no a quienes cuentan con una delegación general de facultades con suficiente intensidad y contenido para que sus funciones puedan identificarse con las propias de un alto directivo. Esta posición es la que parece deducirse de algunos pronunciamientos del TS en Sentencias como las de 25 de octubre de 1990, 13 de mayo de 1991, 24 de octubre de 2000 y 26 de febrero de 2003. La Sentencia de 26 de febrero de 2003 de la Sala de lo Social del TS afirma lo siguiente: (...) ‘el problema surge cuando nos preguntamos si este papel de alto cargo podrá ser asumido por quien ya es, o lo es desde entonces, consejero de la sociedad. La respuesta no ha sido única. Por el contrario, se enfrentan dos concepciones: a) la dualista o permisiva: es posible desempeñar ese doble papel; con lo que el consejero, en cuanto alto cargo, prestará unos servicios de entera dedicación, y será adecuadamente retribuido, todo mediante pacto. b) la monista o restrictiva: es imposible la dualidad recién descrita desde el momento en que el papel y

las funciones de un administrador absorben, *per se*, aquellas que se intenta asignar a título jurídico diferente, como es el propio del alto cargo’.

La jurisprudencia no ha dado una respuesta uniforme y mantenida. Si nos situamos en la esfera civil, recordaremos la STS (1ª) de 30 de diciembre de 1992 (caso Huarte; recurso 1196/1991); rechazó el pacto indemnizatorio establecido en un contrato con un administrador ejecutivo relativo al ejercicio de funciones de dirección general, argumentando que, al entrar aquéllas entre los cometidos inherentes al cargo de consejero, el citado contrato debía someterse a la normativa aplicable a los administradores; lo que en rigor se declara es la nulidad del pacto indemnizatorio establecido en una supuesta relación de alta dirección con un consejero delegado, alegando que dicho pacto infringiría la normativa en materia de retribución de los administradores (falta de constancia estatutaria) y el principio de libre revocación del cargo; para afirmar la existencia de tales anomalías, había que partir de una premisa previa, esto es, que los cometidos de alta dirección están integrados dentro de las obligaciones propias del cargo y que por tanto no podía hablarse de relación jurídica separada, sometida a un régimen normativo diferente a aquel que configura el estatuto jurídico del administrador. Pero en fecha más cercana, ha aparecido la STS (1ª) de 9 de mayo de 2001 (recurso 1058/1996); comienza por advertir que la sentencia anteriormente citada contemplaba en realidad otro tipo de caso; en el de ahora, por contra, ‘fue la propia mercantil demandada la que fijó la indemnización, a la que se adhirió el actor del pleito al firmar la propuesta’. A seguido se repara en que ‘las facultades y funciones que fueron atribuidas al actor por vía contractual rebasan las propias de los Administradores, al ser de alta dirección y gestión. Con independencia de su integración en el Consejo de Administración, los Consejeros Delegados actúan como verdaderos órganos de la sociedad y su relación con ésta es de carácter interno, si bien respecto al exterior los Consejeros-Delegados operan realizando los fines sociales, en posición que rebasa la de los Administradores, al llevar a cabo actuaciones que son propias de la alta función directiva encomendada’; desde la perspectiva competencial, la Sala partió, sin embargo, de que estaba ante un contrato de servicios sometido a la legislación civil-mercantil, que excluye a la laboral. Por tanto, entró en el fondo del asunto y decretó la eficacia de la cláusula indemnizatoria de mérito.

En el terreno social, podemos en rigor hablar de pronunciamientos de sentido diverso, y subrayar que entre ellos abundan los que se inclinan por la remisión del asunto al juez civil, tras el entendimiento de que los actos encomendados al supuesto alto cargo están ya atribuidos, *ex lege*, al propio administrador. Pero no estará de más recordar fallos en que se vertieron apreciaciones de signo opuesto; así: STS (4ª) de 25 de octubre de 1990 (recurso 311/1990) y 3 de mayo de 1991 (recurso 977/1990), entre otras. Y en fecha más reciente, la STS (4ª) de 24 de octubre de 2000 (recurso 292/1999). En esta última se introduce una reflexión del mayor interés: ‘ninguno de los hechos probados ha puesto de manifiesto que la actividad del trabajador se proyectara de forma autónoma e independiente y en forma tal que, falto de toda dependencia o sujeción, sus facultades alcanzaran al control individual de la sociedad; ni siquiera, se precisa, un solo acto del Consejo de administración, en el que el trabajador interviniera decisivamente en la marcha de la sociedad, de modo que el vínculo laboral fuera absorbido por el vínculo mercantil’.

II. Trabajador

En realidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en estos pronunciamientos, introduce importantes puntualizaciones en torno a dos aspectos sobresalientes del problema. 1) Uno, que viene a ser de carácter práctico, y roza la justicia material del caso: no es razonable dejar jurídicamente desamparado a quien, en rigor, ha quedado vinculado con la sociedad mediante un pacto específico, lo cual exige unas garantías mínimas manifestadas en una estabilidad aceptable y en una retribución adecuada; lo que se consigue estando a los términos de ese pacto, o si se quiere, a lo que ha sido uno de los principios tradicionales más arraigados del derecho español: la fidelidad a la palabra dada; siendo luego secundario que ese pacto se califique como generador de una relación de servicios civil-mercantiles, sometida a los jueces de lo civil, o una relación de alta dirección en sentido estricto, sometida a los jueces de lo social. 2) Otro, que viene a ser de carácter dogmático o conceptual: quien asume ese tipo de relación (de servicios, de trabajo por cuenta ajena), se está sometiendo contractualmente a unas limitaciones muy señaladas, que en manera alguna definen o delimitan la figura del administrador; en efecto, ese gestor por encargo tiene que sujetarse a las instrucciones que emanan de la sociedad, a través de su consejo de administración, sin que, en el mismo, su voz como consejero sea en modo alguno determinante en cuanto a esas instrucciones, por genéricas que éstas fueren; a la par que compromete su plena dedicación a gestionar la empresa; y hasta acepta estipulaciones de no competencia (*rectius*: compromisos de no gestionar otras entidades). Generándose, por este camino, una figura y un estatuto jurídico que en modo alguno puede confundirse con, o superponerse a, el de administrador societario.

En la Sentencia de 24 de octubre de 2000, el TS dijo que ‘en efecto, ninguno de los hechos probados ha puesto de manifiesto que la actividad del trabajador se proyectara de forma autónoma e independiente y en forma tal que, falto de toda dependencia o sujeción, sus facultades alcanzaran al control individual de la sociedad; ni siquiera, se precisa, un solo acto del Consejo de Administración, en el que el trabajador interviniera decisivamente en la marcha de la sociedad, de modo que el vínculo laboral fuera absorbido por el vínculo mercantil’.

Tras esta primera exposición, la sentencia entra en el caso sometido a enjuiciamiento afirmando ante todo que “el relato histórico-fáctico acredita la existencia de una prestación de servicios del demandante, primero con una sociedad mercantil y luego con aquella otra sociedad que se subroga en el contrato de trabajo que el recurrente tenía con la anterior. En esta última, que es la que le despide, el trabajador asume la cualidad de socio durante un período corto, de una participación minoritaria, y a la vez de vocal del Consejo de Administración, cargo último quizá más ‘formal’ que ‘real’ (STS de 14 de octubre de 1998), dado el silencio de hechos probados al respecto. En definitiva, no existen indicios de que el cargo en el Consejo de Administración haya ‘eclipsado’ (SSTS de 24 de octubre de 1988 y 18 de marzo de 1991) la posibilidad y realidad del trabajo dependiente desempeñado por el recurrente”. Sin embargo, para otro sector doctrinal tanto científico como jurisprudencial, que es el que parece haberse impuesto mayoritariamente, son inherentes al cargo de consejero todos los cometidos que se refieran a la administración social, incluidas, por tanto, las funciones directivas, del artículo 1.2 del RD 1382/1985. Exponente de esta línea es la Sentencia del TS de 3 de junio de 1991, con precedente en la de 29 de septiembre de 1988, según la que “(...) el artículo 1.3.c) del ET dispone que se

excluye del ámbito regulado por esa ley 'la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo'. Ahora bien, hay que tener en cuenta que las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son las actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, cualquiera que sea la forma que éstos revistan, bien se trate de Consejo de Administración, bien de Administrador único, bien de cualquier otra forma admitida por la ley; y así, en el ámbito de la sociedad anónima, los órganos de esta clase, que se comprendían en los artículos 71 a 83 de la Ley de 17 de julio de 1951 y actualmente se recogen en los artículos 123 a 143 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, tienen precisamente como función o misión esencial y característica, la realización de esas actividades, las cuales están residenciadas fundamentalmente en tales órganos, constituyendo su competencia particular y propia. Por ello es equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía. Por consiguiente, todas estas actuaciones comportan 'la realización de cometidos inherentes' a la condición de administradores de la sociedad, y encajan plenamente en el 'desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad', de ahí que se incardinan en el mencionado artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores.

Se trae a colación la referencia a las voces muy autorizadas que han manifestado que 'la sociedad anónima, como entidad jurídica dotada de personalidad, necesita valerse de órganos para el despliegue de su actividad interna y externa', y que estos 'órganos sociales son personas físicas o pluralidades de personas investidas por la ley de la función de manifestar la voluntad del ente o de ejecutar y cumplir esa voluntad desarrollando las actividades jurídicas necesarias para la consecución de los fines sociales', y, asimismo, que 'como cualquier otra persona jurídica la sociedad anónima necesita órganos para crear, emitir y ejecutar su voluntad, así como para concertar los actos o negocios de relación con terceros a través de los cuales realiza el objeto social para cuya constitución fue constituida'. Es claro, pues, que esas facultades rectoras, ejecutivas y gestoras corresponden a la propia compañía mercantil, pues son inherentes a su condición de persona jurídica, pero al no tratarse de una persona natural las tiene que llevar a cabo mediante los órganos sociales correspondientes, constituidos generalmente por personas físicas que forman parte íntegramente de la sociedad; de tal modo que la actuación de estos órganos, es decir, de las personas naturales que los componen es en definitiva la actuación de la propia sociedad. De ahí que esas personas o individuos que forman o integran los órganos sociales, están unidos a la compañía por medio de un vínculo de indudable naturaleza societaria mercantil, y no de carácter laboral.

II. Trabajador

Y, precisamente, en la sociedad anónima las funciones de dirección, ejecución, gestión y representación como, hemos apuntado en líneas anteriores, corresponden y pertenecen al órgano de administración de la misma, cualquiera que sea su forma. Así se ha hablado, refiriéndose al mismo, de ‘órgano de administración o poder ejecutivo encargado de ejecutar la voluntad social formada por la Junta General, de la gestión de la empresa (de la que es titular la sociedad), y de la representación de la sociedad frente a terceros’, y se ha precisado también que ‘la sociedad anónima, en su vida de relación interna y externa, necesita valerse de un órgano ejecutivo y representativo a la vez, que lleve a cabo la gestión cotidiana de la sociedad y la represente en sus relaciones jurídicas con terceros’, por lo que también se ha afirmado que ‘lo que caracteriza al órgano administrativo es el hecho de que en él se forman y se llevan a ejecución las decisiones encaminadas a la consecución de los fines sociales’. (...)

Así, la importante sentencia de esta Sala de 21 de enero de 1991, tras analizar los artículos 1.3.c) y 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, estima que ‘se aprecia la existencia de un punto de coincidencia en la delimitación de las actividades consideradas en los mismos, pues la alta dirección se concreta en el ejercicio de poderes correspondientes a la titularidad de la empresa y el desempeño de un cargo de miembro de los órganos de administración de la sociedad implica también la actuación de facultades de esta naturaleza’, y especifica a continuación que ‘en realidad, como destaca para las sociedades anónimas la Sentencia de 29 de septiembre de 1988, los cometidos inherentes a un miembro del órgano de administración social, son, en principio, todos los correspondientes a la administración y representación de la sociedad, como se advierte de un examen de los artículos 73 y 76 y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, vigente en el período a que se refieren las presentes actuaciones, por lo que ya se trate de un administrador único, de administradores solidarios o de miembros de un Consejo de Administración, la actividad de los administradores, en cuanto órganos sociales, queda excluida de la legislación laboral’; por todo lo cual concluye la sentencia reseñada que ‘cuando se ejercen funciones de esta clase la inclusión o exclusión del ámbito laboral no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquél consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que se actúan directamente o mediante delegación interna, dicha relación no será laboral’.

Tras esta larga exposición de la doctrina jurisprudencial, la Sala afirma que esa doctrina precisamente ha sido acogida por ella, y, de este modo, tiene dicho en la reciente Sentencia de 23 de julio de 2007, que “(...) partiendo de esta premisa, hay que recordar –y en ello se ha basado la sentencia de instancia– que la jurisprudencia ha reconocido la compatibilidad de una relación laboral común con la condición de socio en una empresa que adopta la forma de sociedad mercantil de capital, siempre que la participación no llegue al 50% del capital social (Sentencias del TS de 14 de junio de 1994, 19 de octubre de 1994, 14 de abril de 1997, 12 de marzo de 1998, 3 de abril de 2001). Asimismo se ha declarado que cabe la acumulación de la condición de miembro del órgano de administración de la sociedad, con una relación laboral común, no así con la especial de alta dirección, puesto que la jurisprudencia aludida ha declarado que las relaciones de administración social y

de alta dirección son incompatibles, prevaleciendo en tal caso la calificación mercantil de conformidad con una reiterada doctrina (Sentencias de 29 de septiembre de 1988, 21 de enero de 1991, 18 de marzo de 1991, 29 de abril de 1991, 3 de junio de 1991, 27 de enero de 1992, 22 de diciembre de 1994, 16 de junio de 1998 y 20 de noviembre de 2002); doctrina que no ha quedado afectada por la Sentencia de 26 de febrero de 2003, que es una resolución que no decide sobre esta cuestión, ni crea doctrina unificada, al desestimar el recurso por razones procesales (como precisa la Sentencia de 17 de julio de 2003).

De acuerdo con esta doctrina, hay que tener en cuenta que las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son las actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, cualquiera que sea la forma que éstos revistan, bien se trate de Consejo de Administración, bien de Administrador único, bien de cualquier otra forma admitida por la Ley; y así, en el ámbito de la sociedad anónima, los órganos de esta clase, que actualmente se recogen en los artículos 123 a 143 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989 tienen precisamente como función o misión esencial y característica la realización de esas actividades, las cuales están residenciadas fundamentalmente en tales órganos, constituyendo su competencia particular y propia. Por ello es equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía.

Por consiguiente, todas estas actuaciones comportan 'la realización de cometidos inherentes' a la condición de administradores de la sociedad, y encajan plenamente en el 'desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad', de ahí que se incardinan en el mencionado artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores. Por ello en este precepto tienen cabida tanto los consejeros 'pasivos' o meramente consultivos, como los que asumen la gestión efectiva de la sociedad, como administrador único o mediante delegación del propio órgano (consejero delegado, consejero miembro de comisión ejecutiva) pero también en el más infrecuente supuesto, como el de autos, de apoderamientos del órgano de administración a sus propios integrantes (supuesto admitido por la Sentencia de la Sala 1ª del TS de 19 de febrero de 1997, pues no hay norma imperativa que impida que el apoderado sea miembro del consejo de administración). En este caso no hay obstáculo legal a que las tareas ejecutivas y de gestión de la sociedad se encomienden a los consejeros por áreas o por grupos de materias, según los diversos apoderamientos conferidos.

En supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de Administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones sino la naturaleza del vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o

II. Trabajador

mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral. En consecuencia, no hay relación laboral en el desempeño de funciones de mero asesoramiento o consejo, ni tampoco en las ejecutivas –coincidentes con las que puede desempeñar un trabajador de alta dirección, pues no hay distinción posible en nuestro ordenamiento– que desarrollen los administradores de las sociedades de capital. Ello determina la incompetencia de la jurisdicción social (...)

Tras de lo cual, la Sala entra en el supuesto de hecho para argumentar que “el actor era socio minoritario de la empresa (6,90 del capital social) y miembro del Consejo de Administración, concertó un contrato de trabajo a tiempo completo que luego se transformó a tiempo parcial, como Director de Patrimonio con la categoría profesional de Titulado Superior, y aunque tenía los amplios poderes que refiere el hecho probado quinto, no parece que los mismos se refieran a los objetivos generales de la empresa, tal como exige el artículo 1 del Real Decreto 1382/1985, para ser considerada su relación como de alta dirección, sino inherentes a su condición de Director de Patrimonio, sin que conste, a mayor abundamiento, que se haya hecho uso de los mismos, en actos concretos de facultades de administración general de la sociedad o de disposición patrimonial. Si a esto se une que percibía un salario fijo mensual y que la empresa ejerció su poder de dirección dándole instrucciones de trabajo (hecho probado segundo) e incluso adoptando la decisión de apercibirle sobre sus deberes laborales, mal cabe concluir que su relación se limitara pura y simplemente al desempeño del cargo de consejero, antes bien, concluimos que su relación era dependiente y por cuenta ajena, concurriendo las notas distintivas de la relación laboral, por lo que el motivo ha de fracasar. En suma, es compatible el cargo societario simultáneamente con una relación laboral ordinaria o común”.

3. Como en la mayor parte de los supuestos, aparentemente complejos en términos de Derecho, que se suscitan en torno a la frontera de lo laboral y de lo extralaboral, la solución final viene siempre de los hechos, de lo que haya ocurrido, de las vicisitudes concurrentes, de cómo se haya desempeñado en realidad la actividad productiva. Esta sentencia, con su larguísima fundamentación, es un buen ejemplo de ello, pues en el conjunto de la resolución apenas si influye aquélla, aunque sirve para el conocimiento de la doctrina jurisprudencial, y ello por sí solo la justifica. Pero, a fin de cuentas, la declaración de competencia del orden social de lo que depende es de cuatro o cinco líneas, en las que se resume el relato fáctico sobre la actividad efectiva del demandante.

e) Artistas en espectáculos públicos

STSJ de Galicia de 9 de julio de 2008 (recurso de suplicación 5650/2004), I.L. J 847.

1. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia resuelve a través de esta sentencia un recurso de suplicación en el que se unifican los recursos presentados por los demandantes y por los codemandados ante la resolución del juzgado de lo social que desestimaba tanto las pretensiones de los primeros como las de los segundos. Conforme al relato de hechos probados los actores venían prestando servicios como bajista, trompe-

tista y cantante, respectivamente, en la orquesta Los Key, percibiendo una remuneración mensual fija. A finales de septiembre de 2003 los actores cesaron en su prestación de servicios, si bien se desconoce la causa de tal cese. Por su parte, los demandados se encargaban de gestionar, contratar, cobrar las actuaciones, formar un fondo y posteriormente pagar a los actores, a los que, en ocasiones, les adelantaban dinero. Igualmente, se encargaban del instrumental y eran los propietarios del escenario en que se actuaba. La acción ejercitada por los demandantes es la de reclamación de cantidad por los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2003, cuestión que sólo puede ser dilucidada previo examen de la existencia de relación laboral entre las partes atendiendo a las especialidades que en ella puedan concurrir. Resultado de ese examen es la desestimación de todos y cada uno de los motivos alegados por las partes.

2. En un complejo desarrollo argumental, la Sala de lo Social va analizando cada uno de los motivos de recurso planteados por las partes. Entre estos motivos, se solicita la revisión de los hechos probados sin que ninguno de los recurrentes adapte tal solicitud a las exigencias requeridas por la jurisprudencia, en este punto pacífica. Entre esos requisitos se encuentra la necesidad de señalar con precisión el hecho afirmado, negado u omitido que se considera equivocado; ofrecer un texto alternativo concreto; que se citen pormenorizadamente las pruebas en las que se fundamenta la solicitud de la revisión, etc. Además de éstas, se abordan otras cuestiones que justifican la solución desestimatoria de la sentencia. En primer lugar, se concluye la existencia de relaciones laborales que vinculan a los demandantes y demandados y que se subsumen en el artículo 1 del RD 1435/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial de los artistas en espectáculos públicos; en segundo término, que no ha quedado acreditado que el contrato verbal pactado por las partes fuese anual, ni tampoco que el cese en la prestación de sus servicios se debiera a un despido. Éste resulta ser el motivo por el cual no cabe la reclamación salarial incoada al amparo del artículo 30 ET. Al no haberse probado esos mismos hechos, ni siquiera que el salario se haya pactado anualmente, tampoco cabe solicitar la parte correspondiente a las vacaciones no disfrutadas de acuerdo con el artículo 38 ET. Otra cuestión de interés resuelta por la Sala es la planteada por uno de los codemandados, quien pretende desplazar su responsabilidad en el caso alegando la existencia de un grupo de trabajadores regulada por el artículo 10 ET. También este motivo es desestimado por el Tribunal, negando radicalmente la existencia de un contrato de este tipo y señalando que los codemandados eran los auténticos empresarios pues eran los propietarios del escenario y quienes gestionaban el instrumental.

3. En la sentencia reseñada aparecen conflictos característicos de una relación laboral tan “especial” como la de artistas. Entre sus peculiaridades está sin duda la de su temporalidad, lo que inevitablemente viene a condicionar el ejercicio de derechos laborales tan importantes como los planteados en el supuesto. En efecto, si en la solicitud de revisión de los hechos probados hubiera quedado acreditada la duración anual del contrato, hubiera sido factible la consideración de la reclamación de cantidad conforme al artículo 30 ET. Sin embargo, la inercia de los contratos verbales ha dificultado dicha prueba. Por otra parte, también es característica en la actividad de artistas la formalización de contratos de trabajo en grupo para coros y conjuntos, o grupos o números de teatro, circo, etc. Se trata

de un contrato regulado por el artículo 10 ET, que requiere que la obligación de trabajar la asuman colectivamente varios trabajadores en virtud de un solo contrato. De nuevo, la ausencia de una formalización escrita de esta relación impide tener una prueba clara de la existencia de este contrato, si bien se deriva claramente de los hechos probados que los codemandados eran los verdaderos empleadores y que no cabe extender la condición de empresarios a las comisiones de fiestas o cualquier otro sujeto que hubiera solicitado los servicios de estos últimos.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

A) Relaciones funcionariales y estatutarias

STSJ Extremadura de 4 de marzo de 2008 (recurso de suplicación 62/2008), I.L. J 663.

1. El actor trabajó para el Ayuntamiento demandado con un contrato temporal por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o excesos en trabajos de albañilería. Cuando finalizó el contrato, se acordó por el Pleno del Ayuntamiento en la aprobación del presupuesto general ordinario, la previsión de contratación del actor como personal eventual de gabinete. Por resolución del Alcalde se confirmó, posteriormente, el nombramiento del actor como personal eventual, para ocupar el puesto de trabajo de confianza y/o asesoramiento especial de oficial de obra. Al mismo día siguiente de la citada resolución se celebró contrato hasta el final de la legislatura para la realización de las tareas propias de categoría como oficial de obra, fijándose el salario diario. Cuando acabó la legislatura del gobierno local en cuestión, se le comunicó al actor la finalización de su contrato pero éste demandó al Ayuntamiento. El Juzgado de lo Social que conoció de la demanda, sin entrar en el fondo del asunto estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción. Dicha sentencia se recurrió en suplicación frente al Tribunal Superior de Justicia cuya sentencia es la que ahora se comenta.

2. En su sentencia, la Sala expresa el reconocimiento de que el actor, efectivamente, ostentaba nombramiento como personal eventual para ocupar un puesto de trabajo de confianza o asesoramiento especial de oficial de obra. Así pues, lo acordado por el Ayuntamiento era eso mismo, pero, según considera probado la Sala, aquello que fue acordado acabó siendo un contrato de naturaleza laboral de duración determinada en la modalidad de obra o servicio determinado para prestar servicios como oficial de obra. En este contrato se identificaba la obra o servicio como “tareas propias de categoría durante la legislatura actual” y se remitía a la regulación de dicho tipo contractual en la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el contrato, haciendo constar que no existía pactado convenio colectivo. En consecuencia, frente a lo que el Pleno del Ayuntamiento acordó, lo cierto es que las partes formalizaron un contrato laboral quedando confirmada la naturaleza laboral de la relación, además, por los actos posteriores efectuados en el devenir del contrato o en su ejecución. Todo ello no permite considerar, a juicio del Tribunal, que exista un nombramiento administrativo para cargo de confianza por mucho que sus retribuciones se hayan satisfecho con cargo a la dotación presupuestaria para ello prevista porque el

consentimiento que las partes finalmente otorgaron lo fue para un contrato de trabajo de naturaleza temporal. En virtud de lo argumentado, la Sala considera competente por razón de la materia a la jurisdicción social y en consecuencia anula la sentencia recurrida para que el juzgador de instancia con libertad de criterio entre a conocer sobre el fondo de la pretensión del demandante.

3. Es interesante este supuesto ya que afecta a variados aspectos. Por un lado, se presenta la cuestión de la discordancia entre lo que fue acordado por el órgano facultado para ello, en este caso el Pleno del Ayuntamiento que en uso de sus facultades atribuidas legalmente efectúa un nombramiento administrativo para cargo de confianza, y la realización posterior consentida por las partes de un contrato de trabajo de carácter temporal y sometido a la legislación laboral. Por otro lado, llama la atención del supuesto la singularidad de las funciones de confianza que en principio se le iban a atribuir al ahora demandante, toda vez que esas funciones de confianza o asesoramiento especial, como miembro del gabinete, por ejemplo, de un órgano administrativo suelen revestir perfiles diferentes de los expuestos en el presente caso.

El personal eventual al servicio de las administraciones públicas se ha situado en el punto de intersección de dos importantes vectores del empleo público: el mérito y la confianza política. Las peculiares características de estos empleados que se incorporan al empleo público mediante un sistema de ingreso diferente del ordinario en este ámbito y para ejercer funciones calificadas de “confianza”, explican que se trate de una categoría de profesionales que frecuentemente ha estado rodeada de polémica. Esto es evidente, sobre todo en referencia a la figura del personal eventual en las Corporaciones Locales, ámbito en el que ha sido usual el nombramiento de personal eventual para desempeñar funciones directivas.

En el supuesto presente, no parecen ser de contenido directivo las funciones que se le atribuyen en el acuerdo del Pleno que autoriza el nombramiento para cargo de confianza y ello es, a mi juicio, una muestra más de la considerable confusión que provoca la diversidad de clases de personal en el empleo público y de regímenes jurídicos reguladores de cada una de esas clases. Esta confusión se hace evidente también en una vertiente terminológica ya que incluso es usual utilizar indistintamente, y sin efectuar mayores precisiones, términos como “empleado”, “funcionario”, “personal”, “personal eventual”, “interino”... cuando la precisión en los conceptos resulta extremadamente necesaria para la correcta y clara descripción de cada uno de los regímenes existentes en este ámbito. Esta dificultad es una lógica consecuencia de la pluralidad de personal que puede prestar servicios para una Administración Pública, sin que se observe en la práctica una clara distribución del lugar destinado a cada uno posiblemente debido a la carencia de un marco regulador homogéneo y seguro.

El artículo 12 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público regula la figura del personal eventual y lo define como aquel que, “en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios con-

II. Trabajador

signados para este fin”. La principal novedad que se ha introducido en esta regulación es que cada administración, en este caso las Corporaciones Locales, dentro de los márgenes que les sean aplicables, deben especificar el número máximo de puestos que pueden ser desempeñados por personal eventual y qué funciones pueden desempeñar. No parece que en supuesto presente sean las funciones previstas las propias de esta categoría de empleados, sino que más bien se trata de cometidos que se corresponden mejor con la figura del trabajador asalariado. Hay que esperar a ver cuál es la resolución del Juez de lo Social en su sentencia pero en principio parece que la utilización de la figura del personal de confianza no era adecuada en este caso.

D) Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad

STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2008 (recurso de suplicación 1472/2007), I.L. J 719.

1. Las demandantes en instancia reclaman ante la jurisdicción social la finalización unilateral de la relación que las venía uniendo a la entidad demandada, una asociación para el fomento y promoción de la cultura aragonesa entre la comunidad emigrante en Cataluña. Las demandantes trabajaban como profesoras en la entidad encargándose de sendos grupos de canto y rondalla, los cuales contaban con un horario preferente pero que era finalmente adaptado por profesoras y alumnos según la disponibilidad del grupo.

Los alumnos de los cursos son socios de la Asociación que voluntariamente han decidido participar de las actividades que ella oferta.

Por su labor docente las profesoras cobran una compensación de 150 euros mensuales, percepción económica que es recibida también durante el descanso estival. Las dos demandantes son a su vez socias de la entidad demandada, aunque una de ellas prestó primero sus servicios como profesora, asociándose posteriormente. El Tribunal de instancia determina que se ha producido un despido improcedente condenando a la empresa a readmitir a las trabajadoras o a darles la correspondiente indemnización.

2. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, apartándose del pronunciamiento del juez de primera instancia, entiende que la relación que unía a las partes no tenía carácter laboral, y más concretamente entiende que la relación de las partes está expresamente excluida a través del artículo 1.3.d) ET al constituir un ejemplo claro de trabajo por amistad, benevolencia o buena vecindad. Llega el Tribunal a esta conclusión tras constatar que las dos demandantes de la instancia eran asociadas a la entidad demandada, no teniendo una titulación especial para el ejercicio de su labor docente, constituyendo por lo tanto su puesto nada más que el natural y característico reparto de funciones que se produce en cualquier asociación.

Asimismo en opinión del Tribunal no puede calificarse la retribución de las demandantes como salario sino como una compensación económica para que dos asociadas que tenían una responsabilidad mayor que otros asociados no se vieran perjudicadas por su mayor implicación en la asociación. Por lo tanto, falla el Tribunal que en el supuesto que se le plantea no concurren las notas de ajenidad y dependencia necesarias para poder estimar que nos encontramos ante una relación laboral según el artículo 1.1 ET.

3. La conclusión a la que llega el Tribunal es absolutamente incorrecta e incurre en graves contradicciones y problemas interpretativos. El primero al fundamentar en parte su fallo en el carácter de asociadas de las trabajadoras olvidando que una de las demandantes en instancia fue durante casi tres años profesora del centro sin ser a su vez asociada de éste. Pasa por alto también el Tribunal que la mayor o menor implicación en el buen desarrollo de la empresa no ha de servir como indicador para excluir los requisitos de dependencia o de ajenidad, la implicación en la empresa dependerá en cada caso de la política llevada a cabo por el empresario para que los trabajadores se sientan parte de su proyecto empresarial, la existencia de un sentimiento de conexión con la empresa no ha de ser interpretado como un elemento que determine la existencia de trabajo amistad. Tampoco debe ser un elemento a enjuiciar por la Sala si las trabajadoras carecían de titulación sobre las materias que impartían, pues es potestad del empresario decidir quién es el sujeto más competente para cubrir las necesidades laborales de su empresa. Y por lo tanto, la no exigencia de una titulación a los empleados por el empleador no puede usarse en modo alguno contra los derechos de las trabajadoras *a posteriori*, ni siquiera puede usarse esta ausencia de titulación como un indicio de no laboralidad.

Es igualmente destacable el argumento de la sentencia que declara el salario de los trabajadores como compensación económica para evitar que las asociadas incurran en mayores gastos que el resto de asociados por su mayor implicación en la empresa, de ser una compensación por gastos no se obtendría durante todos los meses del año, sino sólo aquellos en los que las socias tuvieran mayores gastos a consecuencia de su actividad. Sin embargo según consta en los hechos probados las clases eran suspendidas desde mediados de julio hasta septiembre cada año, circunstancia a pesar de la cual las demandadas recibían las mismas cantidades en recompensa de su actividad todo el año. Parece por lo tanto más adecuado calificar estas percepciones como salariales.

En consecuencia, dada la debilidad de los argumentos planteados por el Tribunal para rechazar la laboralidad de la relación entre las partes debería considerarse que la relación sí es laboral, al no haberse desvirtuado por la parte recurrente la presunción de laboralidad que establece el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores.

F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo

STSJ de Cataluña de 2 de abril de 2008 (recurso de suplicación 7526/2007), I.L. J 823.

1. El demandante ingresó en la empresa demandada en 1995, con la categoría profesional de agente comercial, tras firmar un contrato de agencia para la mediación y promoción de actividades y negocios, así como para la captación de clientes para los productos de la empresa. Se estipuló que el contrato se regiría, en lo no expresamente previsto en él, por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia.

El Pacto Quinto del contrato establece como remuneración a la actora por sus servicios:
a) Abono filatélico: el 17% sobre el importe de la primera anualidad pagada por el clien-

II. Trabajador

te. b) Mantenimiento de abono filatélico. c) Mantenimiento de abono filatélico en cobro mensual. d) mediación filatélica. e) Reinversión de mediación filatélica.

Se pactó expresamente que el agente organizaría su actividad profesional conforme a sus propias pautas, normas y criterios, y con medios propios de desplazamiento. Independencia y autonomía sin perjuicio de atender las instrucciones generales de la empresa, esenciales e imprescindibles en materias y aspectos tales como condiciones económicas, de entrega y de pago de las operaciones mercantiles que se realizaran. También se pactó que correrían por cuenta del agente los gastos que le ocasionara el ejercicio de la actividad, por lo que no tendría derecho a ningún reembolso de gastos que pudiera originarse. La actora no fue dada de alta en la Seguridad Social, cursando su propia alta en el RETA y efectuando declaraciones de IVA e IRPF.

De hecho, la demandante prestaba actividad en la empresa en horario regular de 9,30 a 14 y de 16,30 a 20 horas, contando con una mesa de despacho en las indicadas dependencias, utilizando el material suministrado por la empresa, tal como mobiliario, teléfono, fax, material de oficina, etc. La actora asistía a reuniones una vez al mes por orden de una directiva de la empresa, fuera de la ciudad, para tratar temas relacionados con la actividad realizada de promoción de los productos de la empresa y captación de clientes para ésta. Sólo ocasionalmente, si un cliente necesitaba sus servicios y no podía desplazarse a las oficinas de la empresa, era la actora quien se desplazaba para visitar a dicho cliente. Las retribuciones que percibía la demandante consistían en comisiones según liquidaciones que realizaba la sede central de la empresa.

Tras diversas incidencias, materiales y procesales, que no son del caso –ni siquiera el entrecruzamiento de reclamaciones con el Juzgado de lo Mercantil, tras ser declarada la empresa en concurso–, lo que se discute finalmente es la naturaleza laboral o extralaboral de la relación.

2. La Sala de suplicación recuerda su doctrina acerca de la delimitación entre el contrato de agencia y el de representación comercial sujeta al derecho del trabajo. Mientras el artículo 1.3.f) del Estatuto de los Trabajadores tan sólo excluye del ámbito laboral a quienes intervienen en operaciones mercantiles asumiendo el riesgo y ventura de ésta. Y el artículo 2.1.f) de la misma Ley, califica como laboral la relación jurídica del representante de comercio que no asume el riesgo y ventura de las operaciones en que interviene (lo que ratifica el artículo 1 del Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto; la Ley 12/1992, permite la configuración de una relación no laboral a los representantes de comercio, aunque no asuma el riesgo y ventura de las operaciones. Así lo establece el artículo 1 de dicha Ley al determinar que “por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”.

Se rompe así el criterio tradicionalmente imperante en nuestro ordenamiento jurídico, según el cual, se consideraba de naturaleza laboral la relación entre la empresa y el representante, cuando este último no respondía del buen fin de las operaciones y, al contrario,

tan sólo quedaban excluidos del derecho de trabajo los supuestos en que el representante asumía el riesgo y ventura de las operaciones. Como acabamos de ver, el artículo 1 de la Ley 12/1992, no sólo permite la válida formalización de un contrato de agencia excluido del ámbito laboral aunque el representante no responda del buen fin de las operaciones, sino que, expresamente, establece como norma general que el agente no asume el riesgo y ventura de las operaciones que concierne, siendo necesario pacto en contrario para imponerle esta obligación. En consecuencia, la Ley 12/1992, viene a invertir los términos de la cuestión, permitiendo la calificación como mercantil de la relación mantenida entre la empresa y el representante de comercio, aun en el caso de que este último no asuma el riesgo y ventura de las operaciones en que interviene. El problema, por tanto, reside en determinar cuándo una relación de representación mercantil se encuentra sometida a la Ley 12/1992, sobre contrato de agencia o, por el contrario, al Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas; en los casos en que, efectivamente, no se haya pactado que el representante deba responder del buen fin de las operaciones.

Cuestión que resulta aún más compleja, desde el momento que los artículos 7 y 9 del RD 1438/85, al regular las obligaciones del empresario y el trabajador, vienen a establecer un régimen jurídico muy similar al contemplado en los artículos 9 y 10 de la Ley 12/1992, con lo que, de hecho, nos encontramos que no varía en lo fundamental la forma de prestación de la relación laboral de carácter especial y la sometida al contrato de agencia. Igualmente, respecto a otras materias, tales como: sistema de remuneración, devengo de la comisión, muestrarios, pacto de no competencia; duración y extinción del contrato, indemnización por clientela, etc., la regulación de ambas normas es muy similar, sin grandes diferencias sustanciales. La clave para diferenciar una y otra situación jurídica no puede ser otra que la mayor o menor independencia de la empresa con que cuente el representante de comercio para realizar su labor. En tal sentido, no sólo el artículo 1 de la Ley 12/1992 exige que el agente actúe “como intermediario independiente”, sino que el artículo 2, establece que “no se consideraran agentes los representantes y viajantes de comercio dependientes ni, en general, las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan”, a lo que se continúa añadiendo que, se presumirá que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena o a concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, “no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios”. Éste ha de ser el parámetro que nos permita diferenciar la relación laboral de carácter especial, del contrato de agencia, teniendo en cuenta que, como no puede ser de otra forma, el criterio de independencia a que se refieren los artículos 1 y 2 de la Ley 12/1992, no puede ser interpretado como absoluta y total libertad y autonomía para la realización de las labores de intermediación, al margen de cualquier orden, instrucción y control de la empresa por cuenta de la que se actúa.

Y así lo entiende también el legislador, al establecer en el artículo 9 de la Ley 12/1992, como obligaciones del agente las de ocuparse con diligencia de los actos u operaciones

II. Trabajador

que se le hubieren encomendado, comunicando al empresario toda la información de que disponga y desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones recibidas de él. Ciertamente que en este último caso se dice “siempre que no afecten a su independencia”, pero esto no desvirtúa el hecho esencial de que el agente también se encuentre obligado a rendir cuentas y someterse a las órdenes e instrucciones generales del empresario, sin que la independencia exigida por el artículo 2, pueda llegar al extremo de la total y absoluta libertad de actuación, ajena a cualquier condicionamiento de la empresa.

Así lo ha entendido igualmente el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de julio de 1996, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina. Como en ésta se dice

“(…) la delimitación del ámbito de la relación laboral especial prevista por el artículo 2.1.f) ET, desarrollada por el RD 1438/1985, y sus fronteras con la que se genera por el contrato de agencia, regulado por Ley 12/1992, ha de efectuarse actualmente teniendo presente lo que, transponiendo a nuestro ordenamiento interno la Directiva 86/653 CEE, de 18 de diciembre de 1986, determina en términos imperativos esta última Ley, por la que por vía refleja se deja precisado el ámbito de la exclusión de laboralidad que consagra el artículo 1.3.f) ET y el de la relación laboral especial prevista por el artículo 2.1.f) del mismo cuerpo legal. La nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral especial antes citada, de quien asume el papel de agente como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia, radica esencialmente en la dependencia, la que ha de presumirse excluida, con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover o a promover y concluir, actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia esta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare.

Siendo ello así deviene evidente que la relación traída al proceso no es incardinable en la laboral especial antes citada, dado que, como figura en la ya inalterable versión judicial de los hechos, la parte recurrida, al desarrollar el contrato de agencia que concertó, actuó con plena independencia funcional, rigiendo por sus propios criterios su actividad y el tiempo dedicado a la misma, limitándose las instrucciones recibidas a materias imprescindibles para el correcto desenvolvimiento de su actividad, cual era la fijación del precio de los productos correspondientes a la intermediación que hacía. Tal relación no sólo fue concertada con exclusión de dependencia, sino que en su desenvolvimiento real se produjo con ausencia de tal nota, lo cual lleva a la conclusión indicada y fuerza a entender que dicha relación revistió naturaleza mercantil, por lo cual el Orden Jurisdiccional competente para conocer de las cuestiones surgidas de dicha relación no es el Social, ya que así resulta de lo establecido por el artículo 9.5 LOPJ y de los artículos 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral”.

Tras citar amplia doctrina judicial de la propia Sala, y muy numerosa de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad valenciana, se concluye que las circunstancias concurrentes en el caso contemplado son prácticamente idénticas a las allí tenidos en cuenta,

resolviéndose a favor de la no laboralidad del vínculo y, por tanto, de la incompetencia del orden jurisdiccional social, sometido a las prescripciones de la Ley 12/1992.

3. Como en el caso anterior, se trata de una sentencia pedagógica pues con su amplia fundamentación contrasta el hecho de que al final la tesis triunfante depende del hecho probado, de la libertad, autonomía e independencia de la que disponía la actora para organizar su trabajo, por más que debiere asistir una vez al mes a una reunión con un directivo de la empresa fuera de su ciudad, e incluso dispusiere de una mesa en las dependencias empresariales, pues lo cierto es que en el día a día no estaba sometida a un control directo de su actividad que le hiciera perder esa autonomía que el legislador ha querido configurar como requisito esencial para llevar expresamente al ámbito del derecho civil una relación jurídica como la del contrato de agencia, que en muchas de sus manifestaciones puede incluso presentar notas características de una relación laboral. Ante ese relato fáctico, cualquier conclusión distinta de la alcanzada por la sentencia comentada habría sido indubitadamente incorrecta.

4. ZONAS GRISES

A) Transportistas

STSJ de Cataluña de 4 de febrero de 2008 (recurso de suplicación 7894/2007), I.L. J 688.

1. Demandante y empresa demandada iniciaron su relación en 1988, fecha en la que firmaron un contrato mercantil por el que el demandante se comprometía a realizar labores de reparto con vehículo propio llevando a cabo la distribución de mercancías y recogida de cajas de repartos anteriores así como de género que por cualquier causa se devolviese a las farmacias socias de la empresa demandada. Esta relación mercantil fue prorrogándose a lo largo del tiempo hasta que en fecha 30 de septiembre de 1993 las partes acuerdan su transformación en una relación laboral. Dicho cambio en la relación contractual entre las partes tiene su correspondiente reflejo en las bases de datos de la Seguridad Social constando su baja del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y su alta en el Régimen General.

El 15 de enero de 1994 vuelve a producirse un cambio sustancial en la relación que une a las partes al comunicar el trabajador a la empresa su cese voluntario, produciéndose la extinción de la relación laboral que los unía desde el 30 de septiembre de 1993. El mismo día en que el demandante cesa su actividad como trabajador de la empresa, ésta celebra un contrato con otra empresa para que esta segunda empresa lleve a cabo el reparto de mercancías que venía prestando el trabajador, al igual que la recogida de cajas vacías en las farmacias socias de la compañía contratante y la recogida de los materiales devueltos por cualquier motivo por las farmacias asociadas.

Cabe destacar que el otrora trabajador de la empresa es administrador solidario de la nueva empresa encargada de gestionar las entregas y recogidas de mercancías. Es por ello

II. Trabajador

que la nueva relación entre demandante y demandada se basa en una relación mercantil en la que el demandante, a través de la empresa de la que era administrador solidario, se comprometía a la realización de los trabajos encargados mediante vehículos comerciales de servicio público con un PMA superior a 2.400 kg. El demandante empezó a prestar sus servicios también como sujeto autónomo para esta mercantil.

Es relevante para el correcto enjuiciamiento del caso que nos ocupa resaltar que con fecha 7 de octubre de 2004 la empresa comunicó a la empresa de la que es administrador el demandante que antes de contratar a trabajadores de la competencia para cubrir rutas en determinados momentos fueran informados previamente, pues consideraban poco ético que un trabajador llevara a cabo su trabajo para dos empresas rivales. Igualmente es importante señalar que en los períodos vacacionales del actor, éste se encargaba de buscar un conductor que se ocupara de realizar la ruta de la que él era responsable.

2. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entiende que al supuesto que nos ocupa es de plena aplicación la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha venido interpretando el artículo 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores. Así pues, al ser el vehículo con el que desarrollaba su actividad el demandante de su propiedad, y al superar en principio según consta en los hechos probados de la sentencia de primera instancia, los 2.400 Kg de P.M.A. no puede considerarse que a demandante y demandado les une una relación de laboralidad, pues la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, obliga a obtener una autorización administrativa para la realización de su actividad de transporte, siendo éste uno de los requisitos que el Estatuto exige para no considerar la actividad de transporte terrestre de mercancías para terceros como laboral.

3. No puede más que coincidirse con el fallo de la sentencia estudiada, pues el supuesto fáctico es subsumible dentro de la exclusión expresa que contiene el artículo 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores. Ahora bien, es posible hacer dos apreciaciones anexas sobre el pronunciamiento del Tribunal que no cuestionando el sentido del pronunciamiento ayudan a su correcto entendimiento. La primera, apuntada por el propio Tribunal, afecta a la quizá excesiva rigidez del precepto de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres que fija en 2.400 kg el umbral a partir del cual los transportistas con vehículo propio quedan excluidos del amparo que concede el ordenamiento laboral. El fijar la exclusión de un colectivo en un dato objetivo contrastable empíricamente aporta una mayor seguridad jurídica a los actores del ordenamiento, pero a su vez impide que el ordenamiento se adapte a cada supuesto concreto, produciendo que en algunos casos se pueda incurrir en la exclusión de relaciones que debieran ser consideradas como laborales por su excesiva rigidez.

La segunda de las apreciaciones que pueden ser hechas afecta al fondo de la sentencia. En concreto cabe señalar que pese a que la relación presentada al enjuiciamiento de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no estuviera excluida por la regla que fija el artículo 1.3.g) ET deberíamos considerar que dicha relación no es laboral por la no concurrencia de requisitos esenciales para estimar que hay una relación de laboralidad según el artículo 1.1 ET. En concreto, el caso estudiado por la sentencia no cumple con el requisito de dependencia pues el *trabajador* demandante tenía la facultad de elegir a su sustituto en los períodos en los que disfrutara de vacaciones. Esta capacidad de decisión

es un claro síntoma de la ausencia de dependencia en la relación que une a demandante y demandado, al otorgar al empleado una facultad básica del poder de dirección del empresario.

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 31 de marzo de 2008 (recurso de suplicación 109/2008), I.L. J 749.

1. Según consta en Autos, se presentó demanda en reclamación de derechos frente a la Consejería de Infraestructuras, Transportes y Vivienda de Canarias por D.J.C. que presta sus servicios en la citada Consejería como Operador desde 1998, cuando las partes suscribieron un primer contrato administrativo de asistencia técnica. Desde esa fecha se ha suscrito un número considerable de contratos administrativos, hasta dieciséis, según aparece referido en los antecedentes de hecho. Desde el inicio de su relación con la Consejería de Infraestructuras, Transporte y Vivienda el actor ha venido desarrollando su labor de forma ininterrumpida, con sometimiento a horario, a las órdenes y dirección de su trabajo que llevaban a cabo los Jefes de Servicio y de Sección de la citada Consejería y con el material proporcionado por ésta. Además están claramente especificadas las funciones que al principio de la relación se llevaban a cabo por D.J.C., siendo éstas consistentes en realizar asistencias en general a los usuarios y apoyar al Administrador de sistemas en todas sus labores, todo ello junto al personal de informática en la misma planta del edificio dentro de las dependencias del Servicio de Informática. A partir de cierto momento, también consta que el actor comenzó a desempeñar las funciones de Administrador y Responsable de los servidores de la Consejería y con ello variaron sus funciones pasando éstas a consistir en administrar todos los servidores y controlar los datos a los recursos a los que acceden los usuarios, las altas y las bajas de éstos. También se detallan tareas de sincronización y de análisis así como la realización de informes, configuración de puestos de trabajo e instrucción de trabajadores. Durante toda esta actividad, recibía órdenes de los Jefes y Responsables correspondientes a las unidades administrativas.

El Juzgado de lo Social de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia estimando la demanda interpuesta por el actor y declaró que la relación que éste mantenía con la Consejería era laboral e indefinida. Contra dicha sentencia la parte demandada interpone recurso de suplicación cuya sentencia se comenta en estas líneas.

2. La parte recurrente, la Consejería, argumenta que los Contratos de Consultoría y Asistencia tienen carácter administrativo y surgen por la necesidad de la Administración Pública de contar con un servicio eminentemente técnico y cualificado en la implantación y mantenimiento de aplicaciones informáticas que conlleva la realización de tareas de la Administración Pública de máximo nivel y de difícil satisfacción con los medios personales disponibles en plantilla, que eran insuficientes e inadecuados. Se trata, además, en opinión de la recurrente, de una actividad que por sus características es susceptible de ser externalizada, de hecho así ocurría en el resto de la Administración autonómica.

II. Trabajador

En la misma línea de defensa de la naturaleza administrativa de la relación existente entre las partes, se argumenta que las funciones que desarrollaba el contratista respondían a una necesidad muy concreta y en nada coincidentes con las desempeñadas por el personal informático de plantilla. Son todas ellas funciones en las que prima el carácter intelectual y en las que se da por supuesto que la cualificación profesional del contratista ha sido decisiva para su contratación. Se trata, así pues, de funciones que no implican el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos y que por no poder ser desempeñadas por el personal laboral de la plantilla de la Consejería y al estimarse que no era conveniente ampliar los medios personales, podían ser desarrolladas por alguien que resultara contratado con arreglo a la normativa de contratación de las administraciones públicas.

La Sala, sin embargo, y frente a las anteriores argumentaciones, entiende que cuando el contrato es sólo formalmente administrativo pero materialmente laboral, se está ante un caso de fraude de ley y procede la laboralización del vínculo. Tal conversión dependerá entonces de que en la ejecución del contrato concurren las notas configuradoras de la relación laboral y se diluyan en cambio las notas características del contrato administrativo de consultoría y asistencia técnica. En el caso que se examina, ciertamente se da la solvencia técnica porque el actor es un cualificado técnico informático y ello parece inclinar a la consideración del carácter administrativo del vínculo, carácter que no se perdería, como afirma la Sala, por el hecho de que exista cierto nivel de sujeción a órdenes e instrucciones porque la norma administrativa autoriza “la dirección, supervisión y control por la Administración”. Pero, en este caso, la dirección y el control al que era sometido el actor, excedía de lo que son meras instrucciones técnicas y se adentraba en el ámbito organizativo de la Administración según se desprende del relato de hechos probados. En el supuesto presente, los objetos de los sucesivos contratos, hasta dieciséis a lo largo de nueve ininterrumpidos años, se refieren a labores de conservación y mantenimiento del sistema informático, en buena medida se trata de tareas de simple mantenimiento informático, quitando si acaso, el contenido de los tres últimos contratos en los que sí se desprendía un mayor grado de complejidad propia de la asistencia técnica.

Por todo ello, la Sala llega a la conclusión de que en esta relación existen las notas de la dependencia y de la ajenidad propias de una relación laboral con mucha mayor intensidad que las notas de la relación jurídico-administrativa de la consultoría-asistencia técnica y por ello entiende la Sala que la sentencia de instancia no infringió precepto legal alguno a estimar la demanda inicial del actor.

3. La normativa administrativa vigente en el momento en el se producen los hechos sobre los que versa el presente caso, Ley 2/2000 de Contratos de las Administraciones Públicas, en efecto, reconoce la posibilidad de que la Administración pueda celebrar contratos con una persona física, al margen del vínculo laboral, siempre que el objeto de tal contratación revista determinadas características que impliquen la necesidad de una prestación de asistencia, en los términos del artículo 196.2, o de un servicio, tal y como aparece recogido en el artículo 196.3. Si eso es así, los contratos que se celebrasen, sean de consultoría y asistencia, sean de servicios, se ejecutarían con arreglo a las cláusulas administrativas y de conformidad con las instrucciones que la Administración diese al contratista para su interpretación. Porque según se recogía de manera expresa en el artículo 196.2, la Admi-

nistración tiene reconocidas en la contratación administrativa facultades de dirección y control así como facultades de supervisión.

Ya se puesto de manifiesto en otras crónicas con ocasión del comentario de sentencias que versaban sobre cuestiones de características similares, que la distinción entre los contratos administrativos celebrados con personas físicas para una concreta prestación de servicios y la relación laboral que surge como consecuencia de la celebración de un contrato de trabajo entre la Administración y el trabajador ha planteado constantes problemas situando la materia en la franja de las “zonas grises” dentro del concepto de trabajador. De hecho, la legislación que se ha ido sucediendo en la materia, a vueltas, entre otras, con estas cuestiones, ha incluido la prohibición de la contratación de particulares por la vía del contrato administrativo desde la Ley 30/1984, pero dicha prohibición iba acompañada de una excepción: salvo para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales. Así es como la excepción enseguida pasó a convertirse en la regla general y desde ahí, el desarrollo legislativo no ha hecho sino perpetuar, bajo una u otra denominación, el mismo tipo de contratación con personas físicas que continúa presentando dificultades a la hora de su delimitación con respecto al contrato de trabajo. Y esta circunstancia es debida, tal vez no tanto a la dicción normativa, sino a la práctica que llevan a cabo los gestores administrativos de cualquier nivel pues se ve en todos los ámbitos, estatal autonómico y local, de incorporar personal por vías paralelas sin observar el rigor necesario para que después la organización administrativa de la plantilla no se vea perjudicada y desde el lado del sujeto contratado sin procurarle ni garantizarle la seguridad jurídica que le corresponde en cualquier relación. De este modo se ha llegado hablar de la existencia de falsos autónomos en la Administración Pública y no sin razón.

La recientemente aprobada Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público introduce novedades en este aspecto al contener un Contrato de Servicios en sustitución de los anteriores contratos administrativos de Consultoría, Asistencia y de Servicios. Pero es previsible que la nueva regulación legal no resuelva los problemas de delimitación entre uno y otro tipo de contratación. Basta tener en cuenta que dicho nuevo contrato de servicios (artículo 10 LCSP) está contemplado con una considerable amplitud, su objeto consiste en prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o de un suministro. A ello se añade el dato de que con la actual regulación también desaparece, al menos formalmente, el principio de subsidiariedad de la contratación administrativa, lo que permite prever una expansión de contratos celebrados por las administraciones con sujetos que plantearán sin dudas los mismos problemas de delimitación con el contrato de trabajo. Ciertamente, se puede aducir que el artículo 277.4 de la Ley 30/2007 (LCSP) incorpora una cláusula que expresamente contempla la imposibilidad de que se produzca la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto de contratación como personal de ente. Pero, dicha cláusula de salvaguarda, que ya de por sí está evidenciando e, implícitamente, reconociendo la existencia de problemas en la diferenciación entre contratos de una y otra naturaleza, nunca podría amparar la contratación administrativa fraudulenta. Así pues, por mucho que se haya transformado el texto legal, en lo tocante a esta cuestión, el Tribunal seguirá

II. Trabajador

declarando la laboralidad si ésta se encuentra fundamentadamente acreditada en los hechos relativos al objeto de la contratación y al trabajo desempeñado.

J) Otros

STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 28 de marzo de 2008 (recurso de suplicación 102/2008), I.L. J 747.

1. La sentencia que se analiza aborda una compleja relación entre las partes demandante, una trabajadora de un centro de investigación, y demandada, el instituto de Astrofísica de Canarias (en adelante, IAC). La complejidad proviene de los diferentes nexos contractuales que han unido a las partes. La relación entre las partes comienza en 2002 a través de una beca de investigación que se prorroga hasta los últimos días de enero de 2003, fecha en la que la demandante sigue trabajando para la entidad demandada pero sin contrato; el 1 de marzo de 2003 firma un contrato por obra o servicio determinado con la Universidad de la Laguna, hasta 25 de mayo de 2003; desde el 26 de mayo de 2003 y hasta 30 de septiembre de 2006 la actora permanece unida al IAC mediante otro contrato por obra o servicio determinado, pero esta vez suscrito directamente con el IAC. Debe ser destacado que desde el comienzo de la relación la demandante en instancia desarrolló las mismas funciones dentro del IAC, cumpliendo también con las mismas tareas.

Esta compleja vinculación laboral mutante en el nexo contractual, pero no en las obligaciones y tareas, viene además dificultada porque desde abril de 2006 la actora entiende que la entidad demandada ha venido acosándola, produciendo lo que comúnmente se denomina *mobbing*. Por ello, intentó ponerse en contacto con la empresa en diferentes ocasiones para que tomaran medidas frente a lo que para ella era un trato discriminatorio y degradante por parte de sus superiores más directos. Como consecuencia del clima de trabajo la demandante en instancia permanece de baja desde el 14 de agosto de 2008 por padecer ciertos trastornos psicológicos.

El 4 de septiembre de 2006 ante la situación anteriormente descrita la actora presentó reclamación previa ante el IAC, pasando posteriormente a presentar ante la jurisdicción social el 26 de septiembre del mismo año demanda para que se le reconociera su condición de trabajadora indefinida.

Ante la situación enunciada el juzgador de instancia entiende que se ha producido un despido improcedente al no quedar acreditada la causa del despido, condenando a la entidad demandada a readmitir a la demandante o pagar la preceptiva indemnización. Esta resolución es impugnada en suplicación por ambas partes ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

2. El Tribunal Superior de Justicia de Canarias estima que, debido a la incorrecta articulación del escrito de impugnación de la actora, no puede demostrarse si existió o no acoso laboral pues no puede modificar de oficio el contenido de los antecedentes de hecho declarados probados por la sentencia de instancia. Previamente el Tribunal antes de llegar a esta conclusión se enfrentó con el análisis de un extremo especialmente conflictivo: si la beca que unió en los primeros meses a las partes tenía en realidad una fundamentación

fraudulenta, y si por lo tanto la beca encubría en realidad una relación laboral ordinaria. En conexión con el problema jurídico anterior el Tribunal debía decidir si el segundo de los contratos temporales era válido o si no lo era, en oposición la entidad demandada argumentaba que el segundo de los contratos por obra o servicio pactados con la demandante en instancia se extinguió por el transcurso del término pactado en el propio contrato, no siendo por lo tanto posible calificar dicha extinción como de despido.

En respuesta a la primera de las controversias el Tribunal reitera la asentada jurisprudencia que estudia la difícil separación entre el becario y el trabajador del artículo 1.1 del Estatuto. Al respecto señala el Tribunal que mientras que el régimen del becario pretende facilitar o potenciar los estudios o investigaciones del beneficiario, el trabajo por cuenta ajena pretende principalmente la incorporación de los frutos o resultados del trabajo al patrimonio del empresario. Reconoce el propio Tribunal que la frontera entre trabajo por cuenta ajena y el régimen de trabajo mediante beca es difusa y de difícil concreción pues en toda beca concurre una incorporación del trabajo del becario a la esfera productiva de la entidad concesionaria de la beca, pese a estas dificultades el Tribunal entiende que en el caso que nos ocupa la trabajadora cumplía con los requisitos exigibles por el Estatuto de los Trabajadores pues de no haber realizado el trabajo la actora mediante la beca éste debería haber sido ejecutado por otro personal laboral de la empresa, por lo tanto, la beca formativa encubría en realidad una relación laboral ordinaria. Este carácter fraudulento de la beca, según jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, debe trascender al resto de los contratos produciendo que los efectos de dicho fraude se extiendan a todos ellos como parte de la misma serie única de contratos.

La segunda de las peticiones de la parte era la referida a la posibilidad de limitar el contrato por obra o servicio mediante la fijación de un plazo. Entiende el Tribunal que la esencia de los contratos por obra o servicio es la de constituirse para realizar una obra o servicio con entidad independiente dentro del proceso productivo de la empresa, en esta medida no puede entenderse que pueda darse una limitación en el tiempo específica en este tipo de contratos temporales. Debe por lo tanto entenderse la limitación temporal como un mero efecto indicativo de cuándo puede finalizar la obra o servicio contratado, pero no como un verdadero pacto de finalización del contrato. Por ello, a la vista de que el contrato ha sido extinguido sin mediar la finalización de la obra o servicio y por lo tanto sin justa causa que habilite dicha extinción del contrato, y teniendo en cuenta que los contratos en fraude de ley (*carácter que los dos contratos temporales por obra o servicio suscritos entre las partes arrastran del carácter fraudulento de la beca de investigación por encubrir ésta una relación laboral ordinaria*) se tienen por celebrados a tiempo completo, no le cabe más al Tribunal que determinar que se ha producido un despido improcedente, confirmando con ello la sentencia recurrida en todos sus extremos.

3. El caso objeto de litigio no presenta graves dudas sobre el sentido del fallo que debería tomar el Tribunal. Es innegable que concurren los requisitos exigibles por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, pues pueden identificarse de la narración fáctica los requisitos de ajenidad y dependencia, tómesese como indicio de esta concurrencia que la trabajadora tuvo exactamente las mismas competencias y el mismo trabajo cuando actuó como becaria que cuando lo hizo como trabajadora. Consecuentemente al carácter frau-

II. Trabajador

dulento de la beca es preceptiva la declaración del despido, sin justa causa que puso fin al contrato por obra o servicio que unía a las partes, como improcedente.

No planteando graves problemas el caso en cuanto al contenido objetivo del fallo de la sentencia quizá convendría detener la atención sobre la política legislativa que se está llevando a la hora de regular una figura controvertida y problemática dentro de nuestro ordenamiento como lo es la del becario.

La figura del becario debería abarcar exclusivamente aquellos casos en los que al adjudicatario de la beca se le concede algún beneficio, ya sea económico o en especie, para que mejore su formación, el ejemplo más evidente de este modelo de beca lo podemos obtener de las becas que las diferentes administraciones conceden a los estudiantes para que éstos eludan el pago de las tasas correspondientes a sus estudios. En estos casos los frutos del estudiante/becario no son incorporados a la esfera de la entidad concesionaria, sino que son disfrutados directamente por el becario. Junto a este subtipo de la figura del becario podemos encontrar otro modelo de becario caracterizado por un trabajo que, en mayor o menor medida, es incorporado a los frutos de la entidad que ha otorgado la beca, un ejemplo de este tipo de becario sería el del caso que nos ocupa o el de las becas de investigación comunes en el ámbito universitario. Este modelo es el que plantea mayores problemas a la hora de determinar si está o no dentro de los límites fijados por el Estatuto.

El legislador debería evitar utilizar una figura, como la del becario, para regular actividades cuya única diferencia con el trabajador por cuenta ajena es la de la flexibilidad en la presencia de los requisitos de ajenidad y dependencia. Flexibilidad que en ningún caso debe ser entendida como la ausencia de estos requisitos, pues como ha resaltado el Tribunal Supremo, en diferentes pronunciamientos, los requisitos de dependencia y ajenidad en la actualidad deben ser entendidos de una manera viva y en continua evolución, debiendo entender que dichos requisitos se dan aun cuando no lo hagan con la claridad y rotundidad de tiempos anteriores. Es evidente que el becario englobable dentro del segundo de los tipos anteriormente descritos obtiene un rendimiento formativo, pero igualmente la entidad concedente obtiene a su vez los beneficios productivos del becario, y por lo tanto podemos identificar sin duda los requisitos de ajenidad y dependencia.

En consecuencia, para limitar el uso fraudulento de esta figura debiera el legislador tomar la decisión de limitar su uso sólo en los primeros casos descritos, obligando a formalizar una relación laboral en el resto de los casos para facilitar el acceso de los becarios/trabajadores a la protección que el ordenamiento socio-laboral otorga a los trabajadores por cuenta ajena.

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) Concepto de empleador: es indiferente que tenga la cualidad de empresario mercantil. B) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada. **3. Centro de trabajo.** A) Delimitación de la noción de “centro de trabajo” a efectos de responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo. **4. Grupo de empresas.** A) Requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad solidaria. B) Despido por causas económicas: deben afectar al grupo de empresas. C) Ampliación de la ejecución de sentencia a otra empresa distinta a la condenada alegando la pertenencia de ambas al mismo grupo. **5. 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 solidaria por deudas salariales de la contratista. E) Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad. F) Sucesión de contratas y sucesión de empresa. **6. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Contrato de puesta a disposición y contratación temporal eventual: duración. **7. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. B) Ejercicio del derecho de opción: es necesario que la relación laboral esté viva. C) Efectos del reconocimiento de cesión ilegal: diferencias retributivas. D) Despido y cesión ilegal: articulación procesal. **8. Sucesión de empresas.** A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho. B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa. C) Mecanismo de sucesión *ex lege*. D) Convenio colectivo aplicable. E) Cesión de contratos: novación subjetiva empresarial.

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.

riores de Justicia recogidas en los números 5 a 8 de 2008 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 582 a 1086) 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) Concepto de empleador: es indiferente que tenga la cualidad de empresario mercantil

Frente a la sentencia de instancia que, estimando la demanda de una trabajadora contra un determinado Ayuntamiento, declaró improcedente su despido, interpone recurso de suplicación el citado Ayuntamiento, alegando aplicación indebida del Convenio Colectivo de ámbito estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil. Para resolver la cuestión suscitada, la **STSJ de Galicia de 22 de mayo de 2008**, I.L. J 720, recordará la del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004 recaída en relación con la aplicación del convenio citado, si bien de un año diferente, y en la que se indicaba que “el ayuntamiento demandado, en tanto en cuanto explota o regenta (es inoperante a estos efectos si persigue o no lucro) la Guardería Infantil de referencia, tiene la consideración de empresario respecto de la misma, pues así resulta con toda claridad de lo establecido en el apartado 2 en relación con el 1 del artículo 1º el ET, ya que emplea en la repetida guardería a personas que voluntariamente y mediante retribución prestan servicios en aquélla, por lo que a estos efectos la Corporación hoy recurrente no está dotada del *imperium* que con carácter general es predicable de los Entes Públicos a cuya clase pertenece, sino que tiene meramente el carácter de empleador o patrono, sujeto, por lo tanto, a la normativa que regula la relación laboral”. Por ello, continúa la **STSJ de Galicia de 22 de mayo de 2008**, I.L. J 720:

“El hecho de que la Corporación municipal demandada carezca claramente de la cualidad de ‘empresa’ conforme a la significación que este vocablo alcanza en el Derecho Mercantil (ni su cometido ni su finalidad consisten en generar bienes o prestar servicios con destino a clientes o consumidores, para conseguir un lucro con su actividad), no le priva sin embargo de su condición de empleadora conforme al Derecho Laboral, pues, como acabamos de decir, la relación con su trabajadores no funcionarios, se incardinan en el artículo 1º del ET, quedando de esta forma asimilada a cualquier otra empresa a todos los efectos contemplados en el Derecho del Trabajo.”

Y, trayendo a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1996, recordará la sentencia comentada que “la expresión empresario no ha de entenderse limitada,

III. Empresario

por tanto, a quien sea titular de una organización económica específica que manifieste la existencia de una empresa, en sentido económico o mercantil”.

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

De nuevo nos encontramos en el período analizado con sentencias que deben abordar cuestiones relativas a la especial situación de los profesores que prestan servicios en centros privados concertados. En esta ocasión el problema se centra en determinar el 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 con fondos públicos. Con carácter previo, 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 –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, 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, esta 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 lo 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.

En este contexto, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 7 de marzo de 2008**, I.L. J 698, desestima los diversos motivos de censura jurídica que la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León incluye en su recurso de suplicación frente a la sentencia del Juzgado de lo Social de Salamanca. La sentencia de instancia estimó la demanda de una trabajadora frente a la mencionada Consejería y un concreto Colegio, condenándoles solidariamente a abonarle una determinada suma en concepto de diferencias relacionadas con la paga extraordinaria de antigüedad en la empresa prevista en el IV Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos. De entre los motivos alegados por la Consejería, interesa destacar los dos primeros:

– En uno de ellos la Administración recurrente entiende que la sentencia del Juzgado de lo Social ha vulnerado lo establecido en el artículo 61 del IV Convenio Colectivo citado, en relación con lo dispuesto en sus artículos 65 a 67, pues la paga extra de antigüedad ha de comprender sólo los complementos salariales de función contemplados en el artículo 59 de Convenio (regulador de las pagas de vencimiento superior al mensual), pero no el complemento analógico, tal como reconoció la sentencia de instancia. La Sala rechazará tal pretensión, argumentando que la cuantía del premio de antigüedad se encuentra autónomamente prevista en el artículo 61 del Convenio de aplicación, sin que sea preciso remitirse a la regulación de las pagas extraordinarias para concretar la mencionada cuantía; cuantía que, a tenor de lo fijado en el citado artículo, será de una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido. Por lo tanto, continúa la sentencia en examen, "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'".

– En el segundo de los motivos invocados, la Administración imputa a la sentencia de origen la infracción de lo dispuesto en los artículos 75 y 76 de la LO 10/2002 y en los artículos 116 y 117 de la vigente LO 2/2006, de Educación, pues, en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo que mencionábamos más arriba, entiende que la obligación de pago delegado de los derechos salariales del personal docente de los centros privados concertados no es ilimitada, sino que está sometida a la cuantía de los módulos

III. Empresario

a cuyo pago se compromete la Administración, por lo que habiendo agotado el Colegio los módulos salariales y de gastos variables para el año en cuestión, ninguna obligación le es exigible a la Administración en relación con la paga extraordinaria de antigüedad. La **STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 7 de marzo de 2008**, I.L. J 698, tras afirmar que el planteamiento expuesto es irreprochable y que ha sido efectivamente objeto de reconocimiento por el Tribunal Supremo, añade que también el Alto Tribunal ha indicado que si bien los negociadores de un convenio no pueden vincular con sus acuerdos a una Administración que no es parte de ese convenio, “cosa distinta es que la Administración educativa competente, en uso de sus facultades, decida libremente hacerse cargo de dicha paga y establecer las oportunas previsiones futuras para atender a su pago”, por lo que el planteamiento del recurso “topa sin embargo con la decisión en su día adoptada por la Administración educativa de la Junta de Castilla y León de hacerse cargo de dicha paga, decisión que comportaba la obligación de establecer las oportunas previsiones o dotaciones presupuestarias para atender el pago de la citada partida, obligación esa a la que ya no cabe oponer las limitaciones correspondientes a la cuantía de los módulos anuales, puesto que aquella Administración se acogió mediante el Acuerdo de 2004 a una obligación de pago que condicionaba las dotaciones de los módulos y no al revés, esto es, a una obligación de pago condicionada por esas dotaciones”. Y añade la Sala que, aun si no se aceptara lo anterior y se mantuviera que las obligaciones salariales de la Administración en los conciertos educativos está siempre condicionada por el límite anual de la dotación presupuestaria, “lo que obstaría al cumplimiento de aquellas obligaciones no es el agotamiento del módulo o módulos correspondientes en los años anteriores a la reclamación de la que se tratara, sino ese agotamiento en la anualidad en la que tal reclamación se formula”, lo que no es el caso que concurre en el supuesto analizado.

Relacionado con el primero de los motivos alegados por la Consejería en el caso de la sentencia recién comentada, pero concluyendo en una solución diversa, se encuentra el supuesto resuelto por la **STS de 4 de junio de 2008**, u.d., I.L. J 917, en el que la demandante, a la que se le ha abonado la paga extraordinaria de antigüedad establecida en el artículo 61 del IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, no está conforme con la cuantía que le ha sido abonada, pues en la base de cálculo de tal importe no se ha incluido el complemento retributivo autonómico, y la actora estima que este complemento se debe incluir en dicha base de cálculo. La sentencia de instancia estimó la demanda, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León la confirmó y se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina por la Junta de Castilla y León, el Tribunal Supremo lo estima y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestima íntegramente la demanda de origen. Razona el Alto Tribunal, al interpretar lo dispuesto en el artículo 61 del IV Convenio Colectivo mencionado, según el cual “Los trabajadores que cumplan veinticinco años de antigüedad en la empresa, tendrán derecho a una paga cuyo importe será equivalente al de una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido”, que

“La dicción literal de este precepto es clara y no deja lugar a dudas, pues fija la cuantía de tal paga a razón de ‘una mensualidad extraordinaria’ por cada quinquenio; y esta expresión (‘mensualidad extraordinaria’) no puede referirse a otra cosa que al importe de cada una de las pagas extraordinarias que se prevén en el artículo 59 de dicho convenio.

Esta expresión forma una unidad de significado, que está compuesta por el sustantivo ‘mensualidad’ y el adjetivo ‘extraordinaria’, de modo que para determinar el verdadero sentido de la misma es forzoso mantener unidas estas dos palabras, pues el adjetivo, como corresponde a la función gramatical que el mismo cumple, califica y determina el ámbito y sentido del sustantivo utilizado. La frase ‘mensualidad extraordinaria’ gramaticalmente constituye un sintagma o grupo unitario cuyo significado sólo se alcanza manteniendo esa unidad de expresión; no siendo aceptable, en modo alguno, tomar en consideración por separado cada uno de esos dos términos, pues ello destruye el verdadero significado de tal frase.”

Por ello, incurre en un error la sentencia recurrida al separar por un lado el vocablo “mensualidad” y, por otro, desconectado del anterior, el calificativo “extraordinaria”, llegando de esta forma a la conclusión de que cuando la norma convencional habla de “mensualidad extraordinaria”, se refiere a una mensualidad ordinaria o normal. Tampoco acepta el Tribunal Supremo la argumentación de la sentencia de suplicación en el sentido de que no cabe atribuir al calificativo de “extraordinaria” otro alcance que el correspondiente a la naturaleza no común de la paga que se percibe, que es por una sola vez y con ocasión de la acreditación de 25 años de antigüedad, pues, según el Alto Tribunal, a la razón ya expuesta de la unidad del sintagma “extraordinaria” y “mensualidad”, se une el hecho de que 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 tal norma estatuye, sino que necesaria e ineludiblemente se refiere a otra paga o mensualidad distinta. Sólo de este modo, añade la sentencia comentada, conectando la cuantía de esa paga de antigüedad con el importe ya conocido de otra paga diferente se puede saber el montante de aquélla.

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, concluye el Tribunal Supremo afirmando que

“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.”

3. CENTRO DE TRABAJO

A) Delimitación de la noción de “centro de trabajo” a efectos de responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo

La STSJ de Canarias (Las Palmas), de 28 de mayo de 2008, I.L. J 773, que comentamos en el apartado 5.E) de esta crónica, vuelve a recordarnos la doctrina judicial que, en relación a la noción de centro de trabajo a efectos de responsabilidad por el recargo de prestaciones en supuestos de contratadas y subcontratadas, indica que

III. Empresario

“La doctrina científica y la jurisprudencia (por todas, la Sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 2002) vienen entendiendo que el estricto concepto de centro de trabajo previsto en el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores no resulta aplicable a los efectos previstos en las normas ahora examinadas, sino que la referencia legal equivale más bien a la expresión ‘lugar de trabajo’, lo que aplicado al caso que aquí se resuelve significa que si la empresa que ahora rechaza su responsabilidad se ha adjudicado una obra para su ejecución, y decide libremente subcontratarla a otra empresa de su misma actividad, lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es en absoluto ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir, lo mismo que los beneficios, con la contrata, de forma que su responsabilidad deriva de la falta de información y control que le era exigible en relación con los trabajadores de la empresa subcontratista en relación con una obra de la que era adjudicatario.”

Idéntica doctrina es reiterada por la **STSJ de Cataluña de 17 de abril de 2008**, I.L. J 820, que comentamos también en el apartado 5.B), y aplicándola al caso enjuiciado le lleva a afirmar que “si la empresa que ahora rechaza su responsabilidad se ha adjudicado una obra para su ejecución, y decide libremente subcontratarla a otra empresa de su misma actividad, lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es en absoluto ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir, lo mismo que los beneficios, con la contrata, de forma que su responsabilidad deriva de la falta de información y control que le era exigible en relación con los trabajadores de la empresa subcontratista en relación con una obra de la que era adjudicatario”. En el supuesto examinado se producen las siguientes circunstancias: El Ayuntamiento de Molló y Repsol Butano, SA firmaron un convenio para la instalación y suministro de gas propano a la citada localidad, de modo que las obras debían seguir las especificaciones técnicas de Repsol. La propiedad de las instalaciones y redes de distribución es de Repsol, encargada de su mantenimiento y conservación y de supervisar las obras. Repsol Butano, SA suscribe contrato con Semacogas para la instalación de suministro de gas propano por canalización, en el que se indica que las instalaciones (centros de almacenamiento y redes de distribución y acometidas) son propiedad de Repsol y que Repsol supervisa las obras, de modo que “no se permitirá el enterramiento de alguna parte de la obra sin el consentimiento expreso de Repsol Butano, SA”. Repsol en fecha anterior al accidente elaboró un Plan de Seguridad para las obras del centro de almacenamiento y canalización con GLP en el municipio de Molló, en el que no se contempla el riesgo de sepultamiento en la fase de excavación de la zanja y construcción de cimentaciones. El proyecto de instalación del Centro de Almacenamiento y Red de Gas Propano Canalizado en el municipio de Molló de enero de 2001 designa como titular de la instalación a Repsol Butano, SA. Un trabajador sufrió un accidente de trabajo cuando prestaba servicios como peón en la empresa Semacogas, SA debido a un desprendimiento de tierras producido durante los trabajos de construcción de una zanja donde debían ubicarse dos depósitos de GLP, hallándose el trabajador efectuando la colocación de los bloques de hormigón que separarían los dos depósitos.

En este contexto y frente a la alegación de Repsol Butano SA de que el lugar donde ocurrió el accidente es un centro de trabajo del que es titular la empresa Semacogas SA, la Sala argumentará que “no cabe hablar en sentido estricto de un centro de trabajo del que fuera titular Semacogas, SA, sino de unos terrenos públicos en los que se estaba ejecutando

una obra para la instalación y suministro de gas propano a la localidad de Molló, obras cuya ejecución material Repsol había encomendado a Semacogas, SA. En la fecha en que se produjo el accidente sufrido por don Juan Manuel, el 30 de mayo de 2000, el único soporte contractual que existía era un convenio suscrito entre Repsol y el Ayuntamiento de Molló para la realización de estas obras que debían seguir las especificaciones técnicas de Repsol, siendo la propiedad de las instalaciones y redes de distribución de Repsol, encargada de su mantenimiento y conservación. Por consiguiente, al margen de la sanción impuesta por la Inspección de Trabajo, el lugar en que ocurrió el accidente era un centro o lugar de trabajo, tanto de la empresa recurrente como de Semacogas, SA”.

4. GRUPO DE EMPRESAS

A) Requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad solidaria

La reiterada y consolidada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo acerca de los requisitos y elementos necesarios para que la existencia de un grupo de empresas produzca consecuencias relevantes respecto a los contratos de trabajo y las responsabilidades laborales de las diferentes empresas que lo componen es traída a colación por la STSJ de Aragón de 20 de febrero de 2008, I.L. J 658, para, en el caso enjuiciado, llegar a la conclusión de que no cabe apreciar responsabilidad solidaria de la empresa empleadora y las demás empresas codemandadas. Con cita de la STS de 26 de enero de 1998, de la STS de 3 de noviembre de 2005 y de la STSJ de Galicia de 15 de enero de 2004, la sentencia que comentamos mencionará las diversas referencias normativas existentes en relación al grupo de empresas, más frecuentes en el ámbito del Derecho mercantil que en el laboral, lo que, no obstante, no ha impedido su tratamiento jurisprudencial y la consideración de la pertenencia al grupo como un dato relevante desde la perspectiva laboral. Pero, añade la Sala, “las consecuencias jurídico-laborales de las agrupaciones de empresas no son siempre las mismas, dependiendo de la configuración del grupo, de las características funcionales de la relación de trabajos y del aspecto de estar afectado por el fenómeno, real o ficticio de empresarios. La jurisprudencia ha utilizado para optar por una u otra de las soluciones diversos criterios, como el de atenerse a la realidad en la identificación del empresario, en virtud del cual debe ser considerado como tal, de acuerdo con el artículo 1.2 del ET, quien organiza y recibe efectivamente la prestación de servicios, la exigencia de la buena fe, el rechazo del fraude de Ley y la valoración de la responsabilidad solidaria, como la solución normal de las situaciones de pluralidad empresarial que inciden sobre la relación individual de trabajo”. Ahora bien, la responsabilidad solidaria no deriva de la simple pertenencia al mismo grupo, sino que es necesaria la presencia de elementos adicionales, de un plus que la jurisprudencia suele residenciar en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1. Prestación de servicios para las diversas empresas, bien de forma indiferenciada o alternativa; 2. Comunicación o trasvase entre los diversos patrimonios sociales, produciendo una situación de confusión entre ellos; 3. Apariencia externa unitaria; 4. Utilización abusiva o fraudulenta de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas; 5. Creación de empresas aparentes sin sustento real.

III. Empresario

La aplicación de la doctrina expuesta al caso enjuiciado conduce a la **STSJ de Aragón de 20 de febrero de 2008**, I.L. J 658, a afirmar que:

“(…) no hay base suficiente en los hechos de la sentencia recurrida para apreciar una responsabilidad laboral común y solidaria entre la empresa empleadora y las demás empresas codemandadas, tal como pide el demandante recurrente, pues la mera titularidad entre sí del capital del grupo, e incluso la dirección unitaria y la existencia de servicios comunes de administración y publicidad, que están probados, no constituyen indicios bastantes para concluir en la existencia de fraude a los derechos de los trabajadores, por connivencia u ocultación o desviación de patrimonio de la empresa, como sería necesario para ampliar la responsabilidad a dichas codemandadas”.

En el mismo sentido, la reiteración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los grupos de empresa (con reproducción expresa de las SSTS de 3 de mayo de 1990 y de 30 de junio de 1993) conducirá a la **STSJ de Madrid de 14 de julio de 2008**, I.L. J 1033, a afirmar la responsabilidad solidaria de las diversas empresas condenadas en instancia, pues si bien “la existencia de un grupo de sociedades no es suficiente por sí misma para acordar la extensión de responsabilidad de manera solidaria a los demás miembros de la agrupación”, ello “sí procede en caso de que concurran los presupuestos determinantes que la jurisprudencia señala, muchos de ellos relacionados, (...) con la (...) doctrina del ‘levantamiento del velo’. Pues bien, del relato histórico de la sentencia se desprende con nitidez la realidad de cuanto antecede. Nótese que no sólo es que todas las empresas traídas al proceso presenten unas notables coincidencias personales, y también familiares, en los órganos de administración y dirección, sino que cuentan con una dirección unitaria, encarnada en las dos personas físicas codemandadas, y se manifiestan hacia el exterior como una auténtica unidad económica, debiendo soportar de igual modo, esto es, como tal unidad de imputación, las responsabilidades dimanantes de los contratos de trabajo de sus empleados, a lo que se añade, de un lado, la evidente confusión patrimonial existente y, de otro, la creación de sociedades de carácter meramente patrimonial”.

B) Despido por causas económicas: deben afectar al grupo de empresas

Entre las muchas consideraciones, argumentaciones y fundamentos recogidos en la **STSJ de Madrid de 14 de julio de 2008**, I.L. J 1033, a la que nos hemos referido en el apartado anterior, se contiene una relativa a la correcta apreciación de las causas económicas justificativas de un despido cuando estamos en presencia de un grupo de empresas. Recordando la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2007, la Sala señalará, en el contexto de un supuesto de hecho realmente complejo que:

“si todas las sociedades traídas al proceso conforman un grupo de empresas a efectos laborales y, tal como concluyó la resolución combatida, se erigen en una única unidad de imputación en punto a hacer frente a las responsabilidades que derivan de los contratos de trabajo de quienes prestan servicios por su cuenta y orden, la situación económica negativa que se arguye como causa del despido objetivo del demandante debería haber afectado al grupo en su conjunto”.

C) Ampliación de la ejecución de sentencia a otra empresa distinta a la condenada alegando la pertenencia de ambas al mismo grupo

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 11 de febrero de 2008, I.L. J 802, debe resolver el recurso de suplicación interpuesto por la empresa “Ropasa Insular, SL” frente al auto del Juzgado de lo Social que extiende a ésta la responsabilidad del pago de las cantidades derivadas de la declaración de improcedencia del despido de un trabajador de otra empresa distinta, alegando la pertenencia de ambas al mismo grupo empresarial, y pese a que la empresa “Ropasa Insular, SL” no fue demandada en un primer momento. La reproducción de los argumentos y criterios contenidos en la STS de 24 de febrero de 1997 en relación a los supuestos de sucesión de empresa, que, según el pronunciamiento judicial comentado, el Tribunal Supremo en su Auto de 27 de junio de 2006 ha aplicado a casos de extensión de la ejecución a empresas integrantes de un mismo grupo empresarial que no fueron condenadas inicialmente en el correspondiente proceso declarativo, conduce a la Sala a la estimación del recurso, concluyendo que

“(…) no puede accederse a la pretensión de ampliación de la ejecución (…) consistente en que se extienda frente a otra empresa que forma parte del mismo grupo empresarial que la ejecutada, pues ello iría en contra de los términos de la resolución judicial y supondría una extralimitación de la parte dispositiva de la misma (título ejecutivo del que deviene la presente ejecución). La posible extensión de la responsabilidad debió hacerse valer por el ejecutante en instancia (…) En el presente procedimiento la relación sustantiva en que se funda la pretensión de cambio de partes en la ejecución (la pertenencia a un mismo grupo empresarial) se producía con anterioridad a la constitución del título ejecutivo que sirve de base a la ejecución (téngase en cuenta que la constitución de la sociedad ‘Ropasa Insular, SL’ es anterior a la de ‘Grupo Ropasa-Servicios y Mantenimientos Ropasa, SL’), por lo tanto, la extensión de la ejecución a otra empresa perteneciente al mismo grupo empresarial no puede llevarse a cabo con posterioridad como incidente dentro de la ejecución ya despachada, siendo necesario para ello iniciar un nuevo proceso declarativo frente a la misma para constituir un nuevo título ejecutivo que la vinculara frente al ejecutante. En términos generales, podemos decir que la condena a las empresas como integrantes de un mismo grupo empresarial únicamente podría haberse sustentado en la promoción del correspondiente proceso declarativo contra todas ellas, de forma que el actor tendría que haber demandado a todas desde un primer momento y no pretender de forma extemporánea, en trámite de incidente de ejecución, que se declare dicha responsabilidad para hacer frente a la deuda contraída”.

5. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase el apartado 7.A).

B) Concepto de propia actividad

En muchas ocasiones nos hemos referido a la importancia que la determinación de la noción de “propia actividad” posee a la hora de determinar si una concreta operación descentralizadora se incluye o no en el ámbito de aplicación del artículo 42 ET. La oscilante jurisprudencia del Tribunal Supremo en otros momentos parece ahora más consolidada y a ella recurre la **STSJ de Cataluña de 17 de abril de 2008**, I.L. J 820, sentencia a la que también aludimos en el apartado 3.A). En efecto, citando la STS de 11 de mayo de 2005, la Sala afirmará que “para delimitar lo que ha de entenderse por propia actividad de la empresa, la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa”, o, en otras palabras, “lo determinante de que una actividad sea propia de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo”. Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, la sentencia comentada mantendrá que forma parte de la propia actividad de la empresa Repsol Butano, SA la labor de construcción de un centro de almacenamiento con GLP, “pues la instalación y suministro de gas propano requiere necesariamente la previa realización de unas obras sin las cuales tal actividad no podría realizarse”.

Más compleja se presenta la cuestión cuando de actividades de promoción y construcción se trata, pues, en estos casos, a la normativa general de aplicación en materia de subcontratación hay que unir las previsiones recogidas en las Leyes sobre ordenación de la edificación. A uno de estos supuestos se refiere la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 24 de abril de 2008**, I.L. J 761, que, tras aludir a las diversas interpretaciones posibles sobre el concepto de “propia actividad” que ha barajado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a saber, la tesis de la indispensabilidad (según la cual se integrarán en el concepto, además de las actividades que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo) y la recién comentada de la inherencia al ciclo productivo y concluir que es esta última la que merece ser acogida, trae a colación la STS de 2 de octubre de 2006 sobre responsabilidad del promotor por deudas del contratista con sus trabajadores para sostener que

“(…) aunque insertas en el mismo sector de la edificación, las actividades empresariales de los promotores y de los constructores son distintas. El promotor desarrolla una serie de acciones de iniciativa, coordinación y financiación de los proyectos de edificación que tienen carácter básicamente administrativo y comercial, mientras que la labor del constructor es fundamentalmente física y productiva. Se trata, por tanto, de actividades empresariales que son en sí mismas diferentes, aunque entre ellas pueda existir una conexión o dependencia funcional y en este sentido la actividad de construcción no es una actividad ‘inherente’ al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria (...) el supuesto de hecho del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, en la medida en que está conectado en el plano de las consecuencias jurídicas con la aplicación de un régimen severo de responsabilidad para las contrataciones en el marco de la propia actividad, parte de una conexión más intensa entre las actividades del principal y del contratista, de manera que se produzca una cierta implicación de las organizaciones de trabajo de los empresarios, como se pone de relieve en el debate sobre el denominado ‘elemento locativo de la contrata’ ya en gran medida superado por las nuevas tecnologías que permiten establecer una implicación entre organizaciones de trabajo por encima de la presencia en el mismo lugar de trabajo y es obvio

que esta implicación no se produce, en principio, entre las organizaciones de trabajo de una promotora inmobiliaria y de una empresa constructora”.

La aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado conduce a la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 24 de abril de 2008**, I.L. J 761, a sostener que la empresa principal, al ser su objeto social y dedicarse a la promoción y gestión de obras, no respondería de los salarios adeudados por la empresa subcontratista con los trabajadores que presten para ella sus servicios.

Finalmente, la **STS de 24 de junio de 2008**, u.d., I.L. J 927, reiterando su doctrina contenida en la Sentencia de 23 de enero de 2008, señalará que “la actividad del transporte sanitario formaba parte necesaria de la prestación de asistencia sanitaria que tiene encomendado el Servicio Navarro de Salud, lo que obligaba a estimar que esa actividad era propia de esa entidad, por lo que, al haber contratado la ejecución de servicios que formaban parte de la ‘propia actividad’, era responsable solidaria de las deudas salariales de la contratista”. Y a esta conclusión y a la aplicación del criterio y doctrina mantenido en la sentencia referenciada no puede oponerse que en aquella ocasión se tratara del transporte sanitario de urgencia, “porque en la declaración de hechos probados que la sustenta consta que se había contratado el transporte urgente y el que no lo era y porque el núm. 4 del Anexo I del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, en su apartado 2º incluye como prestación a facilitar directamente por el Sistema Nacional de Salud el transporte sanitario a secas, que comprende, como allí se dice, el de urgencia y el que no es urgente y viene motivado por la imposibilidad física del beneficiario o por otras causas”.

C) Vinculación de la duración del contrato para obra o servicio a la duración de la contrata

La **STS de 10 de junio de 2008**, u.d., I.L. J 628, recuerda su ya suficientemente consolidada doctrina en atención a la cual se acepta que la duración de una contrata pueda actuar como límite de la duración del vínculo laboral en el marco de un contrato para obra o servicio para declarar que ésta no es de plena aplicación al supuesto enjuiciado, “pues lo que en este caso se ha producido no ha sido la finalización de la contrata, sino que la empleadora contratista ha acordado poner fin a dicha relación laboral cuando todavía estaba vigente la contrata para cuyo cumplimiento había concertado ésta los servicios del trabajador, pero se había producido un hecho (comunicación por parte de la comitente de que, a partir de determinado momento, necesitaba los servicios de un menor número de trabajadores de la contratista) al que la aludida empleadora atribuía virtualidad suficiente para dar por finalizado el contrato en su día convenido con uno de sus trabajadores”. No obstante, continúa el Alto Tribunal, “la repetida doctrina sí puede servir de base y apoyo para la solución que proceda adoptar en el presente caso. Con arreglo a dicha doctrina, está clara la validez del contrato de trabajo celebrado entre la empresa aquí recurrente y el actor, con la cláusula de que dicha relación duraría ‘hasta fin de obra’, esto es, en este caso hasta la terminación de la contrata; pero de la misma manera que el trabajador no podría pretender válidamente que su contrato de trabajo se prolongara más allá de lo que se acaba de expresar, tampoco le resulta lícito a la empresa, en principio, prescindir de los servicios

III. Empresario

del trabajador antes del fin de la obra, que fue lo contractualmente pactado (...) Y como quiera que ni las disposiciones legales y reglamentarias estatales, ni el convenio colectivo aplicable, ni tampoco el propio contrato contienen mandato ni previsión alguna en el sentido de que el tipo de contrato que contemplamos pueda extinguirse por el hecho de que la empresa comitente haya dispuesto que la contratista (la demandada y aquí recurrente) destine a la ejecución de la contrata un menor número de operarios que los inicialmente requeridos, es visto que este hecho no autoriza a la empleadora a dar por finalizada la relación laboral con el actor, pues lo contrario supondría dejar al arbitrio de uno solo de los contratantes (el empleador) la apreciación acerca de la validez y el cumplimiento del contrato, en contra de la prohibición expresa del artículo 1256 del Código Civil”.

D) Responsabilidad solidaria por deudas salariales de la contratista

Véase el apartado 5.B).

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

Ya hemos aludido en crónicas precedentes (véase, por ejemplo, la revista núm. 31), 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 contratas de obras y servicios, debe ser integrada y conectada con los diversos preceptos que establecen las obligaciones y deberes de empresario principal y contratista en la materia, como son los artículos 42 ET, 24.3 LPRL y 42.3 LISOS. Sin embargo, esta labor no ha sido fácil, dando lugar a una fuerte litigiosidad, en la que el dato de que la actividad descentralizada deba corresponder o no a la “propia actividad” de la empresa principal a estos efectos ha estado en el centro del debate. Tres pronunciamientos de la doctrina judicial recaídos en el período examinado se refieren a esta cuestión.

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de mayo de 2008, I.L. J 773, trae a colación la STS de 26 de mayo de 2005 para recordar que en supuestos de contratas de obras y servicios “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”, 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 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”. A continuación la Sala repasa la redacción que regula la responsabilidad solidaria en estas situaciones, a saber, el artículo 24.3 LPRL, el artículo 43.2 LISOS, para añadir que a la hora de determinar la responsabilidad por el recargo, el artículo 123 LGSS

debe ponerse en conexión con tales preceptos, “de forma que la expresión que en el párrafo segundo de éste se contiene sobre la necesidad de que la responsabilidad por falta de medidas de seguridad y el recargo correspondiente en las prestaciones haya de recaer ‘sobre el empresario infractor’ ha de completarse en cada caso con la remisión al análisis del supuesto o supuestos previstos en aquellas normas específicas para determinar, en suma, si es uno solo o son varios los empresarios responsables”. Así las cosas, constatado que la empresa adjudicataria y la subcontratista se dedican a la misma actividad de la construcción, que hubo incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de formación e información sobre los riesgos de la manipulación de la máquina en la que se accidentó el operario, la sentencia de suplicación procede a confirmar la sentencia de instancia que mantuvo la responsabilidad solidaria de empresa principal y contratista por el recargo de prestaciones.

Diverso parece el enfoque de la **STSJ de Cataluña de 11 de abril de 2008**, I.L. J 711, que reproduciendo la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido que “en orden a la definición del término ‘empresario infractor’ (...) la responsabilidad de la empresa principal no deriva de que la contrata tenga por objeto una actividad coincidente con la que es propia de la misma sino en una interpretación del actual artículo 123 sobre la noción de empresario infractor”, siendo lo decisivo que “el trabajo se desarrolle bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercutan en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados del contratista, éste y también la empresa principal, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran”; y de que “si es así (...) 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”; 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 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”, llega a la conclusión de que en el caso de autos procede afirmar la responsabilidad solidaria de empresa principal y contratista por el recargo de prestaciones, dado que “en el supuesto que ahora se analiza el accidente se produjo en presencia del encargado de la empresa principal que ‘estaba en la misma supervisando su ejecución’; pese a lo cual (...) ‘no impidió al trabajador demandado el uso del caballete cuando lo adecuado hubiera sido imponerle el empleo de una plataforma o escalera con peldaños planos para evitar el riesgo de caída (...)’; incurriendo así la recurrente en una infracción de su deber de vigilancia que avala su ratificada solidaria condena”.

Finalmente, la **STSJ de Cataluña de 17 de abril de 2008**, I.L. J 820, cuyo supuesto de hecho detallamos en el apartado 3.A), tras recordar los preceptos normativos de referen-

III. Empresario

cia en la materia, aludir a la noción de centro de trabajo a tales efectos y reproducir la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual, “en relación a la responsabilidad solidaria de la empresa principal en el caso de contratas, cuando lo cuestionado es si esa responsabilidad comprende o no el recargo de prestaciones, (...) cuando se desarrolla el trabajo en el centro de trabajo de la empresa principal, con sus instrumentos de producción y bajo su control es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños al empleado de la contrata, e incluso que su actuación sea la causa determinada del accidente laboral sufrido por éste, y por ello, en estos casos, el empresario principal puede ser empresario infractor a efectos del artículo 93.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 (hoy 123.2 de la LGSS de 1994), añadiendo, que aunque dicha conclusión se establece en un caso claro de contrato para una obra o servicio correspondiente a la propia actividad lo decisivo no es tanto esta calificación como que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad”, mantiene la responsabilidad solidaria de empresa principal y contratista, si bien no puede olvidarse que pese a esta reproducción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo recién realizada, previamente la Sala ha argumentado intensamente la pertenencia a la propia actividad de la empresa comitente de la actividad descentralizada.

F) Sucesión de contratas y sucesión de empresa

Véase el apartado 8.B).

6. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Contrato de puesta a disposición y contratación temporal eventual: duración

La conexión normativa entre el artículo 6.2 de la LETT y el artículo 15 ET ya ha sido objeto de frecuente análisis tanto por la doctrina judicial como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en repetidas ocasiones ha señalado que el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal (STS de 17 de octubre de 2006, u.d., I.L. J 1795, revista núm. 31). A una de estas situaciones se refiere la **STSJ de Cataluña de 22 de mayo de 2008**, I.L. J 716, que desestima el recurso de suplicación interpuesto por una trabajadora frente a la sentencia de instancia que desestimó su demanda por despido. Los hechos eran los siguientes: la trabajadora, contratada por una ETT con un contrato eventual por circunstancias de la producción, presta servicios para la empresa demandada Show Europe, SA, con quien suscribe, con posterioridad a la finalización del contrato con la ETT y sin solución de continuidad, un nuevo contrato eventual que no es renovado una vez llegado su vencimiento. La sentencia comentada, tras declarar que “no existe inconveniente para que un trabajador contratado por una ETT para prestar servicios en una empresa usuaria, terminada su relación, obviamente temporal, con la empleadora

ETT, celebre nuevo contrato, temporal o indefinido, con la misma usuaria, incluso sin solución de continuidad en la prestación de servicios”, analizará las características del contrato temporal utilizado en el caso de autos, el contrato eventual, del que afirma que se caracteriza porque la temporalidad es causal y contingente, y para el que la Ley fija una duración máxima al objeto de evitar que a través de él se lleguen a cubrir necesidades permanentes de las empresas. Ahora bien, añade la Sala:

“Cuando el problema se manifiesta en el ámbito de la actuación de las empresas de trabajo temporal, el artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores debe interpretarse en el sentido de que el contrato temporal requiere necesariamente un término y éste rige la vigencia del contrato, al margen de las circunstancias que justifican el recurso a la contratación temporal, lo que obliga a las partes, en especial a la empresa, que es la que cuenta con la información necesaria para ello, a establecer siempre un término o someterse al máximo sin perjuicio del recurso a las prórrogas cuando la duración fijada no supera la máxima y subsista la necesidad de trabajo temporal; en lo referente a los contratos de puesta a disposición, el artículo 10 de la Ley 14/1994 establece que el contrato de trabajo entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador que ha de prestar servicios en la empresa usuaria puede establecerse por duración determinada coincidiendo con la duración del contrato de puesta a disposición, pero sin olvidar que el artículo 6.2 de la propia Ley dispone que la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, tiene que fundarse en alguna de las causas generales de la contratación temporal y entre ellas la de atender las circunstancias del mercado, la acumulación de tareas o el exceso de pedidos, lo que significa que el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal.”

La traslación de la doctrina expuesta al supuesto debatido conduce a la Sala a la desestimación del recurso, pues, a su juicio, tanto el contrato con la ETT como el posterior con la empresa usuaria demandada cumplieron los requisitos señalados, y no sólo desde el punto de vista formal sino también en cuanto a la validez de la cláusula de temporalidad alegada, destacando igualmente que la duración de ambos contratos no excedió el período de duración máxima, pues el primero (con la ETT) tuvo una duración de menos de 1 mes y medio y el segundo (con la empresa usuaria) menos de 4 meses y medio, con lo que la duración total fue inferior a los seis meses.

7. CESIÓN ILEGAL

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

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

III. Empresario

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 y que no aparecen citadas en otros apartados (STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2008, I.L. J 693; STSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2008, I.L. J 714; STSJ de Madrid de 11 de junio de 2008, I.L. J 781; STSJ de Madrid de 19 de mayo de 2008, I.L. J 874; STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2008, I.L. J 789; STSJ de Castilla-La Mancha de 31 de enero de 2008, I.L. J 794; STSJ de Valencia de 29 de enero de 2008, I.L. J 800), cuatro se decantan por la respuesta positiva en el debate sobre la existencia o no de cesión ilegal, mientras que tres rechazan tal posibilidad. La doctrina y argumentos utilizados en todas ellas son muy similares, reiterando en términos generales los criterios ofrecidos por el Tribunal Supremo (ratificados ahora en el apartado 2 del artículo 43 ET, STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2008, I.L. J 789; STSJ de Castilla-La Mancha de 31 de enero de 2008, I.L. J 794) a la hora de distinguir entre la contrata de obras y servicios y el fenómeno prohibido de la cesión. Como ya hemos apuntado en otras crónicas, la mencionada tesis jurisprudencial se resume de la siguiente forma:

– La cesión ilegal de trabajadores remite a un fenómeno ciertamente complejo en el que 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 Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2008, I.L. J 789; STSJ de Castilla-La Mancha de 31 de enero de 2008, I.L. J 794; STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2008, I.L. J 696; STSJ de Madrid de 19 de mayo de 2008, I.L. J 874).

– Como fenómeno interpositivo de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial (STSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2008, I.L. J 714; STSJ de Madrid de 19 de mayo de 2008, I.L. J 874).

– Por ello la cesión puede tener lugar aun tratándose de dos empresas reales, si el trabajador de una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta, pues lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización no se ha puesto en juego limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo (STSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2008, I.L. J 714; STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2008, I.L. J 693; STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2008, I.L. J 789; STSJ de Castilla-La Mancha de 31 de enero de 2008, I.L. J 794; STSJ de Madrid de 19 de mayo de 2008, I.L. J 874; STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 26 de febrero de 2008, I.L. J 685; STSJ de Valencia de 29 de enero de 2008, I.L. J 800).

- Para decidir si la empresa contratista ha puesto o no en juego su propia organización y medios hay que partir de los hechos probados que será de donde habrá que extraer la consecuencia correspondiente (**STSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2008**, I.L. J 714).
- El poder de dirección se configura como el más importante criterio de delimitación entre la subcontratación y la cesión ilegal de trabajadores (**STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2008**, I.L. J 693). El ejercicio del poder directivo empresarial en las estructuras empresariales complejas que componen la empresa principal y la contratista corresponde únicamente a este último, mientras que el empresario principal es un tercero frente a los trabajadores contratados; al no ostentar respecto de ellos la condición de empleador carece de título contractual para dirigir su trabajo (**STSJ de Madrid de 19 de mayo de 2008**, I.L. J 874).
- Para tratarse de una contrata se deben dar los siguientes requisitos: “a) Disponer de una organización con existencia autónoma o independiente; b) Contar con los medios personales y materiales necesarios para el desarrollo de la actividad; c) Desarrollar una actividad lícita, propia y específica, que se diferencia de la de la empresa principal; d) Organizar, dirigir y controlar efectivamente el desarrollo de su propia actividad, ejerciendo el contratista las funciones inherentes a la condición de empresario, y e) Asumir las responsabilidades y los riesgos propios del desarrollo de una gestión empresarial” (**STSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2008**, I.L. J 714; **STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2008**, I.L. J 693).
- Bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos y, entre ellos, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral y las cesiones con una función interpositoria, donde el cedente es un empresario ficticio y la cesión persigue un objetivo fraudulento. La opción del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores sólo tiene sentido cuando hay dos empresas reales en las que puede establecerse una relación efectiva. En otro caso, la ruptura de la simulación debe permitir recuperar todos los efectos de la relación real sin ninguna limitación temporal (**STSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2008**, I.L. J 714).
- No resulta incompatible con la figura de la cesión ilegal el hecho de que la que aparece como empresa principal pertenezca a la Administración Pública (**STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2008**, I.L. J 693; **STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2008**, I.L. J 696; **STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 26 de febrero de 2008**, I.L. J 685).

La aplicación de tales criterios al caso de autos lleva a la **STSJ de Madrid de 11 de junio de 2008**, I.L. J 781, a concluir en la existencia de cesión ilegal entre las empresas code-
mandadas pues

“los trabajadores fueron contratados por Vexter Outsourcing para pasar a desempeñar en la empresa GM Europe Holdings los trabajos a los que se refieren sendos contratos que se reseñan en los hechos probados segundo y tercero, sin que el objeto de dichos contratos sea la realización de una obra cierta sino que se dirige a obtener la prestación de un

III. Empresario

concreto trabajador cada uno de ellos, para la realización de unas tareas necesarias para la empresa sin autonomía y sustantividad propia dentro de su actividad, habiendo desempeñado sus funciones bajo las órdenes del personal de GM Europe Holdings, en el horario fijado por ésta, con sus medios materiales y en su sede, habiéndose constatado que Vexter no ha puesto en juego su propia organización y medios, sino que se ha producido una mera ficción limitándose a aportar mano de obra sin medios materiales ni humanos para su dirección, limitándose a verificar la asistencia de los trabajadores semanalmente y al pago de sus nóminas,(...) por lo que el recurso ha de tener favorable acogida”.

Idéntica conclusión es la obtenida por la **STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2008**, I.L. J 693, dado que de los hechos probados se deduce que la trabajadora, contratada formalmente por Ineco, sin embargo, en su prestación de servicios para Aena como consecuencia del contrato suscrito entre las dos empresas estaba sujeta a las siguientes condiciones: “horario propio de Aena; vacaciones anuales programadas por y para la plantilla de Aena; sustitución de ‘bajas’ de la actora por personal de Aena; instrucciones recibidas por la trabajadora, dadas por personal de Aena; material utilizado de la misma, utilización de programas informáticos, propiedad de dicha empresa pública, etc.”, todo lo que configura una verdadera cesión prohibida por la Ley, mediante suministro de personal laboral de la plantilla de la empresa auxiliar, a favor de la empresa pública principal.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2008**, I.L. J 789 y la **STSJ de Castilla-La Mancha de 31 de enero de 2008**, I.L. J 794, ambas referidas al mismo supuesto de hecho, tras una detenida exposición de lo que representa el fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores y de la doctrina jurisprudencial sobre su alcance (incorporada ahora con “indudable simetría en la nueva redacción del artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores”), apreciará la existencia del tráfico prohibido en el supuesto debatido, argumentando que

“(…) pese a la indudable dificultad que comporta deslindar entre las diversas figuras jurídicas en juego, estamos en realidad ante una situación de cesión ilegal de trabajadores, si bien ésta no se presenta mediante un burdo procedimiento de cesión clara y directa, sino a través del empleo de figuras y técnicas jurídicas legales, creando la apariencia de una simple relación de contratación mercantil entre empresas propia de los actuales fenómenos de descentralización productiva (...) con independencia de que Lam Fraile, SL esté constituida formalmente como una empresa, tenga suscritos contratos de arrendamientos de servicios con Encasur, haya designado representantes de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, se haga cargo de los gastos de combustible, mantenimiento y reparación de los camiones y otros vehículos con los que presta sus servicios de transporte a dicha empresa, esto no significa que deba ser considerada como una empresa real a los efectos de determinar la existencia de cesión ilegal de trabajadores (...) Es de ver que en este caso, pese a todos los elementos a favor de la existencia de una empresa formal que presta servicios de transporte y manipulación de material para otra empresa a través de un contrato de arrendamiento de servicios, y que (...) constituye una empresa familiar que viene desarrollando una actividad propia y diferenciada de la empresa principal de forma pacífica durante treinta años, es lo cierto, (...) que la empresa empleadora del trabajador (Lam Fraile, SL) no tiene infraestructura propia, pues carece de oficina, sucursal y personal administrativo en Puertollano en las instalaciones de Encasur; la gestión administrativa se efectúa a través de los servicios de una asesoría en Puertollano, y el control de la facturación se hace por

cuenta de los servicios propios de Encasur en Madrid; los nueve trabajadores con los que cuenta son los mismos que prestan servicios en las instalaciones de Encasur en Puertollano, lo que demuestra que la actividad de aquella empresa depende exclusivamente de ésta; y, como pudo constatar la Magistrada de Instancia, las máquinas y camiones necesarios para el transporte objeto de la contrata entre las empresas, los mismos se depositaban en las instalaciones de Encasur, sin estipulación alguna por alquiler de nave. Todo ello constituyen indicios más que suficientes para entender que se trata de una empresa formalmente real, pero materialmente ficticia que juega como intermediador entre los trabajadores y la empresa Encasur, para la que éstos prestan realmente sus servicios, o quien se beneficia de los mismos, a cambio de una contraprestación económica a la empresa contratista bajo el ropaje de un contrato mercantil de arrendamientos de servicios; teniendo en cuenta, además, que el hecho de que el objeto social o la actividad mercantil de una y otra empresa sea diferente, carece de significación alguna, por cuanto es lo natural en los procesos de descentralización productiva que el objeto de las contratas sea distinto del de la empresa principal; ello no hace más que abundar en la apariencia de empresa real que se pretende crear. A estos indicios que muestran la inexistencia de empresa real, con patrimonio, organización y personal propio, hay que añadir aquellos otros que muestran que la empresa Lam Fraile, SL no ejercía el poder de dirección que como tal constituye, junto con el poder disciplinario, una de las facultades —o la más importante— reconocida al empresario (artículo 20 ET), cuyo ejercicio constituye la prueba más genuina de existencia de relación laboral entre empleador y trabajador. En este supuesto resulta de una claridad meridiana que la empresa Encasur era quien ejercitaba el poder de dirección respecto de los trabajadores formalmente contratados como tal por la empresa Lam Fraile, SL, pues, si bien en un primer momento era el encargado de esta empresa quien, siguiendo las instrucciones de los mandos de aquélla, distribuía y coordinaba los trabajos a realizar, es lo cierto que, según se declara probado en el ordinal tercero, posteriormente, los trabajadores de Lam Fraile, SL recibían órdenes directas del personal y mandos de Encasur, en relación a los trabajos concretos a realizar, el señalamiento de los depósitos de carga a los que debían dirigirse, las toneladas que habían de cargar, u otras operaciones concretas de manipulación y transporte en lavadero; sin que pueda aceptarse la alegación de la recurrente al respecto al dar una interpretación diferente del alcance de tales órdenes, argumentando que ha de atenderse a las peculiaridades propias de la actividad llevada a cabo por la empresa Encasur para comprender que tales indicaciones no significan intervención alguna en la distribución y organización del personal ni del servicio. No puede ser admitida dicha alegación porque se trata de una simple afirmación que no puede desvirtuar la realidad probada de que las órdenes e instrucciones concretas en la forma y el modo de realizar la actividad eran emitidas por trabajadores de la empresa Encasur, en coherencia con el nuevo perfil que las relaciones laborales están adquiriendo fruto de los fenómenos de descentralización productiva, que si bien es cierto, pueden flexibilizar la noción de poder de dirección, como afirma la recurrente, tal flexibilidad no puede llegar al punto de que sean los trabajadores de la empresa principal los que dicten las órdenes e instrucciones concretas en la realización de la tareas objeto del contrato de trabajo suscrito con otra empresa, que, a mayor abundamiento no controla ni vigila el desarrollo de la actividad laboral, por cuanto, como se declara probado los socios ni los administradores efectuaban visitas periódicas

III. Empresario

al centro de trabajo, por lo que difícilmente podían ejercitar los poderes de vigilancia y control de la actividad laboral que integran el poder de dirección; luego, partiendo de que dichos poderes están presentes siempre en el desarrollo de la relación laboral, cabe presumir lógicamente que los mismos serían o eran ejercitados por la empresa Encasur”.

Por el contrario, rechazan la existencia de cesión ilegal la **STSJ de Valencia de 29 de enero de 2008**, I.L. J 800 y la **STSJ de Madrid de 19 de mayo de 2008**, I.L. J 874. La primera, frente a la sentencia de instancia que estimó parcialmente la demanda y declaró improcedente el despido de la trabajadora, llega a la conclusión de que

“Atento es una empresa real, no ficticia ni simulada, toda vez que cuenta con una estructura empresarial y realiza una actividad acorde con su objeto social, (...), sin que quepa apreciar una situación de prestamismo laboral prohibido por el ordenamiento jurídico ya que es Atento quien dirige la actividad empresarial objeto de la contrata, siendo en sus locales donde se lleva a cabo dicha actividad y utilizando para ello sus propios medios materiales, sin que obste a dicha conclusión que las bases de datos y los programas fueran de Telefónica y ésta decidiera el desvío de llamadas, habida cuenta de cuál es el objeto de la contrata. También es de destacar, (...) que es Atento quien forma, selecciona, elige y recicla a su personal, así se desprende de los contratos suscritos entre las mercantiles codemandadas (...), de los que también se evidencia que la facturación es por llamadas atendidas, de manera que un aumento o descenso de las mismas incide en el precio de la contrata, lo que descarta la ausencia de riesgo empresarial que aduce la recurrente.”

Por su parte, la **STSJ de Madrid de 19 de mayo de 2008**, I.L. J 874, después de un extenso excursus acerca de los cambios que se han producido en las formas de organización empresarial y de relaciones entre las empresas, donde la externalización ha dejado de ser una opción voluntarista y es difícil encontrar una empresa que no subcontrate, y de una amplia alusión a las más arriba apuntadas tesis y criterios del Tribunal Supremo sobre la distinción entre la institución descentralizadora y el prestamismo vetado, concluye que éste no se ha producido en el caso examinado, pues de los datos fácticos probados se desprende que la empresa cedente ejercita el poder de organización y dirección en el ámbito específico de la actividad contratada, y además

“los coordinadores destacados por Sertel en Zardoya, ante una actividad de atención al cliente que dura 24 horas al día, coinciden sólo parte del tiempo con la persona perteneciente a la plantilla de esta última empresa y que sirve de enlace con Sertel, (...) lo que inevitablemente lleva a la conclusión de que los coordinadores de Sertel eran los únicos encargados de dar las instrucciones por el resto del tiempo a los teleoperadores de esta misma empresa, y el hecho de que estos últimos utilicen los medios materiales dispensados por Zardoya y la actividad laboral se realice en sus instalaciones no es decisivo para concluir que estemos ante una cesión ilegal y no ante una lícita contrata, (...) Si a lo anterior añadimos que Sertel asume la selección, formación y contratación de las personas que prestan sus servicios en Zardoya, y que (...) es Sertel la que organiza los turnos de trabajo, horarios, vacaciones, licencias, reducciones y ampliaciones de jornada de los teleoperadores, llegando incluso a supervisar la calidad del servicio de *telemarketing* mediante llamadas simuladas, no parece que el caso enjuiciado permita ser subsumido en el artículo 43 de del Estatuto de los Trabajadores, puesto que la titular del vínculo laboral con la actora no funciona como

una empresa interpuesta, aparente o ficticia, o que no ponga en juego su poder de organización y dirección, o que carezca como cedente de una actividad, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario, antes bien, Sertel es una empresa real que presta una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal Zardoya, contando aquélla con su propio personal coordinador que se encarga de dar las instrucciones necesarias a los teleoperadores localizados en la empresa cesionaria. Y no sólo eso: también se encarga Sertel de seleccionar, formar y organizar los turnos de trabajo de los teleoperadores, supervisando, en última instancia, la calidad del servicio que los mismos prestan”.

La STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2008, I.L. J 696, a la que nos hemos referido en el apartado B), y la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 26 de febrero de 2008, I.L. J 685, comentada en el apartado C), analizan igualmente supuestos de existencia de cesión ilegal de mano de obra.

B) Ejercicio del derecho de opción: es necesario que la relación laboral esté viva

El artículo 43.4 ET reconoce el derecho del trabajador sometido a tráfico ilegal a adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Ahora bien, como recuerda la STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2008, I.L. J 696, para poder ejercitar el mencionado derecho es necesario que la relación laboral esté viva, por lo que si ésta se ha extinguido ya, aunque haya existido cesión ilegal, no cabe el ejercicio del derecho de opción. Sin embargo, este requisito ha de ser entendido en sus justos términos; por eso, frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda por entender que la demandante carece de acción al haberse extinguido su relación laboral, ya que al tener la sentencia que declara la cesión ilegal carácter constitutivo, sólo puede ser ejercitado este derecho mientras subsista la cesión, la Sala de suplicación señala que los efectos de la cesión se producen desde que ésta concurre y no desde la sentencia que lo declara, por lo que, tal como establecía el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de diciembre de 2006:

“(…) la opción tiene el sentido de proteger el posible interés del trabajador de permanecer en la empresa cedente, aunque eliminado el efecto de la cesión. Pero esto no impide que si se ejercita la opción –como lo será normalmente– por la relación laboral real, esta opción despliegue los efectos que le son propios y que son además los efectos naturales que se derivan de la eliminación de la interposición. En este sentido la opción cuando se ejercita por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición. El efecto constitutivo sólo podría predicarse de la opción ejercitada por el mantenimiento de la relación formal con la empresa cedente y, aun en este caso, tal efecto supondría una reconstrucción de esa relación que tendría que materializarse en la prestación efectiva de trabajo para el empresario inicialmente cedente, poniendo en todo caso fin a la cesión”.

Siendo así, puesto que en el caso de autos la demandante ejercita su opción frente a la cesionaria, concluye el pronunciamiento que comentamos, la sentencia no es constitutiva

III. Empresario

y por lo mismo la demandante puede ejercitar su acción frente a ella ya que la relación laboral sigue vigente.

Conviene apuntar que, en relación a esta concreta cuestión, la **STSJ de Madrid de 19 de mayo de 2008**, I.L. J 874, a la que nos hemos referido en el apartado precedente, señala, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y respecto al alcance del artículo 43.3 ET, que “siendo que las codemandadas funcionan en el tráfico como empresas reales, nunca la condena produciría efectos *ex tunc*, sino *ex nunc*, que es el propio de la sentencia constitutiva de la cesión”.

C) Efectos del reconocimiento de cesión ilegal: diferencias retributivas

El artículo 43.4 ET, al enumerar los derechos y garantías reconocidos a los trabajadores sometidos a tráfico ilegal, señala que, en el supuesto de que éstos optaran por adquirir la condición de fijos en la empresa cesionaria, sus derechos y obligaciones serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal. Con este marco normativo, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 26 de febrero de 2008**, I.L. J 685, debe resolver si, una vez adquirida la condición de personal laboral indefinido no fijo de plantilla en la Consejería de Medio Ambiente y Política Territorial del Gobierno de Canarias como consecuencia de la declaración de existencia de cesión ilegal entre la empresa Gesplan, SA, que los contrató y la citada Administración, los trabajadores sujetos al tráfico prohibido tienen derecho o no a las diferencias retributivas que reclaman y que derivarían de la aplicación del convenio colectivo del personal único para el personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda, y frente a ella interpone recurso de suplicación la Administración demandada, argumentando que dado que la sentencia firme que declaró la existencia de cesión ilegal y el derecho de los trabajadores a adquirir la condición de personal laboral con vínculo indefinido de la Consejería de Medioambiente y Política Territorial del Gobierno de Canarias es de carácter meramente declarativo y produce efectos *ex nunc*, es decir, únicamente a partir de su firmeza, sólo a partir de ese momento los actores adquieren el derecho a ser retribuidos conforme a las tablas salariales del Convenio Colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma, por lo cual no tienen derecho al abono con carácter retroactivo de diferencias salariales. La sentencia que comentamos, tras aludir al significado de la institución de la cosa juzgada, tanto material como formal y de sus efectos positivos y negativos, así como a la finalidad de la cesión ilegal y a sus diferencias con la contrata de obras y servicios, señala que

“Reclamando los actores en el presente procedimiento las cantidades no prescritas que les debieron ser abonadas por aplicación de las tablas salariales del Convenio Colectivo de aplicación a la empresa real, que no le fueron pagadas al incurrir la Administración demandada en una situación de cesión ilegal de trabajadores propiciada con la finalidad evidente de eludir la aplicación del ordenamiento jurídico vigente y particularmente el Convenio Colectivo de aplicación, acceder a lo solicitado por la Consejería recurrente supondría, ni más ni menos, consagrar una situación de tráfico de trabajadores manifiestamente ilegal y beneficiar a quien la ha propiciado. En otras palabras, el salario debido a los demandantes

por los servicios prestados en la empresa real es aquel que les correspondía en derecho y no el que arbitrariamente se les abonaba a través de la empresa ficticia, pues sería contrario al principio de buena fe aceptar una actuación unilateral y fraudulenta de la empleadora encaminada a perjudicar al trabajador, entre otras cosas, en sus retribuciones.”

Y, en lo que al alegado carácter declarativo de la sentencia que reconoce la existencia de cesión respecta, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 26 de febrero de 2008**, I.L. J 685, apunta que es una discusión completamente irrelevante, si bien manifiesta su “más completo desacuerdo con la calificación que la parte recurrente hace de la misma como declarativa, pues el fallo de las sentencias que ponen fin a un procedimiento ordinario sobre derechos en el que se resuelve una acción de cesión ilegal de trabajadores, en base a lo dispuesto en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, es típicamente de condena y susceptible de ser ejecutado autónomamente y sin necesidad de entablar un procedimiento posterior y no meramente declarativo”.

D) Despido y cesión ilegal: articulación procesal

La garantía de la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario de las obligaciones contraídas con los trabajadores y la Seguridad Social en los supuestos de tráfico ilegal de mano de obra consagrada en el artículo 43.3 ET, plantea ciertos problemas de índole procesal cuando de lo que se trata es de proyectarla sobre las eventuales consecuencias de la declaración de improcedencia de un despido que afecta a un trabajador sujeto a la cesión ilícita. A algunos de estos casos nos hemos referido en crónicas precedentes (véase, por ejemplo, crónica 35) y a uno similar debe enfrentarse la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de febrero de 2008**, I.L. J 848. En el supuesto enjuiciado por este pronunciamiento judicial, la sentencia de instancia, estimando la demanda de la trabajadora, declaró la existencia de cesión ilegal entre las empresas Servintegral Canarias, SL e Insular de Aguas de Lanzarote, SA, condenando a ambas a las consecuencias de la declaración de nulidad del despido de la trabajadora efectuada por la primera de las empresas mencionadas. Recurre en suplicación Insular de Aguas de Lanzarote, SA, alegando, entre otros motivos, infracción del artículo 55.5 ET en relación con el artículo 56 ET, pues se le responsabiliza de un despido que no llevó a cabo y del que desconoce su razón. La Sala razona que, apreciada la existencia de cesión ilegal por la sentencia de instancia, “y siendo Insular de Aguas de Lanzarote la empresa real y Servintegral Canarias SL la empresa interpuesta, la extinción de la relación, pese a que formalmente fuera decidida por ésta, ha de ser asumida por ambas y ambas han de responsabilizarse de sus consecuencias”, y, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, añade que éste “en casos idénticos al aquí planteado siempre ha admitido la necesidad de que en el pleito seguido por despido se dilucidara la figura del verdadero empleador y en Sentencia de 19 de enero de 1994 resuelve la delimitación de responsabilidades entre las empresas codemandadas, una vez que en el propio litigio por despido quedó constatada la existencia de cesión ilegal, declarando que, en caso de discrepancia, la opción prevista en el artículo 56 ET corresponde al empleador efectivo”. Eso sí, la sentencia de suplicación confirma la sentencia de instancia pero “suprimiendo la declaración de cesión ilegal contenida en el fallo al suponer una extralimitación de la

III. Empresario

Juzgadora ya que en ningún momento se interesó un pronunciamiento de esta clase y la cesión ilegal exclusivamente hubo de examinarse como cuestión prejudicial en orden a la determinación del verdadero empleador, la delimitación de responsabilidades y el salario que a la actora correspondía al tiempo del despido”.

8. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho

Los pronunciamientos judiciales continúan poniendo de manifiesto que el más importante nicho 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 tres pronunciamientos del Tribunal Supremo relativos al supuesto de hecho del artículo 44 ET en los que la falta de contradicción alegada ha impedido al Alto Tribunal entrar a conocer sobre el fondo del asunto, pero que, no obstante dejamos apuntados por la que de utilidad puedan tener en el análisis de las soluciones acogidas por las resoluciones judiciales en contraste; son la **STS de 28 de mayo de 2008**, u.d., I.L. J 614, la **STS, de 28 de mayo de 2008**, u.d., I.L. J 615 y la **STS de 27 de mayo de 2008**, u.d., I.L. J 886, todas referidas a supuestos de reversión a la empresa principal del servicio de restauración en un hospital previamente descentralizado.

Por el contrario, sí aprecia la contradicción alegada la **STS de 27 de junio de 2008**, u.d., I.L. J 983, que también analiza un caso de reversión a la empresa principal de un servicio previamente externalizado a través de sucesivas contrata. Y, entrando a conocer el fondo del asunto, la conclusión a la que llegará el Tribunal Supremo será la de que en el caso enjuiciado no existió sucesión de empresa. Los hechos eran los siguientes: la empresa “Repsol Petróleo, SA” tenía descentralizado el servicio de mantenimiento eléctrico de sus instalaciones con sucesivas empresas contratadas al efecto, la última de ellas la empresa “Crespo y Blasco, SA”. La empresa principal decide asumir la actividad de manera directa y dar por terminada la contrata, debiendo determinarse si, como consecuencia de ello, debe hacerse cargo de los trabajadores de la empresa “Crespo y Blasco, SA” que llevaban a cabo en aquélla tareas de mantenimiento eléctrico. Frente a estos hechos, y tras una larga relación de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han abordado la cuestión (Watson Rask; Schmidt, Rygaard, Süzen, Sánchez Hidalgo...), la sentencia examinada llega a la conclusión de que el supuesto debatido “puede encuadrarse y ser resuelto con arreglo a las previsiones de la sentencia Hernández Vidal, en la que el TJCE se pronunció sobre un caso de reversión o reasunción de los servicios de limpieza por parte de la empresa principal, dedicada a la fabricación de chicles y golosinas, dejando entonces de prestar servicios en los locales las dos limpiadoras que dependían de una empresa ex-

terna de limpiezas, sin que ninguna de las dos empresas asumiese la continuación de los contratos de trabajo”. Aplicando la tesis recogida en dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo afirmará que

“(…) en empresas de limpieza, o de servicios, como ocurre en el caso de autos, en las que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que mantendrá su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. Aplicando la referida doctrina al supuesto que ahora se resuelve nos encontramos con que la empresa para la que prestaban sus servicios los cinco trabajadores demandantes, ‘Crespo y Blasco, SA’, cuenta con una plantilla de 580 empleados, y para la realización de los trabajos de mantenimiento eléctrico contratados con Repsol utiliza medios humanos de coordinación y elementos materiales propios –instrumentos, maquinarias y vehículos–, lo que supone una estructura empresarial estable para el desempeño de la actividad, que en el caso concreto de los actores realmente era en esencia de aportación de mano de obra, de forma que aun considerando que ésta era la particularidad esencial de la empresa contratista en Repsol, lo cierto es que al limitarse esta última empresa a dar por terminado en su momento el contrato con Crespo y Blasco y no asumir a ningún trabajador de la plantilla de ésta, aunque continuase la actividad, no cabe aplicar el artículo 1.1 de la Directiva ni el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, pues no existió sucesión de empresa en los términos legalmente previstos en las referidas normas, que de esta forma fueron infringidas por la sentencia recurrida cuando confirmó la decisión de instancia que había entendido que se produjo un despido al negarse Repsol a incorporar a los demandantes en su plantilla para llevar a cabo las funciones de mantenimiento reasumidas por aquélla”.

Sobre la delimitación del supuesto de hecho, véanse también los apartados 8.B) y 8.E).

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

La correcta configuración y la determinación de los elementos definitorios del supuesto de hecho de la sucesión de empresa han dado origen, y siguen dándolo, a una abundantísima doctrina judicial y jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como a una nutrida doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A los “diálogos en convergencia y divergencia entre el legislador comunitario y el Tribunal de Justicia Europeo”, se unieron los encuentros y desencuentros entre nuestro Alto Tribunal y el de las Instituciones comunitarias y a todo ello se sumó el intercambio argumental y discordante entre aquél y el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. El debate parece lejos de cerrarse y la **STS de 29 de mayo de 2008**, u.d., I.L. J 889, así lo confirma. En el caso de autos, las trabajadoras venían prestando servicios como limpiadoras para la Fundación Hospital Asilo de Nuestra Señora, que, debido a su mala situación económica, decidió ceder la prestación del servicio de limpieza del hospital, que hasta enton-

III. Empresario

ces había llevado directamente, a la empresa Ecolimpieza Extremadura, SL. La empresa notificó a las trabajadoras, ahora demandantes, que se había producido el cambio de titularidad de la unidad productiva del servicio de limpieza a favor de la empresa Ecolimpieza, que se subrogaba en los derechos y obligaciones existentes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 ET. Las trabajadoras continuaron trabajando sin solución de continuidad en la limpieza del hospital después de que hubiera asumido el servicio la empresa Ecolimpieza, abonándoles esta empresa sus salarios con puntualidad y sin las dificultades que la anterior prestataria tenía. En ese contexto, tanto la sentencia de instancia como la de suplicación desestimaron la pretensión de las trabajadoras de que se declarara la inexistencia de subrogación y, en consecuencia, se condenara a la Fundación Hospital Asilo Nuestra Señora del Pilar a su readmisión inmediata, con reasunción de la relación laboral. Por el contrario, el Tribunal Supremo entenderá que el caso enjuiciado no encuentra acomodo en el ámbito normativo del artículo 44 ET, “pues no se trata de un verdadero supuesto de sucesión de empresas”, por lo que estima el recurso y la demanda inicial.

En su argumentación, el Tribunal Supremo recuerda su jurisprudencia tradicional a tenor de la cual para que exista transmisión de empresa ex artículo 44 ET no basta con el hecho de que trabajadores de una entidad pasen a prestar servicios a otra compañía diferente, siendo de todo punto necesario que además se haya producido “la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación”. Y añade que, al no constar en el caso de autos ninguna transmisión patrimonial a favor de Ecolimpieza Extremadura, SL, según esta jurisprudencia no sería posible considerar que se trata de un supuesto incardinable en el artículo 44 ET. A continuación señala cómo esta doctrina se reforma a partir de la STS de 20 de octubre de 2004, que acepta los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con cita de abundantes sentencias, y cómo la modificación de la Directiva comunitaria da lugar, en su transposición al ordenamiento español, a la reforma del artículo 44 ET por la Ley 12/2001 y a la inclusión, en términos casi idénticos a los recogidos en la norma comunitaria, de un nuevo apartado en el artículo 44 ET, el 2, que define el elemento objetivo exigible en todo fenómeno de sucesión empresarial. Y, sobre la base de tales criterios jurisprudenciales y normativos el Alto Tribunal afirma que

“Es claro, por consiguiente, que si no se produce la cesión de ese conjunto de medios organizados difícilmente podrá existir traspaso o sucesión de empresas. De ahí que, en principio, no pueda calificarse de traspaso o sucesión de empresa la mera cesión de actividad o la mera sucesión de plantilla.”

A esta contundente afirmación sigue un reposado repaso a los criterios y pautas que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido acerca de los elementos definitorios de la sucesión de empresa, recalcando que a tenor de éstos “la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica”. La aplicación al caso enjuiciado de todas estas consideraciones conduce a la Sala a afirmar 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 en

él tan sólo se ha producido una cesión de actividad (la actividad de limpieza), y la mera cesión de actividad, sin ir acompañada de la transmisión de otros elementos, no constituye ningún traspaso o sucesión de empresa”. Por lo tanto y, en conclusión, continúa la sentencia,

“(…) es claro que no puede afirmarse que se haya transmitido una entidad organizada, en cuanto que lo que se ha hecho es proceder a la cesión de un grupo de personas dedicadas a una determinada actividad dentro de una empresa, lo que por sí solo y en defecto de elementos probatorios que lo hubieran acreditado, no puede calificarse como tal, para decidir que lo transmitido constituye una entidad en el sentido en que viene requerido tanto por las Directivas comunitarias como por el artículo 44 ET”.

Pero no acaba aquí la argumentación, y el Tribunal Supremo termina aludiendo a la doctrina de la sucesión en la plantilla y a su eventual aplicabilidad al caso enjuiciado, que rechaza, pues, trayendo a colación la argumentación contenida en su Sentencia de 20 de octubre de 2004, en el sentido de que “la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real”, sostendrá que en el caso debatido no cabe hablar de la existencia de un supuesto de “sucesión en la plantilla”, toda vez “que la asunción de la plantilla de limpiadoras por Ecolimpieza Extremadura SL no es en absoluto pacífica, pues la práctica totalidad de esas limpiadoras han presentado la demanda origen de este proceso en la que han solicitado se declare la nulidad de tal cesión. Lo cual obliga a concluir que no cabe apreciar la existencia de ‘sucesión de plantilla’ en el caso enjuiciado. Por consiguiente, si no existe transmisión de elementos materiales y tampoco puede apreciarse la concurrencia de ‘sucesión de plantilla’, en los términos y condiciones que la doctrina de la Sala requiere al objeto de que tratamos, es obvio que no puede sostenerse que exista en el caso de autos una sucesión de empresa de las que se regulan en el artículo 44 del ET”.

Es de sobra conocido que al Tribunal Supremo nunca le gustó la doctrina de la sucesión de la plantilla elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que siempre la ha asumido a “regañadientes”, haciendo ver las, a su juicio, evidentes incongruencias que ésta encierra y los, en su opinión, resultados en ocasiones indeseados e indeseables a los que puede conducir. En esta ocasión trae a colación el Alto Tribunal su doctrina sentada en un supuesto muy concreto y específico (recordemos que del mismo el propio Tribunal Supremo ha indicado, STS de 12 de diciembre de 2007, u.d., I.L. J 2335, “la singular situación planteada y la solución excepcional que merecieron”, pues en él no había existido un verdadero cambio de titularidad en la empresa “sino que meramente se había dado entrada a una nueva empresa que, junto con la anterior y en régimen de competencia con ella, vino a repartirse el desempeño de una actividad que hasta entonces venía siendo realizada por una sola en régimen de monopolio”) como es el de la liberalización del servicio de asistencia en tierra a aeronaves y pasajeros que con anterioridad asumía Iberia en monopolio y en relación al cual siempre ha mantenido que se trataba de un caso de subrogación contractual en el que era imprescindible el

III. Empresario

consentimiento del trabajador afectado, con independencia de que el pliego de condiciones del concurso público para la adjudicación de la concesión impusiera al adjudicatario la obligación de subrogarse en las condiciones legalmente establecidas del personal que el primer concesionario *handling* destinaba a la prestación del servicio, “porque tal pliego podrá ser obligatorio para la empresa que lo ha aceptado, creando para ella la obligación de admitir a los trabajadores de Iberia que decidan pasar a la misma, pero, desde luego, no obliga a los trabajadores que ni han participado en ese concurso, ni por su condición de personas pueden ser objeto del mismo” (STS de 20 de octubre de 2004). Y de igual manera, vuelve a reiterar la tesis en este pronunciamiento recogida a tenor de la cual para que la asunción de plantilla opere como tal debe tratarse de una asunción real, efectiva y pacífica y no de una mera decisión unilateral de una parte que haya sido objeto de impugnación por los trabajadores. El problema es que, extraída de su inicial ámbito de creación y aplicable con pretensiones de generalidad a todos los supuestos de transmisiones de empresas, esta tesis de la asunción de plantilla “en los términos y condiciones que la doctrina de la Sala [del Tribunal Supremo] requiere al objeto de que tratamos”, amén de no parecer encajar del todo con los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que dice aplicar, termina por convertir a la voluntad de los trabajadores afectados en elemento determinante de la sucesión en aquellos supuestos de actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra y en los que no hay transmisión patrimonial notoria. En efecto, pese a que la subrogación es un efecto *ope legis* que el legislador asigna una vez producido el supuesto de hecho del artículo 44 ET, en estos casos, la oposición de los trabajadores a la subrogación hacen que la asunción de personal no se produzca de manera pacífica y real y, por ende, que, según la tesis de la asunción de plantilla recreada por el Tribunal Supremo, no estemos ante un supuesto del artículo 44 ET.

Distinta es la conclusión a la que llegan las sentencias de suplicación recaídas en el período examinado y que se refieren a supuestos de sucesión de contratos o concesiones administrativas. La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de mayo de 2008**, I.L. J 829, tras recordar que “según la doctrina jurisprudencial española, para la operatividad del mecanismo jurídico de la subrogación prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, es precisa la concurrencia de dos requisitos: a) Autonomía, es decir, la unidad productiva que se transmite ha de constituir un conjunto de elementos productivos o patrimoniales dotado de suficiente autonomía funcional; y b) Continuidad, la sucesión requiere una continuidad en la actividad y en la prestación de servicios. De tales elementos se desprende la necesidad de que en los supuestos de sucesión de empresas exista una transmisión patrimonial entre los sucesivos empleadores, es decir, la transmisión de una unidad patrimonial con vida propia”, y señalar que “tal interpretación no es ajustada a la que hace el Derecho Comunitario Europeo”, afirmará que en el caso enjuiciado se produjo una sucesión *ex* artículo 44 ET. Las circunstancias de hecho probadas y las conclusiones a ella conexas las expresa la sentencia en examen en los siguientes términos:

“los actores vinieron prestando sus servicios para Mantenimiento de Infraestructuras, SA desde el día 21 de noviembre de 2003 hasta el día 30 de septiembre de 2004 en el ‘Control de la laja, locales técnicos de estos túneles, las instalaciones complementarias y

los tramos de carreteras que tengan relación viaria con los túneles siguientes: Túnel Santo Domingo en la GC3; Túnel Pedro Hidalgo en el ramal; Túnel Montañeta, en el ramal (acceso a Tafira); Túnel Lomo del Tablero en la GC3; Túnel Marzagan en la GC4 y el Túnel el Sabinal en la GC3', en virtud de las obras de la 'Autovía de Circunvalación a La Palmas de Gran Canaria fase III' que tenía adjudicada la contratista Circunvalación III UTE (FCC Construcción, SA, Dragados SA y Matías Marrero). Con fecha 1 de octubre de 2004 los trabajadores suscribieron con la entidad recurrente (UTE Área Metropolitana) nuevos contratos para prestar las mismas funciones en el centro de control de túneles, en virtud de la recepción definitiva de aquellas obras de la Autovía por el Cabildo de Gran Canaria cuya conservación, incluida en la de todas las carreteras del Área Metropolitana de Gran Canaria, había adjudicado a dicha entidad el día 17 de junio de 2004; de tal forma que los trabajadores mantuvieron su misma actividad sin solución de continuidad tras la entrada efectiva de la adjudicataria. Ello implicó la concurrencia de la sucesión empresarial referida que se produjo *ex lege*, cuya circunstancia no podía ser obviada por la recurrente bajo el argumento de que ahora se trataba de una contrata pública de mantenimiento y antes de una contrata privada de construcción, porque independientemente de que el artículo 31 del Convenio General del Sector de la Construcción publicado en el BOE de 10 de agosto de 2002, se refiere a los trabajadores empleados por empresas y entidades de derecho público que se sucedan, en este caso los actores fueron empleados en el mismo cometido de control de los túneles primero con motivo de la construcción de la Autovía y después para su mantenimiento”.

Por su parte, la STSJ de Baleares de 16 de abril de 2008, I.L. J 757, en aplicación del convenio colectivo de limpieza de edificios y locales, apreciará la existencia de sucesión empresarial en el caso enjuiciado, declarando el derecho de la actora, en su condición de fija discontinua, a ser llamada al reiniciarse la actividad por la nueva contratista, “siendo indiferente que la nueva contratista lo fuera por adjudicación directa o concurso público”.

C) Mecanismo de sucesión *ex lege*

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de mayo de 2008, I.L. J 829, comentada en el apartado precedente, señalará, en apoyo de sus conclusiones que

“A juicio de esta Sala, el mecanismo de sucesión *ex lege* previsto en el Estatuto de los Trabajadores para los casos de sucesión empresarial es indisponible para las partes (*ius cogens*), de forma que cuando se dan todos los requisitos exigidos para que opere, el mismo entra en juego inexorablemente y con independencia de la naturaleza pública o privada de la empresa en la que preste servicios el trabajador. Todo ello con independencia de que, en aquellos casos especiales en los que un convenio colectivo o un pliego de condiciones de un concurso de adjudicación de una concesión administrativa impongan la subrogación del personal en los supuestos de cambio de empresario (normas más favorables para el trabajador), la misma operará aunque no se den los requisitos previstos en el tantas veces referido artículo 44 del Estatuto.”

III. Empresario

Probablemente convendría precisar el alcance exacto de la actuación *ex lege* del mecanismo subrogatorio una vez producido el supuesto de hecho del artículo 44 ET, y el significado que cabe dar a la expresión “indisponibilidad para las partes” de la garantía contenida en el citado precepto. Lo que queremos indicar es que si bien el artículo 44 ET establece un presupuesto de hecho objetivo que, como tal, desencadena el efecto subrogatorio, con independencia del interés expresado por las partes y tanto si éstas prestan su consentimiento como si muestran su oposición, sin embargo, no impone imperativamente la subrogación cuando hay pleno acuerdo entre las partes afectadas, de modo que éstas pueden pactar la continuidad de ciertos contratos laborales con el anterior empresario; en todo caso, lo que queda excluido es la extinción contractual o la continuidad en la empresa cedente en contra de la voluntad del trabajador afectado.

D) Convenio colectivo aplicable

Tras la modificación del artículo 44 ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio (BOE del 10), el nuevo apartado 4, párrafo 1º, del precepto señala que “salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida”. Sin embargo, ya antes de existir esta previsión normativa expresa la práctica había dejado ejemplos de acuerdos suscritos en el contexto de procesos de sucesión empresarial en los que empresarios y representantes de los trabajadores determinaban las condiciones de trabajo que habrían de aplicarse a los trabajadores transferidos una vez la transmisión fuera efectiva. Normalmente estos acuerdos de homologación se suscribían con anterioridad a que el cambio de titularidad empresarial se hubiera producido, lo que difiere del supuesto previsto en el artículo 44.4 ET recién mencionado y ha dado origen a ciertas dudas doctrinales acerca de su viabilidad y legitimidad una vez operada la reforma del precepto estatutario, máxime teniendo en cuenta los términos imperativos en que éste ahora se pronuncia. A uno de estos acuerdos se refiere la **STS, de 4 de junio de 2008**, u.d., I.L. J 618, en la que se debate si a las demandantes, una vez producida la subrogación, se les ha de respetar sus categorías iniciales de Oficial de 1ª y 2ª –y no las que les han sido reconocidas de especialistas–, o si, como entiende la empresa, que no existiendo en el convenio colectivo aplicable en su propio grupo profesional dichas categorías iniciales, están bien encuadradas como especialistas, pues cubre el profesigramas que ya venían realizando con sus anteriores categorías y les corresponde el mismo salario que estaban percibiendo. Se da la circunstancia de que las demandantes, trabajadoras de la empresa Valeo Climate Control de España, SA, fueron subrogadas a la empresa Valeo Climatización, SA, habiéndose acordado con anterioridad a la fecha de la transmisión por la primera de las empresas citadas y el Comité de Empresa que, al objeto de alcanzar la máxima homogeneidad en las conductas del personal, una vez producida la sucesión se aplicaría el convenio colectivo de la empresa cesionaria, manteniéndose como garantías *ad personam* para el personal afectado por la subrogación las condiciones económicas que resultaran superiores después de la aplicación del nuevo convenio. El Alto Tribunal desestima, al igual que las sentencias de instancia y de suplicación, el recurso de las trabajadoras

pretendiendo que se las integre en el Convenio Colectivo de Valeo Climatización, SA, con las categorías de Oficial de 1ª y 2ª, alegando que

“Las actoras están encuadradas en el grupo profesional de taller y el convenio colectivo aplicable ya indicaba que en dicho grupo no existían las categorías de oficiales ni de 1ª ni de 2ª, y sí únicamente la de especialista, por lo que a sus términos ha de estarse por ser esto lo pactado. En consecuencia, la norma aplicable no puede ser otra que el Convenio Colectivo de Valeo Climatización; impidiéndose el ‘espiguelo’ por aplicación del principio de apreciación conjunta. Teniendo en cuenta que el referido Convenio no contiene respecto a la cuestión examinada ninguna laguna; no es posible la aplicación subsidiaria por remisión de la Ordenanza. El Acuerdo de 28 de marzo de 2000 no hace ninguna referencia a que se tenga que respetar a ninguna trabajadora la categoría profesional citada; por lo que, procede –cual se pactó–, la aplicación íntegra del Convenio Colectivo de Valeo Climatización.”

E) Cesión de contratos: novación subjetiva empresarial

La correcta determinación de si nos encontramos o no ante un supuesto incardinable en el ámbito aplicativo del artículo 44 ET resulta fundamental a la hora de precisar el alcance jurídico de la subrogación empresarial, y ello porque aunque ésta puede venir impuesta por diferentes vías –artículo 44 ET, por convenio colectivo, o porque así venga previsto en el clausulado condicional de un pliego de condiciones administrativas–, sus efectos y naturaleza son diversos. En el caso del artículo 44 ET el mecanismo de sucesión actúa *ex lege*, de forma que cuando se dan todos los requisitos exigidos para que opere, éste entra en juego inexorablemente. Muy distinta es la situación cuando de lo que se trata es de una subrogación contractual pues en este caso para que opere el efecto subrogatorio es necesario el consentimiento del trabajador afectado. A uno de estos supuestos alude la **STSJ de Valencia de 19 de febrero de 2008**, I.L. J 814, que, al no apreciar sucesión empresarial en el caso enjuiciado sino cesión de contratos de trabajo, señala que éste “sin el consentimiento del trabajador afectado no puede imponérsele, por lo que se ha de concluir que el demandante que no ha aceptado ni expresa ni tácitamente la cesión de su contrato de trabajo (conviene recordar aquí que el finiquito suscrito por el demandante respecto a Doux Ibérica, SA es con reserva de acciones) mantiene su relación laboral con Doux Ibérica, SA (cedente), y la decisión empresarial de rescindir dicha relación, traspasándolo a la plantilla de Disjuvi Exclusivas Avícolas, SL (cesionaria) con efectos de 5 de marzo de 2007 se ha de calificar como despido improcedente, tal y como postula el demandante ahora recurrente, lo que determina la condena de Doux Ibérica, SA a las consecuencias legales establecidas en el artículo 56 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Pero, probablemente, lo más interesante del pronunciamiento en examen no sea tanto la cuestión del régimen jurídico de la transmisión operada cuanto la relativa al dato mismo de estar en presencia de un caso de subrogación contractual y no propiamente de sucesión *ex artículo 44 ET*. A tales efectos, la Sala estima el recurso de suplicación y acepta la alegación de la recurrente en el sentido de que en el caso de autos no se dan los requisitos estable-

III. Empresario

cidos en el artículo 44 ET para apreciar la existencia de sucesión empresarial, ya que no ha habido transmisión de elementos patrimoniales, sino una mera transferencia de parte de la actividad de Doux Ibérica, SA que pasa a realizarse por Disjuvi Exclusivas Avícolas. En apoyo de su conclusión la sentencia de suplicación acude a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en especial a la STS de 3 de junio de 2005, para, posteriormente declarar que “los hechos expuestos no evidencian una real transmisión de elementos patrimoniales por parte de Doux Ibérica, SA a Disjuvi Exclusivas Avícolas, SL y es que no deja de ser significativo, (...) que en el contrato de distribución de carácter mercantil suscrito entre Doux Ibérica, SA y D. Marco Antonio (...) tan sólo se concreten las máquinas y utensilios (dos impresoras y tres vehículos) que utiliza Doux Ibérica, SA en la explotación de la actividad llevada a cabo en el local de Catarroja y que no son comprados por el distribuidor y en cambio no se concreten los enseres, maquinaria y utensilios que se encuentran en referido local de Catarroja y que son adquiridos por el distribuidor y aunque es cierto que se alude a que (...) se realizará un inventario de los productos que se encuentren en el interior de la delegación y se procederá a su venta, mediante factura al distribuidor, no consta la realización de dicho inventario ni de la factura de venta, lo que lleva a concluir que o bien Disjuvi Exclusivas Avícolas, SL no ha llegado a adquirir maquinaria alguna de Doux Ibérica, SA o bien que la adquirida es de tan escasa entidad patrimonial que las partes ni siquiera se han molestado en documentarla, todo lo cual viene a corroborar que el objeto del negocio jurídico suscrito por las mercantiles codemandadas es la cesión de parte de la distribución llevada a cabo por Doux Ibérica, SA y no la transmisión de un establecimiento empresarial, siendo también de destacar que la titularidad del local de Catarroja en que desarrollaba su actividad Doux Ibérica, SA tampoco es objeto de transmisión, produciéndose un mero cambio en la persona del arrendatario de dicho local que de ser Doux Ibérica, SA pasa a serlo Disjuvi Exclusivas Avícolas, SL la cual tampoco adquiere el programa informático de Doux Ibérica, SA sino que ésta se lo facilita durante los tres primeros meses, pasando luego Disjuvi Exclusivas Avícolas, SL a adaptar su propio programa, siendo lo único transmitido por Doux Ibérica, SA a Disjuvi Exclusivas Avícolas, SL, parte de la actividad por ella desarrollada, en concreto, la distribución y venta de pollos frescos (se excluyen pues los productos congelados) a determinados clientes que se encuentran relacionados en el Anexo III del contrato (...), si bien no a todos ellos ya que algunos de dichos clientes fueron excluidos en la novación del contrato suscrita entre las mercantiles codemandadas el 26 de febrero de 2007”. Y en relación al dato probado de que el nuevo distribuidor, D. Marco Antonio (que se comprometía a constituir una empresa dedicada a la distribución y venta de productos frescos refrigerados y congelados –Disjuvi Exclusivas Avícolas, SL–) se subrogó respecto a casi la totalidad de la plantilla del antiguo proveedor –Doux Ibérica, SA–, la Sala argumentará que

“la asunción de casi la totalidad de la plantilla no es en el presente caso un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa ya que como razona la sentencia del TS antes reseñada, el efecto de la transmisión es precisamente la asunción de la plantilla de la empresa cedente por la cesionaria, con lo que no cabe, en principio, transformar ese efecto en la causa determinante de la transmisión. En realidad, la incorporación ‘total o parcial’ de la plantilla que se produce en estos casos nada tiene que ver con la transmisión de un establecimiento empresarial, sino que se trata de decisiones de la autonomía privada o de la autonomía colectiva, que se orientan bien a la nueva contratación de

unos trabajadores con experiencia previa en la actividad que continúa o bien a establecer unas garantías adicionales para el personal de la empresa saliente con el fin de evitar que la terminación de la contrata suponga para ellos la entrada en el desempleo, como ha sido el caso de las garantías contenidas en determinados convenios colectivos sectoriales, entre los que pueden citarse los de limpieza y seguridad”.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Sumario

1. Consideración preliminar. 2. Contratación: aspectos generales. A) Discriminación por razón de sexo: trabajadora embarazada. B) Contratación temporal abusiva: eficacia directa de la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNIDE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. C) Precontrato. D) Novación contractual ilegal. 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 indefinida. **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

Debe destacarse en el período analizado la STS de 17 de junio de 2008, I.L. J 906, que modifica la doctrina jurisprudencial hasta el momento aplicable en relación con la duración del contrato por obra o servicio suscrito en el marco de una contrata cuando ésta sea objeto de renovación. Asimismo, cabe destacar diversas sentencias sobre la exclusión de responsabilidad empresarial en el pago de la prestación de jubilación del jubilado parcialmente cuando se produce el cese del trabajador relevista por cierre del negocio.

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

A) Discriminación por razón de sexo: trabajadora embarazada

La primera de las sentencias a destacar en el período que ahora nos ocupa ha de ser la STC de 23 de junio de 2008, I.L. J 605, en materia de discriminación por razón de sexo, en

un supuesto en que la extinción del contrato por obra o servicio se ajusta a derecho en cuanto a su finalización de acuerdo con los requisitos del artículo 49.1.c) ET. Concretamente, señala el TC que, aportados por la demandante –de baja por maternidad– indicios suficientes de conducta discriminatoria por parte de la empresa –que había venido siendo contratada por obra durante los años anteriores a la baja de maternidad de acuerdo con cada uno de los planes anuales que se aprobaban–, ésta no puede única y exclusivamente alegar como causa de extinción del contrato la llegada de su término ya que

“... no cabe entender que el hecho de que el contrato se extinguiera a la llegada de su término resulte suficiente para neutralizar el indicio probatorio aportado por la trabajadora al proceso. Siendo ésta la única razón aducida por el Ayuntamiento para justificar su decisión, habremos de concluir que éste no ha acreditado la existencia de causa fundada y real que permita destruir la apariencia discriminatoria creada y alcanzar la necesaria convicción de que su decisión fue ajena a todo propósito atentatorio del derecho fundamental, al no tener por causa el estado de embarazo de la recurrente”.

B) Contratación temporal abusiva: eficacia directa de la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNIDE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada

Resuelve la STJCE de 15 de abril de 2008, I.L. J 596, una cuestión prejudicial relativa a la posible eficacia directa de la Directiva citada en relación con dos de sus cláusulas, la 4 y la 5, en materia de no discriminación de los trabajadores temporales, la primera, y de medidas para evitar el abuso en la contratación, la segunda. El TJCE viene a reseñar en la citada sentencia que “La cláusula 4 del Acuerdo marco es incondicional y suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional, lo que en cambio, no sucede en el caso de la cláusula 5, apartado primero, de dicho Acuerdo marco”.

C) Precontrato

En relación con el plazo de prescripción aplicable para la exigencia de una indemnización por daños y perjuicios en el caso de un precontrato de trabajo incumplido, la STSJ de Galicia de 14 de julio de 2008, I.L. J 846, viene a señalar que no cabe duda de que ha de aplicarse la prescripción de un año prevista en el mencionado artículo 59.1 ET “teniendo en cuenta que nos hallamos ante una oferta o promesa de contrato, es decir, ante actos previos o preparatorios de un futuro contrato laboral, que participan de la naturaleza y caracteres propios del mismo, estando totalmente inmersos en el área de Derecho del Trabajo”.

D) Novación contractual ilegal

La STS de 30 de junio de 2008, I.L. J 942, resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado por trabajadores de Iberia que fueron subrogados a otra

IV. Modalidades de Contratación

empresa sufriendo un importante perjuicio económico. La subrogación fue declarada ilegal por el TS en sentencia anterior y concretamente reclaman los trabajadores la asunción por parte de Iberia de la responsabilidad de compensar el perjuicio económico sufrido derivado de aquella subrogación declarada ilegal:

“(...) la aplicación del precepto que se dice infringido, el artículo 1101 del Código Civil, determina la responsabilidad de Iberia que con su actuación causó el perjuicio que hoy debe reparar”.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

Numerosas, y dos de ellas especialmente interesantes, son las resoluciones que en el período analizado se refieren al contrato por obra o servicio. Comenzaremos precisamente por las referidas como de especial interés. Se trata de las **SSTS de 17 y 18 de junio de 2008**, I.L. J 906 y 994, relativas a la adecuada celebración del contrato por obra por parte de la empresa contratista vinculado a la contrata concertada por ésta con la empresa principal. La primera de ellas ha venido a reseñar esta resolución que la conocida doctrina jurisprudencial en la materia ha de modificarse en el supuesto de que entre una contratista y una principal se renueve la contrata pactada con el mismo objeto, esto es, considera el TS en esta sentencia que en este caso debe entenderse que se produce

“(...) la pervivencia de los contratos laborales, suscritos con el fin de atender las necesidades de determinada contrata, cuando no existe cambio en la titularidad de la actividad económica, sino continuidad de la misma, al haberse adjudicado de nuevo la explotación de esa actividad al mismo contratista. (...) Cuando la contrata o concesión que lo motiva [el contrato] se nova, renueva o es sustituida por otra posterior en la que el objeto sigue siendo el mismo, el contrato de trabajo no se extingue por no haber transcurrido el plazo pactado para su duración (...). Mientras subsista esa necesidad temporal de empleados, mientras la empleadora siga siendo adjudicataria de la contrata o la concesión que motivó el contrato temporal, la vigencia de éste continúa, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface”.

Así pues, asumiendo la doctrina aplicable en los supuestos de sucesión de contratas por lo que a la aplicación del artículo 44 ET se refiere, con esta interpretación no cabe sino entender que el vínculo temporal existente entre un trabajador contratado por obra y la empresa contratista se mantiene en el tiempo más allá de la contrata, cuando ésta viene seguida de otra de idénticas características con la misma empresa principal, aunque no sea éste evidentemente un supuesto de sucesión de contratas propiamente dicho.

Otra sentencia que ha de destacarse en relación con esta modalidad contractual es la **STS de 10 de junio de 2008**, I.L. J 629, que resuelve una cuestión relativa a la extinción del contrato de trabajo por parte de la contratista alegando como su causa el hecho de que

la empresa comitente le ha requerido para que destine a la ejecución de la contrata un menor número de operarios que los inicialmente requeridos, dado que esto supondría dejar al arbitrio de uno solo de los contratantes en el contrato por obra (el empleador) la apreciación acerca de la validez y el cumplimiento del contrato, en contra de la prohibición expresa del artículo 1256 CC. Señala el TS, que para que esta causa pudiese operar adecuadamente debería haberse previsto al concertar la relación laboral, de acuerdo con el artículo 49.1.b) ET, pues no resulta insólito en el curso de las contrata para la prestación de servicios entre empresas. Y, añade, “y en último término también habría podido acudir a la figura de la extinción contractual por causas objetivas contemplada en el apartado c) del artículo 52”.

En relación precisamente con un supuesto parecido, la **STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2008**, I.L. J 694, determina que sí se ajusta a derecho la extinción del contrato por obra porque el convenio colectivo aplicable contiene una cláusula que permitía esa resolución “en aquellos supuestos en que por disminución del volumen real de la obra o servicio contratado, resulte innecesario el número de trabajadores contratados para la ejecución (de la contrata)”.

La **STS de 12 de junio de 2008**, I.L. J 989, en un supuesto en el que la causa alegada para la extinción del contrato es “la resolución parcial del encargo por parte de la empresa cliente” determina ésta que no se ajusta a los términos “resolución”, “finalización” o “extinción” del contrato de arrendamiento de servicios incluidos en el contrato de trabajo como causas para su resolución.

Por otra parte, las **SSTSJ de Valencia de 1, 3 y 9 de abril de 2008**, I.L. J 665, 666 y 670, abordan la cuestión de la inadecuación causal del contrato por obra o servicio en supuestos en los que se trata de la realización de funciones que constituyen la actividad normal y permanente de la empresa. De acuerdo con ello, la extinción de los contratos se entiende constitutiva de despido improcedente, asumiéndose la doctrina de la unidad esencial del vínculo laboral.

En relación concretamente con el tema de la duración del contrato temporal por obra o servicio, ha de destacarse la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 28 de marzo de 2008**, I.L. J 747, que viene a concluir en la necesidad de que la empresa acredite de modo fehaciente la finalización de la obra o servicio consignado como objeto del contrato de trabajo temporal suscrito, teniendo en cuenta que “la inclusión de un plazo de duración en los contratos temporales para la realización de la obra o servicio que justifican la contratación de la actora no puede tener el valor pretendido de establecer un término cierto y fatal, sino sólo efectos meramente indicativos, de forma que el contrato mantiene su vigencia hasta la terminación de la obra o servicio contratado”.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Al margen de la **STS de 9 de julio de 2008**, I.L. J 1001, de alcance procesal, destaca en relación con esta modalidad contractual la **STS de 16 de mayo de 2008**, I.L. J 599. O mejor,

IV. Modalidades de Contratación

no tanto en relación a la misma cuanto respecto de las diferencias entre ésta y el contrato fijo periódico, esto es, el contrato a tiempo parcial a que hace referencia el artículo 12.3 ET. En efecto, viene a reseñar la resolución mencionada que:

“(…) cuando el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo, lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por período limitado. En principio, por tanto, la contratación temporal procede cuando la necesidad de trabajo sea extraordinaria y resulte insuficiente el personal fijo o resulte imprevisible y fuera de cualquier ciclo regular (...). Por el contrario, existe un contrato indefinido de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad”.

c) Interinidad

En punto al contrato de interinidad existe algún pronunciamiento que estima que la irregularidad consistente en denominar un contrato como de obra o servicio determinado cuando su contenido obligacional es el propio de la interinidad por vacante no invalida el cese del trabajador temporal, por cobertura legal de la plaza (**STS de 14 de mayo de 2008**, I.L. J 644).

También para este tipo de contratación, en el período analizado se recogen de nuevo pronunciamientos respecto a la duración de estos contratos como consecuencia de la transformación de Correos y Telégrafos y su conversión de entidad de derecho público en empresa sujeta al privado, entendiéndose que la duración de estos contratos no está sujeta al plazo máximo legal de 3 meses (**STS de 14 de enero de 2008**, I.L. J 606, **de 13 de junio de 2008**, I.L. J 912, **de 21 de mayo de 2008**, I.L. J 980 y **STSJ de Cataluña de 2 de abril de 2007**, I.L. J 822, que además considera que no hay vulneración del derecho a la indemnidad por el cese derivado de la conflictividad en la materia).

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Respecto del derecho de los trabajadores temporales de Correos y Telégrafos al complemento salarial de antigüedad, se pronuncia la **STS de 21 de mayo de 2008**, I.L. J 602, reiterando la conocida jurisprudencia en la materia sobre su reconocimiento tanto a los trabajadores fijos como a los temporales, computándose en relación con estos últimos “todos los períodos de contratos temporales, aunque haya interrupciones superiores a 20 días (puesto que) con este complemento se compensa la adscripción de un trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios, circunstancias que no se modifican por el hecho de haber existido interrupciones más o menos largas en el servicio al mismo empleador, máxime si tales interrupciones fueron imposición de este último”.

b) Conversión en indefinida

En relación con la cuestión de la falta de acreditación suficiente de la causa de temporalidad objeto del contrato se pronuncia la **STSJ de Galicia de 5 de mayo de 2008**, I.L. J 672, que determina que se convierte en indefinida la relación laboral del trabajador vinculado a través de contratos concatenados de modo fraudulento por inexistencia de la causa amparadora de su temporalidad, “por cuanto tales actos no pueden impedir la debida aplicación de la norma que se trata de eludir, y siendo de aplicación directa la consecuencia contenida en el párrafo 3 del artículo 15 ET”.

Idéntica situación se plantea en la **STSJ de Valencia de 29 de enero de 2008**, I.L. J 800, que resuelve en el mismo sentido que se convierte en indefinida la relación laboral del trabajador vinculado a la empresa a través de varios contratos temporales en los que no se acredita la causa de temporalidad, calificándose el cese en este caso como despido improcedente.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

La aplicación del principio de igualdad entre la contratación a tiempo completo y la contratación a tiempo parcial ha motivado algún pronunciamiento del Tribunal de Justicia Comunitario, como la **STJCE de 24 de abril de 2008**, I.L. J 597, que considera contraria a la Directiva 97/81 una normativa nacional que impone la notificación de los contratos a tiempo parcial en el plazo de 30 días desde su celebración bajo pena de multa, por tratarse de un obstáculo burocrático a esta modalidad de contratación. También sobre la aplicación del principio de igualdad, la **STSJ de Baleares de 14 de abril de 2008**, I.L. J 756, interpreta la cláusula del convenio colectivo sobre el cálculo de trienios, entendiendo que “la norma de proporcionalidad es aplicable a la hora de establecer la cuantía del premio de antigüedad, pero 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”.

En cuanto a la formalización de este tipo de contratos que exige, como es sabido, plasmación por escrito, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 24 de abril de 2008**, I.L. J 758, aplica la presunción contenida en el artículo 8 del ET en caso de contratación verbal presumiendo el contrato celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa y el adeudo de salarios correspondientes conforme a esta jornada completa.

Por otra parte, ya en el terreno de la protección social en este tipo de contratos, cabe destacar la **STS de 25 de junio de 2008**, I.L. J 1041, que se ocupa de examinar la cotización de días-cuota, esto es, de las cotizaciones efectuadas por pagas extraordinarias para el acceso a la pensión de incapacidad permanente. En síntesis, la doctrina contenida en ésta apunta a que excepto para el cálculo del período de carencia de la pensión de

IV. Modalidades de Contratación

jubilación, en la actualidad no existe norma alguna que impida el cómputo adicional de los días-cuota para los trabajadores a tiempo parcial; y que la interpretación contraria de excluir el cálculo de los días-cuota a los trabajadores a tiempo parcial constituiría una discriminación indirecta por razón de sexo, al ser el contrato a tiempo parcial una institución que afecta esencialmente al sexo femenino. En este terreno del cálculo de los períodos de cotización en estos contratos, cabe reseñar la **STS de 11 de junio de 2008**, I.L. J 952, que aplica la fórmula de los días teóricos para el cálculo del período de carencia, a la que se refiere la Disposición Adicional Séptima de la LGSS y la norma prevista en el artículo 3.1 del RD1131/2002, que se considera que no contienen discriminación alguna sobre los trabajadores a tiempo parcial en relación con quienes presten servicios a tiempo completo.

B) Contrato fijo discontinuo

La **STSJ de Baleares de 16 de abril de 2008**, I.L. J 757, establece que la falta de llamamiento de una trabajadora de limpieza por la empresa contratista durante un período de adjudicación directa de las actividades de limpieza, implicaba un despido por cuanto el convenio colectivo de aplicación obligaba al llamamiento de estas trabajadoras como si de una subrogación se tratara.

C) Contrato de relevo

En primer lugar, los pronunciamientos de mayor interés son las **SSTS de 29 de mayo, 23 de junio y 19 de septiembre de 2008**, I.L. J 621, 724, 915 y 1074, que abordan la polémica relativa a la responsabilidad empresarial en el pago de la pensión del jubilado parcialmente en supuestos donde por despido colectivo la autoridad laboral autoriza el cese de toda la plantilla, incluido el del trabajador relevista. El Alto Tribunal desestima la responsabilidad empresarial en el pago de la prestación.

En segundo lugar, con carácter casuístico y con razonamientos no siempre parejos diversos pronunciamientos afectan a la coexistencia entre contrato de relevo y jubilación parcial. Así, en primer término, la **STSJ de Aragón de 6 de febrero de 2008**, I.L. J 661, reputa improcedente el cese del trabajador relevista cuando el jubilado parcialmente optó por jubilarse totalmente de forma anticipada a la edad de los 64 años, entendiéndose que dicho contrato debió mantenerse hasta que el trabajador jubilado parcialmente cumpliera 65 años. Sin embargo, en segundo lugar, la **STSJ de Extremadura de 10 de abril de 2008**, I.L. J 762, no reputa ilegal el cese del trabajador relevista por extinción del contrato del jubilado parcialmente que había fallecido.

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 27 de marzo de 2008**, I.L. J 718, examina si las funciones de mecánico y electricista pese a referirse a diferentes puestos de trabajo cumplían la exigencia de que se tratase del desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente, entendiéndose que ambas eran categorías equivalentes.

También tiene cierto interés la **STSJ del País Vasco de 16 de mayo de 2008**, I.L. J 1019, que estima fraudulento el acceso a la jubilación parcial por parte de un trabajador autónomo que procedió a la venta de las acciones de una sociedad y a la suscripción de un contrato de trabajo en la misma empresa, poco tiempo antes del paso a la jubilación parcial.

En fin, reseñar algún pronunciamiento de nula relevancia en que no se admite la contradicción necesaria, como la **STS de 14 de mayo de 2008**, I.L. J 881.

5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El pronunciamiento de mayor interés en esta materia es la **STS de 24 de julio de 2008**, I.L. J 1016, que considera discriminatoria la exclusión de las trabajadoras indefinidas pero no fijas de determinados complementos relacionados con la antigüedad y la permanencia en la empresa previstos en un convenio para el personal fijo.

Estimando la existencia de una cesión ilegal en una empresa con estructura empresarial propia, pero cuando era la Administración Pública la que ejercía las facultades empresariales, la **STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2008**, I.L. J 696, reconoce la conversión de los contratos temporales en indefinidos, no fijos de plantilla.

La **STSJ de Madrid de 11 de junio de 2008**, I.L. J 778, examina el carácter indefinido, pero al mismo tiempo de carácter fijo-discontinuo, para la prestación de servicios de operario en piscinas municipales. El mismo carácter se reconoce a un trabajador empleado en el Instituto Nacional de Estadística, ya que la necesidad del trabajo se produce a intervalos temporales (**STS de 26 de mayo de 2008**, I.L. J 598).

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) Correos y Telégrafos. Trabajador temporal. Reclamación del plus salarial de “permanencia y desempeño”. Procedencia de su abono. b) Correos y Telégrafos. Complemento de antigüedad. Trabajador temporal que pasa a ser indefinido. c) Personal laboral de Ministerios. Complemento singular de puesto de trabajo. Es necesario su desarrollo por la CIVEA, por acuerdo de los negociadores del Convenio. d) ADIF-RENFE. Complemento de antigüedad. Es computable el período de instancia en su escuela de aprendices. e) Televisión española. Convenio Colectivo. Plus de polivalencia. Encargado de Control de Imagen que realiza funciones de ayudante técnico mezclador: utilización de máquina “ultimatte”. f) Personal estatutario: complemento de productividad factor fijo: la actualización ha de hacerse conforme a la Ley de Presupuestos de Canarias. g) Centros de enseñanza privada concertados con la Administración. Paga extraordinaria de antigüedad: exclusión del “complemento autonómico”. B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. a) Doble escala retributiva de la antigüedad en función de la fecha de inicio de su percibo. C) Fondo de Garantía Salarial. a) Expediente de regulación de empleo por causa de fuerza mayor. Indemnización sujeta al límite legal establecido en el artículo 19 del RD 505/1985, de 6 de marzo, de “Organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.2 ET. b) Responsabilidad subsidiaria: procede. Despido objetivo que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa, superior a cinco trabajadores. Indemnización fijada por sentencia.

2. Jornada de trabajo. A) Horario. Modificación sin reducción de jornada. Denegación de solicitud de modificación de horario por razones de guarda legal, si la concreción de horario no va acompañada de una solicitud de reducción de jornada. B) Horas extras. a) Tienen esta consideración las de atención continuada realizadas por los facultativos

del Servicio Vasco de Salud cuando se presten horas de atención continuada en régimen de presencia física por encima de la jornada máxima anual de 1.826 horas y 27 minutos.

3. Pacto de no competencia. A) Compensación económica. Reducción de jornada por jubilación parcial. No reducción de la cuantía; B) Despido procedente por concurrencia desleal. C) Pacto de no competencia poscontractual. Incumplimiento. Abono de cantidad en concepto de penalidad y devolución de la suma indebidamente percibida. **4. Clasificación profesional.** A) Acción de clasificación profesional: prescripción. **5. Movilidad funcional.** A) Realización de funciones de superior categoría: derecho a las retribuciones correspondientes al trabajo efectivamente realizado y entidad temporal de su desempeño. **6. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.** A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Inexistencia. Mera modificación accesoria de jornada. Reducción de jornada media hora para no superar la jornada laboral anual. Condición más beneficiosa. Concepto. Desestimación. La compensación por descansos tenía como fin no superar la jornada máxima legal. B) Extinción de la relación laboral por modificación sustancial de las condiciones laborales. Desestimación. Inexistencia de tal modificación. Exigencia de la empresa a la trabajadora del cumplimiento de la jornada. **7. Excedencias.** A) Excedencia voluntaria: Derecho del trabajador en situación de excedencia voluntaria a percibir la indemnización correspondiente a su inclusión en expediente de regulación de empleo.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2008 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 582 a 1086).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Correos y Telégrafos. Trabajador temporal. Reclamación del plus salarial de “permanencia y desempeño”. Procedencia de su abono

La cuestión que se suscita en STS de 27 de mayo 2008, u.d. (recurso 4775/2006), I.L. J 643, es si la regulación colectiva del complemento de permanencia y desempeño atri-

V. Dinámica de la Relación Laboral

buye directamente a los trabajadores el derecho a su disfrute, o si muy contrariamente su devengo requiere la precisión —empresarial, tras negociación con los representantes de los trabajadores— de los criterios valorativos de la “experiencia, responsabilidad y dedicación en el desempeño del puesto de trabajo”; y, en su caso, determinar las consecuencias atribuibles a la inactividad empresarial en la determinación de aquellos criterios. Ello en clara conexión con el principio de igualdad.

Parte para resolverla de la imprescindible Sentencia dictada en Sala General el 27 de septiembre de 2006 (recurso 294/2005), por la que se rectificó su anterior criterio jurisprudencial mantenido en la Sentencia de 11 de mayo de 2006 (recurso 860/2005). Después siguen tales criterios la STS de 17 de enero de 2008 (recurso 447/2007), I.L. J 57, seguida por la STS de 24 de enero de 2008, I.L. J 7 (recurso 533/2007), que reitera el criterio ya expuesto de forma más reciente en STS de 26 de marzo de 2007.

El artículo 60.c) del Convenio de referencia dispone que “El complemento de permanencia y desempeño estará destinado a retribuir la experiencia adquirida a través de la permanencia, la asistencia al puesto de trabajo, así como la responsabilidad y dedicación en el desempeño del mismo. Dicho plus se percibirá por el personal laboral fijo y eventual en el ámbito de un mismo contrato de trabajo. (...) Este complemento se articula en seis tramos. La antigüedad mínima para cada tramo será la siguiente (...) Para la percepción de la cuantía correspondiente a cada tramo se requerirá el cumplimiento de todos y cada uno de los siguientes requisitos: (...) Cumplir los requisitos de experiencia, responsabilidad y dedicación en el desempeño del puesto de trabajo, valorados según los criterios establecidos por la Sociedad Estatal, previa negociación en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este Convenio. El Acuerdo que se alcance, deberá, necesariamente, contener como criterio vinculante para la percepción de este complemento, la no superación del índice individual de absentismo que se pacte, así como aquellos otros criterios que igualmente se establezcan. El primero y sucesivos tramos del complemento comenzarán a percibirse desde el día uno del mes siguiente a aquel en que se complete la antigüedad mínima y se hayan acreditado los requisitos mencionados anteriormente”.

Tal precepto no es sino fiel trasunto de lo establecido en el antiguo artículo 94 del I Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Entidad Pública Correos y Telégrafos (1999), respecto del cual ya se reiteró esta misma doctrina en las Sentencias anteriores de 28 de mayo de 2004 (recurso 3030/2003) y 27 de septiembre de 2004 (recurso 4506/2003). El complemento se denominaba antes plus convenio y sólo afectaba al personal fijo, mientras que en la norma vigente se denomina complemento de permanencia y desempeño y lo perciben tanto el personal fijo como el eventual.

La empresa, como se expresa, ha sido refractaria a aplicar el inequívoco mandato de igualdad que proclama el artículo 15.6 (desde la Ley 12/2001) y a acatar los precedentes pronunciamientos sobre la cuestión litigiosa (versión “plus convenio”).

La demandada ni siquiera ha alegado nada sobre la existencia actual de los criterios de valoración y que, en ausencia de todo dato al respecto, ha de presumirse el cumplimiento de los requisitos (experiencia, responsabilidad y dedicación). Pero —en cualquier caso, como se indica, el principio de igualdad ante la Ley, en expresión tomada del artículo 14

del Convenio de la OIT, determina que “las tablas salariales deben fijarse de acuerdo con el principio de salario igual por un trabajo igual” (SSTS de 2 de junio de 2003 o 30 de septiembre de 2003).

b) Correos y Telégrafos. Complemento de antigüedad. Trabajador temporal que pasa a ser indefinido

El criterio jurisprudencial expuesto en SSTS de 21 de mayo de 2008, I.L. J 602, de 21 de mayo de 2008 (recurso 3420/2006), I.L. J 878, 12 de junio de 2008 (recurso 2544/2007), I.L. J 919, 10 de julio de 2008 (recurso 3760/2007), I.L. J 1002, ya había sido sentado por la Sala Cuarta, constituida en Sala General, en su Sentencia de 16 de mayo de 2005, dictada en el recurso 2425/2004 (RJ 2005, 5186).

Además de reconocer entonces que el convenio colectivo adquiere el carácter de fuente principal y de primer grado para el reconocimiento del derecho de promoción económica y de sus condiciones, en la precitada sentencia de Sala General se hacía la importante matización de que no resulta aplicable al cómputo de los trienios la doctrina de la misma Sala relativa a la declaración de fraudulencia de los contratos temporales cuando, entre éstos, se produce una interrupción superior a los veinte días. El problema de la antigüedad y consiguiente vinculación laboral a la empresa es cuestión distinta a la de la legalidad de los diferentes contratos temporales mantenidos entre el trabajador y la empleadora y para ésta no han de tener trascendencia las interrupciones contractuales, más o menos largas, como sí, en cambio, resultan operativas en orden a la valoración de la cadena contractual en materia de despido o cese en el trabajo.

Por ello, si, como se dice en el artículo 60.b) del Convenio Colectivo que se denuncia como infringido, “se reconoce a todos los trabajadores fijos así como los eventuales en el ámbito de un mismo contrato de trabajo un complemento de antigüedad” no puede invocarse, con éxito, la denegación de tal complemento salarial. Y es de resaltar que la cadena contractual de índole temporal no desdibuja la realidad de un mismo y único contrato entre la Entidad empleadora y el trabajador, pese a que hubiera transcurrido un período de más de veinte días entre uno y otro contrato temporal.

c) Personal laboral de Ministerios. Complemento singular de puesto de trabajo. Es necesario su desarrollo por la CIVEA, por acuerdo de los negociadores del Convenio

A propósito de la reclamación del personal laboral de distintos Ministerios (Defensa, de Educación y Ciencia, de Medio Ambiente), la Sala Cuarta, en criterio que contienen las últimas SSTS de 10 de junio de 2008 (recurso 1581/2007), I.L. J 625, 10 de junio de 2008 (recurso 2899/2007), I.L. J 954, 11 de junio de 2008 (recurso 910/2007), I.L. J 991 13 de junio de 2008 (recurso 2798/2007), I.L. J 922, 25 de junio de 2008 (recurso 2013/2007), I.L. J 893, 26 de junio de 2008 (recurso 2359/2007), I.L. J 996, 30 de junio de 2008 (recurso 3077/2007), I.L. J 945 y 11 de julio de 2008 (recurso 2892/2007), I.L. J 1055, viene considerando que para percibir el complemento singular de puesto de trabajo previsto en el artículo 75.3.1.1 del Convenio Único para el Perso-

V. Dinámica de la Relación Laboral

nal de la Administración General del Estado es necesario que mediante una negociación previa en el seno de la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudios y Aplicación del Convenio (CIVEA) se determinen los puestos de trabajo que dan derecho a percibir dicho complemento. La cuestión debatida ha sido ya resuelta, como decimos, por la Sala Cuarta en Sentencias de 18 de enero de 2007 (recurso 123/2005), de 12 de noviembre de 2007 (recurso 899/2007), seguidas de otros muchos pronunciamientos, entre ellos los de 11 de diciembre de 2007 (recurso 2902/2006) y en los correspondientes a este año, es decir, entre otros, SSTs de 18 de febrero 2008 (recurso 3543/2006), I.L. J 364, de 19 de febrero 2008 (recurso 2373/2007), I.L. J 354, de 27 de febrero 2008 (dos), (recurso 2294/2007) (recurso 1821/2007), I.L. J 77 y 404, de 29 de mayo de 2008 (recurso 1105/2007), I.L. J 539 y 24 de junio 2008 (recurso 2897/2007), I.L. J 578. Las últimas sentencias insisten en este criterio. La regulación establecida en la nueva redacción del artículo 75 del Convenio Colectivo Único, y en sus Disposiciones Transitorias, inclina a pensar que estamos ante un proceso abierto de adaptación a las circunstancias concretas de los trabajadores para la asignación efectiva de los complementos singulares de puesto, remitiendo al respecto a la actuación previa de la CIVEA.

El precepto contiene un mandato de naturaleza normativa destinado a los trabajadores [derecho al complemento] y otro de naturaleza obligacional que vincula a la empresa [valoración de los factores y condiciones determinantes del complemento y asignaciones a los puestos de trabajo]. Este segundo mandato —el obligacional— actuaría así como presupuesto del devengo de aquel derecho; vendría por ello la citada obligación de la empresa a resultar una especie de término suspensivo o inicial de aquel derecho de los trabajadores. También se insiste en el punto 7º del Acuerdo sobre racionalización de los complementos de puesto de trabajo del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración del Estado, que dice: “La asignación inicial de estos nuevos complementos a los puestos de trabajo se hará en las relaciones iniciales de puestos de trabajo, según lo establecido en este Acuerdo y lo que, a estos efectos, acuerde la CIVEA respecto de los complementos salariales de los Convenios de origen hasta ahora vigentes”.

Como indica la STS de 3 de junio de 2008 (recurso 715/2007), I.L. J 568, no se puede ni debe pretender que sea el Poder Judicial del Estado el que, en este caso, asuma una función reguladora que no le incumbe y que, además, expresamente, se reservó por norma convencional colectiva al Órgano de Vigilancia, Interpretación, Estudios y Aplicación del Convenio Colectivo de aplicación a propuesta de la Subcomisión Departamental correspondiente y a través de la negociación colectiva.

Tal conclusión, se matiza, no aparece desvirtuada por la doctrina unificada de la Sala Cuarta, a partir de la Sentencia de Sala General de 27 de septiembre de 2006 (recurso 294/059), y en relación con el derecho de unos trabajadores a percibir el plus de permanencia y desempeño sin necesidad de que se produzca la previa regulación de los criterios aplicables a los requisitos de experiencia, responsabilidad y dedicación exigidos por el artículo 27 del Convenio Colectivo de Correos y Telégrafos.

La situación que se enjuicia difiere, ostensiblemente, de la que se contempló en tal supuesto, antes comentado. Para empezar, en un caso, el presente, se trata de personal laboral de la Administración General del Estado al que se aplica un Convenio Colectivo Único y en

el otro se contrae el enjuiciamiento a una empresa anónima estatal que tiene su propio y distinto Convenio Colectivo.

En un caso, no se establece plazo alguno para la regulación convenida del complemento salarial mientras que, en el otro, se fija el plazo de un año. Pero, además y fundamentalmente, la naturaleza del complemento salarial presenta tal complejidad en su regulación y concreta determinación en cada caso que, en modo alguno, es predicable del denominado complemento de permanencia y desempeño en el ámbito de la empresa estatal Correos y Telégrafos. Tales diferencias justifican, palpablemente, el distinto tratamiento jurisprudencial que se da a la reclamación de uno y otro complemento sometido a litigio.

d) ADIF-RENFE. Complemento de antigüedad. Es computable el período de instancia en su escuela de aprendices

Remiten las SSTS de 24 de junio de 2008 (recurso 3612/2007), I.L. J 652, y 30 de junio de 2008 (recurso 2828/2007), I.L. J 646, a lo que exponían las SSTS de 15 de febrero 2008 (dos) (recursos 1718/2007 y 1895/2007), I.L. J 46 y 103, en criterio reiterado después por STS de 21 de febrero de 2008 (recurso 2322/2007), I.L. J 355. Es decir, que el inicio de la actividad para la Red ha de fijarse en el de la fecha en la que se produjo la incorporación del trabajador demandante a la Escuela de Aprendices, el 15 de junio de 1967, momento en que se inició por el trabajador demandante una fase de preparación prevista reglamentariamente, pues desde ese instante comenzaban a contar los tres años de aprendizaje. La causa se encuentra en el Reglamento de Régimen Interior de Renfe porque esta norma contiene la regulación completa del acceso a la Red como aprendiz de quienes, como referido demandante, superaron las pruebas correspondientes. Ha de identificarse el tiempo comprendido entre el 15 de junio y el 15 de septiembre de 1965 como el de “período preparatorio” a que se refiere el Reglamento. En la primera de esas fechas, por lo tanto, el trabajador había comenzado el período de tres meses y por ello había dado comienzo a la prestación de sus servicios en la Red (artículo 15 del Reglamento). Por otra parte, durante esos tres meses se tenía la condición de aprendiz en período de prueba, término este que aunque vaya entrecomillado en el texto reglamentario, la realidad es que no cabe atribuirle por ese hecho una condición legal distinta a la prevista en la norma de derecho necesario entonces vigente, el artículo 127 de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944, en el que después de afirmar que el tiempo de duración del contrato de aprendizaje sería el que se determinase en los Reglamentos de trabajo, se decía que para alcanzar la categoría de obrero calificado era preciso haber pasado ese tiempo de aprendizaje, y “para computarlo –se dice en el segundo párrafo del precepto– se tendrán en cuenta los diversos contratos celebrados por el aprendiz para el mismo oficio y el período de prueba...”.

Si ese tiempo preparatorio ha de ser calificado de período de prueba, es claro que ha de ser necesariamente computado dentro del tiempo de servicios prestados para la empresa, y en consecuencia dentro de la antigüedad del trabajador. A lo que cabría añadir que la vigente normativa laboral en RENFE, recogida en el X Convenio Colectivo, publicado en

V. Dinámica de la Relación Laboral

el BOE de 26 de agosto de 1993, regula el cómputo de la antigüedad en el artículo 19, con arreglo al cual ésta se ha de computar desde la fecha efectiva del ingreso, es decir, desde la toma de posesión. Más concretamente, el artículo 21 establece que a los agentes que hubieran ingresado procedentes de las Escuelas de Formación de RENFE o Centros Concertados se les computará la antigüedad en la Red desde la fecha fijada de inicio de los cursos de Formación Profesional de Primer Grado.

Coincide de esta forma el sistema del Convenio de cómputo de la antigüedad con el que antes se ha dicho en relación con los aprendices de las escuelas de RENFE en general y en particular con la situación del trabajador que promovió la demanda.

e) Televisión española. Convenio Colectivo. Plus de polivalencia. Encargado de Control de Imagen que realiza funciones de ayudante técnico mezclador: utilización de máquina ultimatte

El problema que se suscita, dice el Tribunal Supremo, en STS de 11 de junio de 2008 (recurso 2494/2007), I.L. J 951, viene resuelto en realidad por el propio artículo 64.g) del Convenio, al establecer la percepción del complemento de polivalencia en favor de los que desempeñen “los puestos de trabajo a que alude el artículo 7, número 2, de este Convenio” el cual dispone: “a cada trabajador se le asignará un volumen de prestación laboral adecuado a su categoría y jornada. Cuando las necesidades de cobertura de la totalidad de los servicios de un Centro exijan crear puestos polivalentes de trabajo, cuyos titulares hayan de desempeñar funciones propias de categorías profesionales recogidas en distinto grupo o subgrupo, quienes los desempeñen tendrán derecho al percibo del complemento correspondiente de polivalencia regulado en el artículo 64, apartado g), de este Convenio. En el Reglamento de Régimen Interior se determinarán los puestos que deben ser calificados como polivalentes”. De este modo se vincula la percepción del complemento al desempeño de un puesto polivalente, no a la realización de determinadas funciones que pueden ser más o menos tocantes a varias categorías profesionales, y puesto polivalente lo 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, no constando tal determinación reglamentaria en relación con el puesto de Encargado de Control de Imagen.

f) Personal estatutario: complemento de productividad factor fijo: la actualización ha de hacerse conforme a la Ley de Presupuestos de Canarias

Expone la Sala Cuarta, en STS de 16 de junio de 2008 (recurso 3009/2007), I.L. J 936, que la claridad del Acuerdo entre la Administración Sanitaria de la Comunidad Autónoma de Canarias y las Organizaciones Sindicales de 24 de enero de 1995 y la inclusión dentro del Anexo I de las concretas cuantías asignadas al “complemento de productividad factor fijo” no deja la menor duda de que la voluntad colectiva y normativa fue la de que esos, parciales y anuales, incrementos retributivos, tendentes a la equiparación remunerativa entre el personal funcionario y el estatutario, experimentasen, también, cada año y en la cuantía, al mismo, asignada el incremento retributivo previsto con carácter general en cada Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma”.

g) Centros de enseñanza privada concertados con la Administración. Paga extraordinaria de antigüedad: exclusión del “complemento autonómico”

Indican las SSTS de 30 de junio de 2008 (recurso 1128/2007), I.L. J 985, 17 de septiembre de 2008 (recurso 4465/2007), I.L. J 1068 y 24 de septiembre de 2008 (recurso 4220/2007), I.L. J 1066, que el artículo 61 del Convenio para las empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, establece que los trabajadores que cumplan 25 años de antigüedad en la empresa tendrán derecho a una paga, cuyo importe será equivalente al de una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido. Por otra parte, el artículo 59 dispone que los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio percibirán como complemento periódico de vencimiento superior a un mes, el importe de dos gratificaciones extraordinarias, equivalentes cada una de ellas a una mensualidad de salario, antigüedad y complementos específicos, que se harán efectivas antes del 1 de julio y del 23 de septiembre de cada año. La Sentencia de la Sala Cuarta de 4 de junio de 2008 (recurso 1963/2007), en doctrina que se mantiene después, ya expuso que en las dos pagas extraordinarias no se incluye el discutido complemento autonómico, ni debe incluirse, si se lleva a cabo una interpretación adecuada de esos preceptos.

B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación**a) Doble escala retributiva de la antigüedad en función de la fecha de inicio de su percibo**

STS de 17 de julio de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4315/2007), I.L. J 957.

1. La actora ha prestado servicios para la empresa XXX con la categoría profesional de envasadora desde el día 20 de mayo de 1996. A esta relación laboral le es de aplicación el Convenio Colectivo de Frutas, Hortalizas y Flores de Almería para los años 2002 a 2006. El artículo 9 de dicho Convenio Colectivo establece dos sistemas distintos para el cálculo del complemento de antigüedad, de esta forma, para los trabajadores que vinieran percibiendo un complemento de antigüedad antes del 31 de diciembre de 1999, este plus supone un 5% del salario base mensual por cada cuatrienio, necesitando para consolidar un cuatrienio 800 días de servicio cotizados, con un máximo del 20%. Por su parte, para los trabajadores que adquieran este derecho a partir del 1 de enero de 2000 este plus supone un 2% del salario base mensual por cada trienio, con el límite del 10%, necesitando para consolidar cada trienio trabajar tres campañas completas o 27 meses de alta en la empresa. La cuestión que se plantea en esta litis es si dicho artículo vulnera o no el artículo 14 de la CE.

2. Los argumentos que esgrime el TS para entender que la doble escala salarial fijada en este Convenio Colectivo conculca el principio constitucional de igualdad son los siguientes. En primer lugar, el hecho de que la fecha que se toma en consideración no sea la

V. Dinámica de la Relación Laboral

de ingreso en la empresa, sino la fecha en la que se empieza a percibir el complemento de antigüedad, no modifica la situación de partida, puesto que esta última fecha está en función de aquélla. En segundo lugar, es discutible que los trabajadores que venían percibiendo el complemento desde antes del 31 de diciembre de 1999, hayan consolidado el derecho a tal complemento en las condiciones en que lo venían percibiendo, puesto que, los Convenios Colectivos posteriores pueden modificar las condiciones y elementos configuradores del derecho a la percepción de este complemento. En tercer lugar, no pueden establecerse dos regulaciones diferentes del complemento de antigüedad, aplicando cada una de ellas a un grupo de trabajadores y consagrando un trato diferenciado entre esos dos grupos, sin razón ni explicación alguna que lo justifique. En último lugar, no puede estimarse que estemos ante una condición más beneficiosa reconocida a determinados trabajadores, porque no se trata del reconocimiento de un derecho ya consolidado, sino del reconocimiento a un trato más favorable en el futuro, sin que exista razón objetiva alguna que lo justifique. En conclusión, la doble escala salarial en relación al complemento de antigüedad no está objetivamente fundada cuando se aduce simplemente la fecha de ingreso en la empresa, conculcándose de esta forma el artículo 14 CE.

3. La doctrina sentada por el TS en torno al problema de la doble escala salarial en relación al complemento de antigüedad se resume en que no puede admitirse que, a partir de una determinada fecha, unos trabajadores generen un plus de antigüedad por cuantía superior al que generan otros trabajando el mismo número de años y que en consecuencia es rechazable una cláusula de diferenciación que instaure, sin justificación alguna, un cuadro doble de complemento de antigüedad con elementos de cálculo dinámicos en cada uno de sus componentes, destinados a perpetuar diferencias retributivas por el mero hecho de la fecha de ingreso en la empresa. En este supuesto, el TS entiende que, al existir una vinculación entre la fecha en que se empieza a cobrar el complemento de antigüedad y la fecha de ingreso en la empresa, no se justifica el establecimiento de dos sistemas distintos para el cálculo del complemento de antigüedad. Por el contrario, sí que sería admisible que a quienes ingresaron antes se les reconozca un complemento único y no compensable por la cantidad hasta entonces cobrada y que a partir de ese día cobren un plus de antigüedad igual que el de los trabajadores de nuevo ingreso.

C) Fondo de Garantía Salarial

a) Expediente de regulación de empleo por causa de fuerza mayor. Indemnización sujeta al límite legal establecido en el artículo 19 del RD 505/1985, de 6 de marzo, de “Organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.2 ET

– STS de 16 de julio de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1161/2007), I.L. J 1051.

1. Los contratos de trabajo de los trabajadores que integraban la plantilla de la empresa quedaron extinguidos con efectos del 17 de julio de 2003, en virtud de autorización concedida en el ERE incoado a instancia de la empresa y fundado en la existencia de fuerza

mayor, consistente en la desaparición de sus instalaciones como consecuencia de un incendio producido el indicado día 17 de julio de 2003. La resolución que recayó en el ERE el 8 de agosto de 2003, firme por no recurrida, reconoció a los trabajadores el derecho “a percibir las indemnizaciones que les correspondan”, exoneró a la empresa del pago de éstas y estableció que fueran satisfechas por el FOGASA, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario, en los términos con que se expresa el artículo 51.12, párrafo 4º, ET. Al día siguiente de ser notificada dicha resolución, la empresa y los trabajadores suscribieron un acuerdo en virtud del cual la empresa se comprometía a abonarles, si no volvía a contratarlos en el plazo de los tres meses siguientes al cobro de la póliza de seguros, una indemnización adicional de 15 días de salario por año de trabajo con el máximo de 12 mensualidades, que se abonó finalmente a los trabajadores en marzo de 2004. Por Resolución de 26 de noviembre de 2003, el FOGASA abonó a los trabajadores una indemnización equivalente a 20 días de salario por año de servicio con el límite de 12 mensualidades, calculada sobre un salario diario equivalente al doble del salario mínimo interprofesional vigente en el año 2003. Disconformes con dicho cálculo, seis de los diez trabajadores afectados interpusieron demanda reclamando la diferencia entre los importes abonados por el FOGASA y los que les hubieran correspondido de calcularse la indemnización sobre el salario diario realmente percibido, y que dicha cantidad les fuera satisfecha directamente por el FOGASA y subsidiariamente por la empresa.

La sentencia de instancia desestimó la demanda y el posterior recurso de suplicación fue igualmente desestimado por la sentencia recurrida ante el TS, de 23 de enero de 2007, en la que se indica, respecto de la pretensión dirigida frente al FOGASA que “si alguna duda existiera respecto de la limitación legal *ex* artículo 33.2 ET de las obligaciones que prevé el artículo 51.12, la misma queda desvanecida por lo que dispone el artículo 19 del Real Decreto 505/1985” que impide imponer al Fondo obligaciones superiores a las establecidas con carácter general por la ley y, en relación con la solicitada condena subsidiaria de la empresa, que ninguna obligación se puede hacer recaer sobre ella al haber quedado exonerada de toda responsabilidad frente a los trabajadores, en virtud de la resolución de la autoridad laboral que aprobó el ERE.

2. Se plantea, por lo tanto, una cuestión relativa al cálculo de la cuantía de la prestación que corresponde abonar al FOGASA en el supuesto previsto en el artículo 51.12 ET de extinción de los contratos de trabajo por causa de fuerza mayor autorizada en ERE. Se cuestiona, más concretamente, si a efectos de dicho cálculo opera exclusivamente el límite que prevé el artículo 51.8 ET o debe jugar además el tope que para el cálculo del salario diario establece el artículo 19 del RD 505/1985, de 6 de marzo, de “Organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial”, en sintonía con lo dispuesto en el artículo 33.2 ET.

Para resolver esta cuestión, el TS concluye que la doctrina correcta es la aplicada por la sentencia recurrida, y ello por una serie de razones que se exponen. En síntesis, se señala inicialmente que de la redacción del artículo 51.8 ET no cabe extraer la conclusión que alcanzan los recurrentes de que al no incluir ningún límite relativo al salario diario no puede operar el que establece el artículo 19 del RD 505/1985. Indica el TS que el artículo 51.8

V. Dinámica de la Relación Laboral

ET regula exclusivamente el importe de la indemnización que corresponde abonar a la empresa en el marco de la relación que mantiene con sus trabajadores y que ello explica que no aluda para nada al Fondo ni a los límites legales de su responsabilidad. Por este motivo se concluye que la ausencia de toda referencia al Fondo en el artículo 51.8 ET no implica que no sea aplicable al caso el límite relativo al salario diario, máxime teniendo en cuenta que la indemnización que establece el artículo 51.8 ET no está prevista sólo para los casos de fuerza mayor, sino también para los restantes supuestos que contempla el precepto, es decir, las extinciones originadas por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, y que es evidente que en todos estos casos, cuando es el Fondo el que debe abonar la indemnización, ésta queda sometida, por mandato del artículo 33.2 ET, al mismo límite del salario diario, aunque el artículo 51.8 ET no lo disponga así expresamente.

Por otro lado, indica el TS que el artículo 51.12 ET dispone en su párrafo cuarto que “la autoridad laboral que constate la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario” y entiende la Sala que si el legislador hubiera querido introducir con el supuesto del artículo 51.12 ET una responsabilidad del Fondo, específica y distinta de la propia que le corresponde como institución de garantía, y sometida sólo al límite de la anualidad del artículo 51.8 ET, lo habría dispuesto así expresamente.

El TS señala además que la responsabilidad del FOGASA en los casos de fuerza mayor viene determinada por la norma reglamentaria y que, por tanto, no puede quedar al arbitrio de la autoridad laboral que conozca del ERE, ni a su decisión de exonerar total o parcialmente de responsabilidad a la empresa si es que dicta su resolución amparándose en el artículo 17 del RD 505/1985, ignorando el mandato del actual artículo 51.12 ET. Al respecto se subraya, con cita de los ejemplos correspondientes, que el propio legislador ha respetado siempre la previsión de los artículos 17 y 19 del RD 505/1985, al convalidar los numerosos Reales Decretos-Leyes dictados por razones de urgencia en casos de inundaciones e incendios, pues en todos ellos se establece que las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores en ERE por fuerza mayor “correrán a cargo del Fondo de Garantía Salarial, con los límites legalmente establecidos”, expresión, en plural, que evidentemente abarca los dos (la anualidad y el duplo del SMI) que fija el artículo 19 del RD 505/1985.

Finalmente se indica, en síntesis, que no hay tampoco razón alguna que permita ni aconseje hacer de mejor condición a quienes el Fondo abona de inmediato la indemnización por acuerdo de la autoridad laboral, que a quienes, pese a ver extinguidos sus contratos igualmente por la misma causa de fuerza mayor, no cuentan con un acuerdo similar, y que no hay tampoco fundamento alguno para que el Fondo tenga que abonar indemnizaciones superiores a los trabajadores que ven extinguidos sus contratos por fuerza mayor que a quienes se les extinguen por las restantes causas del artículo 51 ET, a los que el Fondo abonará siempre las indemnizaciones con el límite del duplo (hoy del triple) del SMI de acuerdo con el artículo 33.2 ET.

Por lo que respecta a un posible perjuicio causado a los trabajadores con dicha interpretación al haber quedado la empresa exonerada frente a ellos de toda responsabilidad por decisión de la autoridad laboral, se señala, en síntesis, que ese perjuicio sólo es potencial

y que en todo caso ese posible perjuicio en nada puede afectar a la responsabilidad del Fondo, que es la única analizada en este caso.

3. En la STS comentada se exponen y argumentan con una cuidada claridad y amplitud los motivos que conducen a la Sala a considerar que deben aplicarse en estos casos los dos límites indicados, es decir, el de la anualidad y el límite relativo al salario diario. Con todo, lo cierto es que la lectura de los preceptos aplicables a la cuestión planteada suscita, al menos, la duda sobre una posible interpretación y conclusión distinta de la alcanzada por la STS comentada, como lo demuestra de forma evidente el voto particular a ésta y las claras y consistentes consideraciones jurídicas por las que se discrepa de la decisión adoptada. Destacar en este sentido, la referencia al contenido literal del artículo 51.12 ET, en el que se dice que la Administración puede disponer que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores será satisfecha por el FOGASA, que podrá resarcirse de ese pago frente al empresario; los firmantes del voto particular, entre otros argumentos, consideran que no tiene sentido sostener que cuando se acuerda por parte de la Administración que la totalidad de la indemnización sea satisfecha por el FOGASA, el citado organismo no responde de la totalidad sino sólo de una parte, es decir, de la comprendida dentro de los límites del artículo 33.2 ET y del artículo 19 del RD 505/1985.

b) Responsabilidad subsidiaria: procede. Despido objetivo que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa, superior a cinco trabajadores. Indemnización fijada por sentencia

– STSJ de Valencia de 11 de abril de 2008 (recurso de suplicación 2539/2007), I.L. J 669.

1. El FOGASA denegó a los trabajadores por Resolución de 29 de marzo de 2004, el 40% de la indemnización por el despido objetivo de que habían sido objeto el 24 de octubre de 2003, al considerar que debió acudir al despido colectivo por tratarse de una empresa de 8 trabajadores en la que se cesó a la totalidad de la plantilla. Los trabajadores plantearon demanda en reclamación de cantidad por el 100% de las indemnizaciones que se estimó por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Valencia de fecha 28 de enero de 2005. Posteriormente, acreditada la insolvencia de la empresa en ejecución de la misma los trabajadores solicitan las indemnizaciones al FOGASA que deniega la solicitud por Resolución de 6 de abril de 2006. La sentencia de instancia desestimó las demandas dirigidas por los trabajadores frente al FOGASA en reclamación del 100% de las indemnizaciones declaradas en sentencia por despido objetivo y los trabajadores plantean recurso de suplicación. En el recurso, los recurrentes alegan que el organismo demandado viene obligado a asumir las funciones de garantía que le atribuye el artículo 33.2 ET; a ello añaden que no es aplicable en este caso la doctrina contenida en las SSTS de 24 septiembre 2002 y 16 noviembre 2004, que se refiere a la obligación directa del FOGASA prevista en el artículo 33.8 ET y no a la determinada en la relación subsidiaria que regula el artículo 33.2 ET.

2. El TSJ de Valencia resuelve en sentido favorable a la pretensión de los trabajadores. A tal efecto señala que existe una distinción legal entre la obligación directa y principal

V. Dinámica de la Relación Laboral

prevista en el artículo 33.8 ET, cuya finalidad es contribuir a la financiación de la indemnización legal allí prevista para y en beneficio de la empresa que cuente con una plantilla no superior a 25 trabajadores, y la obligación, diferente de la anterior, meramente subsidiaria, limitada y no directa, creada a favor del trabajador y no de la empresa, que contempla el artículo 33.2 ET que tiende a garantizar a dichos trabajadores la percepción de indemnizaciones o salarios que no han podido percibir o cobrar aquéllos por insolvencia del empresario. Se dice que en el caso analizado nos encontramos con una deuda indemnizatoria reconocida a favor de los trabajadores en sendas sentencias y la constatación de un incumplimiento en cuanto al pago por parte de la empresa, dado su estado legal de insolvencia, lo que genera la entrada de la garantía asignada al FOGASA en el artículo 33.2 ET y, derivado de ello, su condena con los límites legales.

A ello se añade que es cierto que dicha condena tiene su base en la petición de abono por parte de los trabajadores en relación con la extinción del contrato realizada por la empresa, sin que por ella se hubiera dado el debido cumplimiento a lo previsto en el artículo 51 ET, pues el despido lo fue acudiendo a lo previsto en el artículo 52.c) ET cuando debió haberse seguido la tramitación prevista para el despido colectivo, y que el TS ha señalado que la obligación de garantía salarial sólo existe si concurren los debidos caracteres y connotaciones que definen uno y otro despido; sin embargo, se indica que en el caso analizado, reconociéndose los incumplimientos formales por parte empresarial en el cese acordado, no se está reclamando el 40% de la indemnización prevista en el artículo 33.8 ET, en cuyo caso sí sería trasladable el referido criterio jurisprudencial con exoneración de responsabilidad del FOGASA, sino que se está accionando en virtud de lo previsto en el artículo 33.2 ET y con fundamento en un título diferente que viene marcado por sentencias firmes de condena en procedimientos de cantidad frente a la empresa, en los que ya fue oído el FOGASA, desestimándose su petición de exoneración de responsabilidad al no postularse frente a éste el abono del importe previsto en el artículo 33.8 ET, de ahí que dichos pronunciamientos firmes con desestimación expresa de la alegaciones que ahora se reproducen deben acarrear además el llamado efecto positivo de la cosa juzgada previsto en el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Con este pronunciamiento, el TSJ de Valencia reitera la doctrina mantenida por la misma Sala en anteriores Sentencias de 2 de noviembre de 2007 (recurso de suplicación 277/2007), de 14 de diciembre de 2007 (recurso de suplicación 1061/2007) y de 14 de marzo de 2008 (recurso de suplicación 2235/2007), entre otras.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Horario. Modificación sin reducción de jornada. Denegación de solicitud de modificación de horario por razones de guarda legal, si la concreción de horario no va acompañada de una solicitud de reducción de jornada

Tres son las Sentencias que en esta crónica se refieren a la misma cuestión (posibilidad de solicitar modificación de horario sin paralela reducción de jornada motivada por razón de

guarda legal). Las tres han obtenido una misma solución negativa. Por similitud de hechos y pronunciamientos jurídicos se analizarán conjuntamente.

Las Sentencias que abordan esta cuestión en sentido negativo son: la **STJ de Cataluña de 7 de febrero de 2008**, I.L. J 690; la **STS de 18 de junio de 2008**, I.L. J 909 y la **STS de 13 de junio de 2008**, I.L. J 921.

Los antecedentes de hecho son muy similares en las tres sentencias que se comentan de forma agrupada. En todas ellas se trata de una trabajadora que solicita modificación de horario sin reducción de jornada por razón de guarda legal; en la STSJ de Cataluña se trata de una trabajadora con una hija menor de 6 años que solicita adscripción a turno fijo de mañana frente a los turnos alternativos de mañana y tarde a los que estaba adscrita anteriormente.

En la STS de 18 de junio de 2008 se trata de una trabajadora con una hija minusválida en un 51% que, igualmente, solicita adscripción a turno fijo de mañana; y finalmente, en la STS de 13 de junio de 2008 se trata de una trabajadora con una menor de seis años a su cargo que solicita adscripción a turno de mañana sin reducción de jornada.

Existe otro dato común a todas ellas cual es que la petición se formulara antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 (24 de marzo de 2007), es decir, bajo el amparo de la Ley de Conciliación 39/1999. Extremo este que, sin embargo, no parece que hubiera modificado en cualquier caso el criterio jurisprudencial, toda vez que la totalidad de las Sentencias hacen alusión a que la respuesta hubiera sido la misma, si la petición se hubiera realizado tras la entrada en vigor de la Ley de Igualdad.

El fundamento jurídico es el mismo en todas ellas. Se argumenta que la ley vigente al momento de enjuiciarse los hechos (Ley 39/1999, de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras) no contemplaba la modificación de horario como medida tuteladora de la conciliación laboral y familiar. La modificación legal del Estatuto de los Trabajadores propiciado por esta norma (artículo 35 de RDLeg 1/1995 en sus apartados 5 y 6) sólo contempla la concreción de horario por parte del trabajador cuando éste opte por una reducción de jornada dentro de los márgenes legalmente previstos.

Llegados a este punto, el lector podría pensar que citado criterio jurisprudencial podría ser distinto si la petición se articulara tras la entrada en vigor de la LO 3/2007, de Igualdad, a la luz de los principios que la orientan.

Sin embargo, no parece ser ésta la interpretación judicial, ya que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo fundamenta que si bien es cierto que la LO 3/2007 añade un nuevo apartado 8 al artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores que posibilita adaptar la duración y distribución de la jornada de los trabajadores para hacer efectivo el derecho a la conciliación de su vida laboral y familiar, tal derecho sólo puede ejercerse “en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando en todo caso, lo previsto en aquélla”.

V. Dinámica de la Relación Laboral

Razones de legalidad estricta, son en definitiva, las argüidas por la doctrina judicial comentada al señalar que la Sala no puede realizar funciones legislativas siendo el legislador ordinario quien debe reformar los artículos necesarios del Estatuto de los Trabajadores para que demandas como las que nos ocupan puedan prosperar, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo, como ha sucedido con la reforma operada por la Ley Orgánica 3/2007.

Las dos Sentencias del Tribunal Supremo tienen dos votos particulares. Para los Magistrados disidentes, lo que existe en realidad es una laguna legal, que puede y debe ser colmada por la jurisprudencia en su labor de complementar el ordenamiento jurídico al amparo de lo dispuesto en el artículo 6.1 del Código Civil. Citan los votos particulares el artículo 39 de la Constitución Española que establece la protección a la familia y a la infancia como criterio orientador de cualquier controversia jurídica.

En la misma línea, no cabe olvidar que el artículo 14.8 de la LO 3/2007 establece como principio general y criterio de actuación de los poderes públicos “el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y la atención a la familia”.

Si bien el enunciado es un criterio de actuación de los poderes públicos, no podemos olvidar en el análisis de esta cuestión que la Ley Orgánica de Igualdad contiene una obligación para el empleador (sea público o privado) en su artículo 45.1, el cual establece la obligación de “todas las empresas de respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar las medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar y, en su caso, acordar, con los representantes de los trabajadores en la forma en que determine la legislación laboral.

Este precepto entraña un auténtico principio general de diligencia media empresarial en pro de la Igualdad Efectiva que debe orientar la solución sobre las controversias concretas, en tanto en cuanto el deseable desarrollo de la negociación colectiva se produce.

Es al empresario en particular a quien corresponde la adopción de medidas concretas, si puede ser con el acuerdo y consenso de los representantes de los trabajadores, mejor. Algún sector de la doctrina al respecto ha señalado que la ley transfiere a la empresa la responsabilidad de educar a la plantilla en materia de igualdad.

En esta línea hay que entender la doctrina contenida en la STC 3/2007. Conforme citada Sentencia lo que debe enjuiciarse es si la inexistencia de la adopción de una medida empresarial en concreto, o su denegación, constituye un grave obstáculo para la conservación de un bien tanpreciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a las mujeres, perpetuándose así la clara situación de discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral.

Resulta francamente contrario a este fin forzar la exclusión del mercado laboral de la mujer obligándole *de facto* a solicitar una reducción de jornada como única forma de obtener

un horario que le permita conciliar vida laboral y familiar, en ausencia de previsión colectiva al efecto o de acuerdo con el empresario.

B) Horas extras

a) Servicio Vasco de Salud. Tienen esta consideración las dedicadas a atención continuada prestada por médicos de atención primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario, siempre que excedan de la jornada máxima legal de 1.826 horas y 27 minutos

Resuelve aquí la STSJ del País Vasco de 4 de marzo de 2008, I.L. J 586, una cuestión ya zanjada por la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y la normativa comunitaria.

Se trata en definitiva del concepto de horas extraordinarias de los facultativos de hospital cuando se trata de atención continuada con presencia física.

En el caso que nos ocupa, una facultativa de hospital había realizado 438 horas de guardia de presencia física por encima de las 1.592 horas y 27 minutos de jornada ordinarias prevista en el Acuerdo de Condiciones de Trabajo para el personal de Osakidetza.

La cuestión ya había sido resuelta previamente por la STS de de 12 de julio de 2004 en el sentido de entender que “el tiempo dedicado a la atención continuada prestado por médicos de equipos de atención primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104.

Ahora bien, debe distinguirse lo que es el tiempo de trabajo efectivo y el concepto de hora extraordinarias; en la medida en que el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores reserva este concepto a las horas de trabajo efectivo que excedan de la jornada ordinaria máxima.

Por esta razón, sólo tendrán la consideración de horas extraordinarias las que excedan de la jornada anual máxima legal que asciende a 1.826 horas y 27 minutos, y no las que superen la jornada pactada de 1.592 horas y 27 minutos.

3. PACTO DE NO COMPETENCIA

A) Compensación económica. Reducción de jornada por jubilación parcial. No reducción de la cuantía

– STSJ de Aragón de 13 de febrero de 2008 (recurso de suplicación 51/2008), I.L. J 660.

1. El demandante, antiguo accionista mayoritario de la empresa que tras la adquisición de ésta por un tercero, suscribe un acuerdo con la nueva empresa para formalizar su

V. Dinámica de la Relación Laboral

contrato de trabajo por cuenta ajena. Al contrato como Jefe de Ventas incorpora un pacto de no concurrencia poscontractual por dos años con una compensación anual abonable mensualmente e integrada en la retribución salarial. Dicha compensación será revisable cada año al igual que el resto de la masa salarial y estará sujeta a los mismos descuentos y cotizaciones. Empresa y trabajador llegan a un acuerdo sobre la suspensión del contrato tras la cual, y al cumplir el trabajador los 60 años de edad, éste se compromete a solicitar la jubilación parcial con una prestación del 15% de la jornada. La reducción de la jornada conlleva una reducción proporcional del salario pero mantiene todo el clausulado del contrato inicial.

2. El litigio se centra en considerar si debe o no mantenerse durante la jubilación parcial la compensación íntegra pactada por el pacto de no concurrencia o si procede someterla a la misma reducción proporcional que el salario. El Tribunal entiende que prevalece el contenido del pacto puesto que se trata de un acuerdo bilateral en cuanto generador de derechos y obligaciones para ambas partes, sin que se admita la modificación unilateral por cualquiera de ellas. En este caso, señala el Tribunal, “se convino integrar dicha compensación en la masa salarial, de la que ha formado parte, hasta la jubilación parcial, a todos los efectos, pero ello no implica la mutación de la naturaleza propia de la compensación que, en ningún caso, es una contraprestación del trabajo ni una indemnización por gastos o pago de dietas”. Por lo tanto, y mientras subsista el pacto de no concurrencia, debe seguir vigente la compensación económica pactada en sus propios términos, sin que sea posible reducir su cuantía de la misma forma que el salario, esto es, en proporción a la jornada laboral, sin perjuicio de que siga formando parte de la masa salarial a todos los efectos. Y es que, en definitiva, la citada compensación económica, por naturaleza, nada tiene que ver con la actividad laboral desarrollada durante la relación, sino con la actividad laboral que el trabajador puede desarrollar cuando extinga el vínculo contractual.

3. La jubilación parcial supone una reducción proporcional de la jornada y del salario del trabajador. La estructura salarial obligará a efectuar cálculos que van más allá de la mera disminución proporcionada de la cantidad a percibir pues algunos conceptos salariales o extrasalariales pueden estar vinculados al tiempo efectivo de trabajo, reducido como consecuencia del nuevo contrato a tiempo parcial del trabajador jubilado. No ocurre así con la cantidad que indemniza la obligación asumida voluntariamente por el trabajador de no concurrir deslealmente con su empresa con posterioridad a la extinción contractual. Como bien indica el Tribunal, la compensación económica que se deriva de este pacto no se vincula a la mayor o menor actividad laboral que se lleva a cabo durante la vigencia del contrato de trabajo sino una vez extinguido dicho vínculo. Ahora bien, se ha discutido mucho doctrinalmente sobre la naturaleza de la compensación económica del pacto de no competencia (vid., por todos, CHARRO BAENA y NOGUEIRA GUASTAVINO). Sobre su naturaleza indemnizatoria se esgrime el argumento de la compensación del perjuicio que causa al trabajador la restricción de su libertad de iniciativa económica, impidiéndole desarrollar su capacidad profesional en una actividad en la que sus aptitudes personales y profesionales resultaran más eficientes. Por lo que se refiere a su naturaleza salarial, se alega que dicho pacto no es sino la ejecución de una obligación nacida del contrato de trabajo aunque sobreviva a éste y, por ello, ha de seguir el mismo

régimen jurídico que el salario. En la práctica se ha venido imponiendo una solución ecléctica o –si se prefiere– coyuntural. Y, así, los tribunales hacen depender su naturaleza jurídica de la forma en que acuerdan la ejecución de la compensación económica por dicho pacto. Cuando se establece un pago periódico durante la vigencia de la relación de trabajo, la compensación se incluye en la nómina del trabajador y cotiza por ella a la Seguridad Social. Sin embargo, cuando se percibe en el momento de la extinción o con posterioridad a ella, ya sea a tanto alzado o como pago periódico, se considera que tiene carácter indemnizatorio, compatible con todo tipo de prestación, incluida la del desempleo a tiempo parcial. En el supuesto que nos ocupa, el Tribunal ha optado por considerar que entra dentro del concepto retributivo aun cuando no siga la misma reducción proporcional que el salario. Solución correcta y, por lo demás, no incompatible con las apuntadas, especialmente con la primera pues el hecho de que mantenga íntegra la cuantía sin que se produzca una reducción proporcional no implica que deje de ser incluida en la nómina –con su cuantía íntegra– y que se cotice por ella a la Seguridad Social –también en cuantía íntegra–.

B) Despido procedente por concurrencia desleal

– STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de marzo de 2008 (recurso de suplicación 106/2008), I.L. J 853.

1. El demandante ha venido trabajando para la empresa demandada como auxiliar de ayuda a domicilio. No suscribió en su contrato pacto de exclusividad alguno y como su jornada con la empresa no es completa trabaja como autónomo en la misma actividad de atención domiciliaria, estando de alta en el RETA. La empresa demandada se dedica a la actividad de servicios de asistencia a domicilio y tiene adjudicada la contrata de dicho servicio con el Ayuntamiento de Valladolid que oferta dicha atención a los usuarios correspondiendo a éstos el pago de una mínima parte del precio del servicio corriendo el Ayuntamiento con la mayor proporción del pago. Uno de los usuarios contrata al demandante durante el fin de semana puesto que el Ayuntamiento no dispensa este servicio en esos días. La trabajadora social del Ayuntamiento efectúa un informe negativo del trabajador, ahora demandante, en el que hace constar que no acude puntualmente al servicio, comenta problemas personales, no realiza todas las tareas, lo hace de forma fría y distante y presta servicios privados al usuario durante los fines de semana. La empresa decide despedir al trabajador alegando abandono de puesto de trabajo, no realización de las tareas encomendadas, disminución de rendimiento, incumplimiento de horario y realización de atención domiciliaria a los usuarios de forma privada. La empresa alega que tanto el Convenio Colectivo sectorial aplicable como los artículos 5 y 21 de la LET contemplan como infracción muy grave –causa de despido– la concurrencia desleal.

2. El Tribunal recuerda cómo para el Supremo la concurrencia desleal supone la actividad del trabajador encaminada a realizar tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando en virtud del contrato de trabajo, sin consentimiento de su empresario y siempre que se le cause un perjuicio real o potencial. Se

V. Dinámica de la Relación Laboral

considera característico de esta falta el elemento intencional revelador de una pretendida conducta desleal del trabajador respecto de la empresa que no sólo remunera su trabajo, sino que también le facilita medios para adquirir experiencia y perfeccionamiento profesional que luego aquél pretende utilizar en su propio provecho y en demérito o perjuicio para los intereses de su empresa. En este sentido, el Tribunal entiende que sí se ha producido en la actuación del trabajador una concurrencia desleal y ello por apreciarse los elementos propios de ésta: a) el trabajador presta servicios asistenciales por cuenta propia los fines de semana para el mismo usuario de la asistencia domiciliaria que tenía asignado por la empresa recurrente; b) no consta que el trabajador tuviera autorización de su empresario para realizar esa actividad concurrente, aunque sólo fuese en fines de semana y ello con independencia de que la jornada fuese parcial o completa; c) la actuación del trabajador ha ocasionado un perjuicio a la empresa recurrente puesto que ésta recibió la comunicación del Ayuntamiento aludiendo a un servicio deficitario e irregular del trabajador debido, entre otras razones, “a que se ofrece a hacer el servicio de forma privada los fines de semana, y lo lleva a cabo desde hace un tiempo”. Por todo ello, se considera que la concurrencia desleal del trabajador constituye un incumplimiento laboral que el Convenio Colectivo sectorial califica como falta muy grave.

3. Ha de considerarse que el Tribunal ha sido excesivamente celoso en la aplicación de la prohibición de competencia en un caso como el que nos ocupa en el que trabajador y empresario no han firmado un pacto de exclusividad en ningún momento. Entender que cualquier actividad que realice el trabajador en el mismo sector que su empresa se encuentra prohibida de forma automática supone establecer indirectamente un pacto de exclusividad o de plena dedicación para el que el artículo 21.3 de la LET exige una compensación económica expresa y una negociación previa (RODRÍGUEZ-PIÑERO). Dos elementos que en este supuesto no se aprecian y que, por tanto, no legitiman la imposición de obligación alguna por parte del trabajador más allá de la genérica buena fe, concretada aquí con el contenido del pacto de plena dedicación o de dedicación exclusiva. La amplia consideración del sector, del ciclo productivo, de la rama de actividad conducirían a anular en la práctica cualquier posibilidad del lícito pluriempleo para cualquier trabajador. De ahí que el legislador imponga una cláusula expresa de exclusividad y una compensación económica al respecto, lo que no aparece en el caso de autos, resultando esta decisión excesivamente tuteladora de los intereses empresariales.

C) Pacto de no competencia poscontractual. Incumplimiento. Abono de cantidad en concepto de penalidad y devolución de la suma indebidamente percibida

– STSJ de Asturias de 9 de mayo de 2008 (recurso de suplicación 966/2008), I.L. J 828.

1. La empresa demandante se dedica al negocio de servicio de comidas para colectividades consistente en la preparación y suministro de comidas en general a grupos y los servicios relacionados, la explotación de establecimientos de hostelería y venta de bebidas y productos alimenticios envasados a través de máquinas automáticas expendedoras. El demandado fue nombrado director regional junior de dicha empresa, suscribiendo un pacto de no competencia poscontractual y de confidencialidad. Mediante el primero, y durante el plazo de dos años desde la extinción de la relación laboral, se obligó al trabajador a no

llevar a cabo actividades en competencia con las de la empresa y de forma específica con una serie de empresas relacionadas. El trabajador es despedido por la empresa y en el acto de conciliación firma un pacto de confidencialidad comprometiéndose a no revelar a terceros los hechos que motivaron la sanción ni el contenido de las reuniones mantenidas con la empresa. Con posterioridad, el trabajador remite burofax a la empresa para comunicarle su intención de iniciar una relación laboral con otra empresa dedicada a la colocación y explotación de máquinas expendedoras de bebidas, cafés y *snacks* añadiendo que dicha empresa no entraba en competencia con la anterior empleadora y que, además, las obligaciones derivadas de aquella cláusula habían quedado liberadas como consecuencia del pacto suscrito como consecuencia del despido. La nueva empresa del trabajador resulta adjudicataria de los servicios que prestaba con anterioridad su antigua empresa. Como consecuencia de estos hechos la empresa demanda al trabajador por competencia desleal.

2. El Tribunal considera, tras el análisis fáctico, que el demandado incumplió efectivamente el pacto de no competencia poscontractual suscrito con la empleadora recurrente, plenamente válido y vigente entre las partes durante el plazo máximo de dos años aplicable para un trabajador como el demandado, nombrado director regional junior con amplísimos poderes en la gestión y representación de la empleadora. De hecho la nueva empresa, y nueva adjudicataria de los servicios, figura entre las empresas singularmente señaladas en el pacto con las que el trabajador tenía prohibido establecer relación laboral durante el período indicado porque no sólo se dedica prácticamente a la misma actividad que la recurrente, sino que –bien directamente o mediante otras empresas de las que es accionista– compite de forma directa con la antigua empresa del trabajador en sector y ámbito geográfico; así lo demuestran las adjudicaciones de contratos que se llevaron a cabo en los meses siguientes a la contratación del demandado. Por todo ello, procede condenar al demandado a abonar a la empresa una cantidad económica (30.000 euros) en concepto de penalidad y la devolución de otra (16.600 euros) indebidamente percibidos, todo ello derivado del incumplimiento del pacto suscrito entre trabajador y empleador a lo que han de añadirse los intereses legales derivados de ambos importes.

3. En el supuesto objeto de litigio existen, al menos, dos datos de sumo interés. El primero, el conocimiento de la empresa demandante de la actividad a realizar por el antiguo trabajador cuando éste comunica a través de burofax su contratación por una empresa de la competencia. El segundo, el hecho de que se deduzca –aunque no pueda deducirse con rotundidad de los hechos que constan en la sentencia– que la actuación de la empresa demandante aparece cuando la nueva empresa del trabajador resulta adjudicataria de servicios que antes prestaba aquélla. En relación a la primera cuestión conviene advertir que, en general, se ha considerado cómo el consentimiento o autorización empresarial es el requisito que avala la licitud o ilicitud de la actividad competitiva del trabajador. Para decidir si compensa o no a la empresa esta actividad, ha de darse a la empresa la oportunidad de proteger sus propios intereses, de conocer el alcance y el contenido de la actividad pretendida para que, valorando ventajas e inconvenientes, acepte o no la propuesta del trabajador (RODRÍGUEZ-PIÑERO). Si esto es así, no consta en el caso que

nos ocupa una decisión contraria a la actividad del trabajador cuando éste comunica a su antigua empresa que celebrará un contrato de trabajo con la empresa de la competencia considerando finalizada la vigencia del pacto suscrito. Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones planteadas, la conexión entre este tipo de pactos y la buena fe envuelve no sólo a la conducta del trabajador sino que es bidireccional, careciendo de sentido una denuncia de la empresa perjudicada cuando pierde una concesión administrativa y no antes. En este sentido, el Tribunal quizá debiera haber ponderado con mayor ecuanimidad los intereses en conflicto, valorando, asimismo y en su caso, la actitud no del todo “leal” de la empresa.

4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Acción de clasificación profesional: prescripción

Es aplicable al ejercicio de la acción de clasificación profesional el plazo de un año recogido en el artículo 59.2 ET. Jurisprudencia reflejada en la doctrina de suplicación, *ad exemplum* en la STSJ de Aragón de 18 de mayo de 2005 (recurso 217/2005), I.L. J 1397. Plazo cuyo *dies a quo* se abre desde que pudo ejercitarse la correspondiente acción.

Momento que no necesariamente coincide con la entrada en vigor de un convenio colectivo regulador del sistema de clasificación profesional aplicable, aunque la entrada en vigor de un Convenio sin más o el cambio en el Convenio Colectivo aplicable constituya el supuesto más frecuente, caso este último de la **STS de 18 de julio de 2008** (recurso 2924/2006), I.L. J 1060, que alega la naturaleza de tracto único del encuadramiento, fundamento de la aplicación del plazo recogido en el artículo 59.2 ET, recuerda los pronunciamientos de la Sala y señala la aplicación de este plazo de un año a las acciones de impugnación de encuadramiento profesional producido por un cambio del Convenio Colectivo aplicable.

En efecto, este momento en que “la acción pudo ejercitarse” puede corresponderse con la aprobación de normas más específicas, concreción del Convenio Colectivo de aplicación. Así sucedió en la Sentencia recién citada, identificando dicho *dies a quo* en el nuevo encuadramiento profesional *ex convenio* rebatido o, “cuando menos, desde que la comisión técnica de clasificación profesional del grupo ‘Endesa’, en acta de 13 de febrero de 2001, ratificó las tablas de equivalencias”. Sucede igualmente en la STSJ de Canarias de 2 de junio de 2006 (recurso 1499/2003), I.L. J 1756, fijando como fecha inicial del cómputo objeto de comentario no la fecha de entrada en vigor del Convenio Colectivo Único para el Personal de la Administración General del Estado, sino la fecha de publicación de un posterior acuerdo colectivo complementario en la materia. Acuerdo negociado, precisamente, para superar los problemas de clasificación profesional suscitados por aquél. Por último, es también el caso de la STS de 20 de febrero de 2008 (recurso 116/2007), I.L. J 42, en relación con el Convenio Colectivo Único del Personal Laboral y su Acuerdo colectivo complementario sobre el sistema de clasificación profesional publicado en el BOE de 19 de septiembre del año 2000.

5. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Realización de funciones de superior categoría: derecho a las retribuciones correspondientes al trabajo efectivamente realizado y entidad temporal de su desempeño

El personal del Ministerio de Defensa se muestra especialmente litigioso en lo que concierne a su clasificación profesional y movilidad funcional. Esta intensa conflictividad, que ha contribuido a perfilar los límites del proceso de clasificación profesional, no sólo es debida a la complejidad del establecimiento convencional de un sistema de clasificación profesional, apreciable en su máxima expresión en el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración Central del Estado, aplicable a este personal, siendo exponentes de esta conflictividad la STSJ de Andalucía (Málaga) de 18 de septiembre de 2002 (recurso de suplicación 1448/2002), I.L. J 2979, que explicita el funcionamiento del antedicho sistema de clasificación profesional, y la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de enero de 2003 (recurso de suplicación 469/2002), I.L. J 100, también se debe, aunque estas cuestiones sean más comunes a otros colectivos, a la encomienda de funciones superiores y reclamación de los consiguientes derechos ex artículo 39 ET.

La STS de 4 de julio de 2008 (recurso 3132/2007), I.L. J 1018, exponente de esta última litigiosidad, aborda una cuestión de gran relevancia jurídica cual es si el percibo de las retribuciones propias de la realización de funciones de superior categoría exige que éstas se realicen durante un determinado período de tiempo o, por el contrario, debe abonarse el trabajo efectivamente realizado con independencia de su duración y continuidad. Análisis que se efectúa en relación con un trabajador que presta servicios para el Ministerio de Defensa con la categoría de auxiliar de Administración pero que ha realizado intermitentemente, a lo largo de los años 2003 y 2004, funciones de Ingeniero Jefe y de Jefe Administrativo. La conclusión que alcanza nuestro Alto Tribunal, que interpreta el artículo 39, números 3 y 4 del ET, aplicando además el artículo 22 del Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Administración del Estado (BOE 1 de diciembre de 1998), es que dicha garantía se aplica con independencia de la entidad del período durante el cual se realizan las funciones superiores.

Las razones que conducen a tal conclusión son las siguientes. En primer lugar, el artículo 39.4 del ET, aplicado por la Sentencia de suplicación objeto de recurso, exige un período de realización de funciones superiores que exceda los seis meses durante un año o de ocho meses durante dos años. Pero esta exigencia se refiere al derecho de ascenso del trabajador, derecho que no es lo cuestionado en el presente supuesto que simplemente versa sobre diferencias retributivas.

En segundo lugar, se argumenta el derecho a obtener una “contraprestación retributiva acorde con la calidad del trabajo que se desarrolla, evitando un enriquecimiento injusto del empresario”.

V. Dinámica de la Relación Laboral

En tercer lugar, la conclusión contraria “introduciría (...) un elemento de inseguridad, e incluso de arbitrariedad” en manos del empresario.

Por último, lo anterior se ve confirmado por el artículo 22.3 del Convenio Colectivo de aplicación que repite literalmente la alusión del artículo 39.3 del Estatuto de los Trabajadores, igualmente citada, “teniendo derecho a la retribución correspondiente al puesto –el artículo 39.3 ET habla de ‘funciones’, pero el resultado es el mismo– que efectivamente desempeñe –realice en el tenor estatutario–”.

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Inexistencia. Mera modificación accesorias de jornada. Reducción de jornada media hora para no superar la jornada laboral anual. Condición más beneficiosa. Concepto. Desestimación. La compensación por descansos tenía como fin no superar la jornada máxima legal

En STSJ de Cataluña de 10 de abril de 2008, I.L. J 710, se analiza a través del procedimiento de conflicto colectivo el supuesto de empresa que cuenta con una plantilla superior a 300 trabajadores que, sin mediar período de consultas o negociación con los representantes de los trabajadores, a partir de febrero de 2007, redujo la jornada de trabajo diaria de los trabajadores en veinte minutos, al inicio o al final de ésta, con ello evitaba, al superar la jornada máxima pactada, tener que compensar con días de descanso. Por otro lado, el Convenio Colectivo señala que “los horarios de trabajo son los vigentes en cada centro o institución sanitaria a la entrada en vigor del convenio, adecuándolos, sin embargo, si es preciso, a la reducción pactada (...) y en todo caso (...) Respetando el cómputo anual, la jornada se puede distribuir, según acuerden en cada centro o institución sanitaria, conjuntamente la Dirección y el Comité de Empresa a los delegados de personal (...)”.

Pues bien la Sala señala ante la alegación del recurrente que estamos ante una condición más beneficiosa, lo que niega con aplicación de lo dispuesto en el Convenio Colectivo, pues “ha sido la forma elegida entre las varias posibles para compensar el exceso de jornada, pero no constituye un beneficio para los trabajadores, sino que obedece a la necesidad de cumplir la jornada anual fijada en el Convenio Colectivo, pero no es un plus que de forma unilateral y graciosa hubiera la empresa decidido otorgar a sus trabajadores. Es decir, frente a la jornada laboral anual fijada en el Convenio Colectivo se ha optado por una jornada laboral diaria que excede en cómputo anual de la fijada en el Convenio por lo que es legalmente necesario que tal exceso se compense bien con su abono bien con descanso, y habiéndose optado por la empresa por esta última opción, su cumplimiento no constituye condición más beneficiosa alguna, sino cumplimiento legal de no superación de la jornada laboral anual pactada”.

Respecto a la modificación sustancial, después de recoger la doctrina clásica sobre tal concepto, señala que ésta “siempre constituye una agravación de las condiciones en las que el trabajador desarrolla su trabajo y en el presente caso, aunque haya de establecerse

que la modificación afecta a la jornada y no al horario, lo cierto es que la modificación consistente en la reducción en media hora de la jornada laboral diaria no constituye perjuicio alguno para los trabajadores afectados, sino un beneficio que les permite conciliar de mejor forma la vida laboral y familiar, que no se traduce en una reducción de salario ni del descanso diario, dado que éste se amplía en media hora, y la única consecuencia que tiene tal modificación es la de reducir el número de días de descanso al año que por compensación del exceso de jornada anual tenían los trabajadores”.

No obstante y como quiera que en cumplimiento del Convenio Colectivo se establece para su modificación, ya sea para ampliarla o para reducirla, el acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, lo que en este caso no se ha llevado a cabo, pues se trata de una decisión unilateral de la empresa, al margen de la no sustancialidad, se deja sin efecto la modificación de jornada efectuada.

B) Extinción de la relación laboral por modificación sustancial de las condiciones laborales. Desestimación. Inexistencia de tal modificación. Exigencia de la empresa a la trabajadora del cumplimiento de la jornada

El supuesto de hecho es el conflicto de trabajadora jefa de de administración de una empresa y que viene, asimismo, prestando servicios para la Universidad como profesora asociada, y en el año 2003 interesa a la empresa la reducción de horario por cuidado de hijo, siéndole concedido conforme a un horario de 4,5 horas al día (9,00 a 13,30 horas), no obstante y por razón de horario de la Universidad (lunes a jueves de 13,00 a 15,00 horas) tenía dificultades en su cumplimiento, por lo que la empresa con fecha 28 de febrero de 2007 comunicó a ésta que “una vez finalice el cuatrimestre que tiene comprometido con la Universidad de Salamanca, que finaliza el próximo mes de mayo, deberá cumplir estrictamente en el horario que tiene establecido”. Ésta comunica a la empresa su decisión de resolver su trabajo, al amparo de lo establecido en el artículo 41.3, párrafo 2º, del Estatuto de los Trabajadores, a partir de la finalización de la jornada laboral del 17 de mayo e interesó la indemnización legalmente prevista.

La sentencia de instancia desestimó al pretensión lo que fue confirmado por la **STSJ de Castilla León (Valladolid) de 7 de mayo de 2008**, I.L. J 867, señalando que la “tolerancia no significa que la actora haya adquirido el derecho a fijar unilateralmente su jornada de trabajo por lo que la decisión de la empresa comunicada por escrito de 28 de febrero de 2007 (...), en el ejercicio regular de su facultad de organizar la actividad laboral, de exigirle que a la terminación del cuatrimestre cumpliera estrictamente el horario establecido, es decir el fijado según se le autorizó el 5 de septiembre de 2003 accediendo precisamente a la solicitud de jornada reducida que pidió la propia actora, no constituye una modificación sustancial de las condiciones del trabajo por modificación sustancial de la jornada sino la exigencia del cumplimiento de la jornada pactada por mutuo acuerdo que sólo en beneficio de la actora y por una mera tolerancia de la empresa no venía cumpliendo por coincidir en parte con su actividad docente”. En esencia la empresa, concluye la

V. Dinámica de la Relación Laboral

sentencia no modifica el horario ni la jornada ni el régimen de trabajo sino que se limita a exigir el cumplimiento de la jornada y horario.

7. EXCEDENCIAS

A) Excedencia voluntaria: Derecho del trabajador en situación de excedencia voluntaria a percibir la indemnización correspondiente a su inclusión en expediente de regulación de empleo

En la STS de 24 de junio de 2008, I.L. J 947, se analiza un supuesto de hecho en el que un trabajador ha venido prestando servicios para determinada empresa con antigüedad del 14 de febrero de 1984. Por Resolución de 21 de marzo de 2003, de la Delegación Provincial de Huelva de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, recaída en Expediente de Regulación de Empleo autorizó la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados por dicho expediente entre los que se encontraba el demandante, reconociéndoles el derecho a percibir la indemnización del artículo 51.8 del ET. El demandante se encontraba en situación de excedencia voluntaria en la empresa desde el 31 de octubre de 2001 y prestando servicios en otra empresa desde el 1 de noviembre de 2001.

La cuestión que se plantea, si se tiene derecho a indemnización, por la rescisión de su contrato al trabajador que ve extinguido su contrato en un expediente de regulación de empleo, mientras se encuentra en situación de excedencia voluntaria, ya ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en anteriores sentencias. Así en la Sentencia de 29 de noviembre de 2006 se señala que “la situación del excedente voluntario es la de quien en su propio interés se ha separado de la empresa y a quien nuestro Derecho, por tal razón, no le reconoce el derecho a reingresar en la empresa cuando transcurra el período de excedencia sino tan sólo la expectativa de poder ser readmitido y sólo en el supuesto de que la empresa en el momento de la solicitud tuviera puestos de igual o similar categoría –artículo 46 del ET–. En esta situación se considera que dicho trabajador en realidad no pierde su puesto de trabajo cuando la empresa extingue las relaciones laborales con sus trabajadores por cualquiera de las causas que justifican el despido colectivo conforme a lo previsto en el artículo 51 del ET, sino aquella expectativa en nada equivalente a un puesto de trabajo que es lo que el precepto precitado quiere indemnizar”.

En conclusión, “Al trabajador excedente en una empresa que extingue la relación de trabajo con todos sus empleados no le puede ser reconocida aquella indemnización porque la finalidad de la indemnización del despido prevista en el artículo 51.8 del ET es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador. Este daño 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 es sólo un derecho de reingreso ‘expectante’, en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes. Es en su caso el trabajador que se contrató para ocupar el puesto de trabajo en excedencia el que tendrá derecho a la indemnización por la pérdida del mismo cuando éste se amortice, y no quien estando excedente por propia decisión no ha podido

reingresar en la empresa precisamente porque ha cesado la actividad de ésta en la que había prestado servicios inicialmente”.

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ (COORDINADORA)

FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA

MARÍA ANTONIA CORRALES MORENO

DAVID LANTARÓN BARQUÍN

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

RUBÉN LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS

MONTSERRAT RUIZ CUESTA

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**Sumario***

1. Consideración preliminar. 2. Extinción contractual y despido. A) Causas de extinción contractual. B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica. **3. El despido disciplinario. Causas que lo motivan. 4. Extinción del contrato por causas objetivas.** A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET. B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación. **5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** A) La caducidad de la acción. B) El procedimiento por despido. **6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización. a) La indemnización: cuantía y cálculo. b) Salarios de tramitación. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación. B) Distribución de la carga probatoria. C) Cuestiones conexas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, números 5 a 8 del año 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 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

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

plantea, sino también a sus posibles calificaciones judiciales y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

Numerosas sentencias analizan la existencia de extinción por voluntad del trabajador [artículo 49.1.d) ET]. Así, la **STSJ de Navarra de 1 de febrero de 2008** (recurso 140/2007), I.L. J 722, desestima la existencia de despido ante un supuesto de extinción contractual por faltas de asistencia al trabajo injustificadas una vez dado de alta médica el trabajador afectado.

En sentido análogo, la **STSJ del País Vasco de 22 de enero de 2008** (recurso 2691/2007), I.L. J 680, ante un supuesto de acumulación de demandas y despido, desestima la existencia de dimisión de un trabajador ante un caso de falta de abono del subsidio por incapacidad temporal, equivalente al impago de salarios, debido a la previa extinción del contrato por despido precedente.

Según la Sala,

“la dimisión voluntaria de su puesto de trabajo decae, porque, a pesar de que no se había venido pagando puntualmente todas las mensualidades desde el inicio de esta situación, hecho suficientemente grave como para dar lugar a la extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, existía previa extinción contractual devenida de despido precedente”.

Por el contrario, la **STSJ del País Vasco de 8 de abril de 2008** (recurso 239/2008), I.L. J 858, niega que se haya producido la dimisión de un trabajador ante un hipotético supuesto de *moobing*. Ello porque no existe acoso, ni lesión de autoestima o integridad moral de la reclamación, sino propia frustración por no obtener jefatura de servicios.

Según la Sala,

“Ante estas circunstancias no vemos la posibilidad de encuadrar la conducta empresarial dentro de un supuesto de *moobing*, pues no constituye la actitud de la empleadora un incumplimiento grave y culpable, como exige el precepto mencionado, pues falta una persecución sistemática en el trabajo.”

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.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de mayo de 2008 (recurso 192/2008), I.L. J 867, 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 ésta 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.”

Finalmente, la STSJ de Extremadura de 8 de abril de 2008 (recurso 63/2008), I.L. J 584, niega la existencia de despido ante la inexistencia de una relación laboral en un supuesto de imposibilidad de rúbrica del contrato de trabajo, debido a un accidente del trabajador afectado el mismo día que se iba a suscribir éste.

Para la Sala:

“Inexistencia de relación laboral que no llegó a existir debido a que el mismo día que se iba a firmar el contrato tuvo un accidente. Si no existe relación laboral no hay despido.”

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET

La interpretación del despido por causas económicas o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) ET] es llevada a cabo por la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de abril de 2008 (recurso 985/2007), I.L. J 708. En ella, al declarar la improcedencia del despido efectuado, delimita que las causas económicas negativas deben afectar a la empresa en su conjunto y no únicamente a un centro de trabajo. Esto es, “Beneficios y pérdidas a efectos de la extinción objetiva han de computarse a nivel global empresarial, y la situación económica negativa no puede referirse a centro de trabajo o punto de venta aislado, sino a toda la actividad empresarial”.

De otro lado, la STSJ de Valencia de 8 de abril de 2008 (recurso 1900/2007), I.L. J 671, falla la procedencia del despido efectuado a una trabajadora en un caso en el que el puesto de la actora había quedado vacío de contenido concurriendo causas organizativas y de producción para su amortización.

Conforme al FJ 2º de la Sentencia:

“Las causas económicas tienen por finalidad contribuir a la superación de situaciones económicas negativas que afectan a una empresa o unidad productiva en su conjunto. Cuando lo que se produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en el que la patología se manifiesta, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes.”

Asimismo, la **STS de 11 de junio de 2008** (recurso de casación para la unificación de doctrina 730/2007), I.L. J 619, al fallar la improcedencia de una extinción contractual, argumenta cómo para fundamentar el despido es necesario que la crisis económica sea grave, profunda e irreversible. No basta que sea coyuntural o transitoria. El empresario debe acreditar que la extinción ayuda a la superación de la situación negativa, siempre y cuando, el cierre de una sección deficitaria contribuya a asegurar los puestos de trabajo del resto de los empleados de la empresa.

La Sala, en su FJ 2º, razona:

“En el supuesto enjuiciado, partiendo de la certeza jurídica del relato fáctico de instancia y de la fundamentación jurídica con igual valor, acreditado que el cierre de una sección de la empresa –la de confección– 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 afecte 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.”

La **STSJ de Valencia de 7 de febrero de 2008** (recurso 4465/2007), I.L. J 815, declara improcedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas del trabajador demandante, al no estar justificada ni haberse acreditado la concurrencia de la causa en que se basa para acordar la extinción de sus contratos. La empresa no explicita el motivo por el que se prescinde del trabajador.

La fundamentación de la sentencia es del siguiente tenor literal:

“La reorganización de la actividad empresarial debe estar ligada a una determinada finalidad, cual es el mantenimiento de la actividad empresarial, por lo que habrán de ofrecerse los términos de conexión entre una y otra para poder calificar de procedente la decisión extintiva.”

En el mismo sentido, la **STS de 17 de julio de 2008** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2929/2007), I.L. J 1057, centra la cuestión litigiosa planteada en el recurso que esta sentencia resuelve en la prueba de las dificultades derivadas de la situación económica negativa que permiten al empresario el despido objetivo ex artículo 52.c)

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

ET, y dejar de poner a disposición del trabajador la indemnización correspondiente. No obstante, no puede la Sala entrar en el fondo del asunto al carecer el recurso del necesario contenido casacional, porque la única diferencia que existe entre las sentencias comparadas es el distinto valor que otorgan a los documentos aportados por la empresa a los efectos de cumplir con la carga que le corresponde de acreditar su situación de iliquidez. Y a este respecto la Sala viene sosteniendo que debe distinguirse la iliquidez existente en el momento de la entrega de la carta de despido, de la mala situación económica de la empresa que constituye una causa objetiva del despido a tenor del artículo 52.c) en relación con su artículo 51.1 ET. De modo que la iliquidez no puede justificarse con la sola demostración de la existencia de pérdidas, ni mucho menos por pérdidas anteriores a la fecha del despido. Y no cabe en este recurso ni la revisión de los hechos probados ni la novedosa valoración de la prueba, y en este caso se discute exclusivamente la suficiencia o insuficiencia de los documentos aportados a los efectos de acreditar indicios razonables de la iliquidez.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La STSJ del País Vasco de 22 de enero de 2008 (recurso 2691/2007), I.L. J 680, revoca la sentencia de instancia, ante un supuesto de acumulación de demandas y despido, desestima la existencia de despido de un trabajador ante un caso de falta de abono del subsidio por incapacidad temporal, equivalente al impago de salarios, debido a la previa extinción del contrato por despido procedente.

Según la Sala, “la dimisión voluntaria de su puesto de trabajo decae, porque, a pesar de que no se había venido pagando puntualmente todas las mensualidades desde el inicio de esta situación, hecho suficientemente grave como para dar lugar a la extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, existía previa extinción contractual devenida de despido procedente”.

Asimismo, las SSTSJ de Asturias de 15 de febrero de 2008 y de Castilla y León (Burgos) de 3 de abril de 2008 (recursos 3633/2008 y 126/2008), I.L. J 678 y 582, respectivamente, estiman que existe transgresión de la buena fe contractual en la actuación de dos trabajadores, consistente en sendos hurtos a la empresa. Actuaciones que inciden enormemente en la buena marcha del trabajo. Para las Salas “su contumaz reiteración evidencian una indolente actitud de los trabajadores que supone una transgresión de la buena fe contractual”.

La STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2008 (recurso 8512/2007), I.L. J 691, aprecia, asimismo, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la conducta de un trabajador de una oficina bancaria, cuyas actuaciones se traducen en quebranto de depósitos en perjuicio de la entidad bancaria.

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”.

Igualmente, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de marzo de 2008 (recurso 106/2008), I.L. J 853, revoca la sentencia de instancia estimando la procedencia del despido de un trabajador ante la inexistencia de vulneración del derecho a su indemnidad, debido a que su actuación, basada en trabajar para sí mismo retribuidamente utilizando material de la empresa, transgrede la buena fe contractual.

En sentido análogo, las SSTSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 19 de mayo de 2008 y de Canarias (Las Palmas) de 27 de mayo de 2008 (recursos 244/2008, y 817/2007), I.L. J 767 y 774, respectivamente, aprecian asimismo, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en las conductas de sendos trabajadores. En el primer supuesto se analiza la conducta de un trabajador, cuyas actuaciones se traducen en la prestación de servicios en situación de incapacidad temporal. En el segundo caso, la Sala determina la procedencia del despido efectuado a un trabajador que desobedece órdenes empresariales, infringiendo, con ello, su deber de buena fe.

Según las Salas, tomando como referencia la doctrina emanada por el Tribunal Supremo,

“considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, c) las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa y d) la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. El actor ha incurrido en tales incumplimientos y los hechos que la sentencia declara probados tienen por sí solos entidad y gravedad suficientes como para ser sancionados con el despido disciplinario”.

La STSJ de Cataluña de 7 de febrero de 2008 (recurso 8906/2007), I.L. J 849, enjuicia el despido disciplinario, que declara procedente al estimar que se produce transgresión de la buena fe contractual por proferir insultos y amenazas a una compañera de trabajo.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La STS de 28 de mayo de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4627/2006), I.L. J 614, analiza la cuestión litigiosa relativa a la improcedencia del despido en un supuesto de contrata de restauración en un hospital de la Diputación Provincial. En ella se aprecia falta de contradicción porque si bien en las dos sentencias se contemplan supuestos de trabajadores que prestan servicios en una contrata de restauración en un hospital, la contratista recibe todos los medios materiales para cumplir el contrato, al finalizar la contrata se produce la devolución de aquellos medios a la principal y con posterioridad persiste la actividad objeto de la contrata, sin embargo existe una diferencia

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

fundamental, la relativa a los términos en que la citada actividad es desarrollada tras la extinción de la contrata. Pues, en el supuesto de autos, los medios materiales utilizados para cumplir la contrata y que habían sido proporcionados por la principal, no era entregados a la Administración Autonómica que se hacía cargo de aquella actividad concertada, mientras que en la de contraste cuando finaliza la contrata y la propia principal se hace cargo de la actividad que antes realizaba la contratista, lleva a cabo tal cometido con los mismos medios materiales e instalaciones, previamente entregados al inicio de la contrata y que le habían sido revertidos cuando ésta se extinguió.

La Sala fundamenta el fallo en su FJ 2º:

“El artículo 217 LPL exige –para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina– que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, no por la diferente fundamentación jurídica de las resoluciones sometidas a comparación, de forma que es la existencia de fallos contradictorios [‘se hubiere llegado a pronunciamientos distintos’, sostiene el artículo 217 LPL] y no la diversidad de *ratio decidendi*, el presupuesto del recurso extraordinario de casación para la unidad de la doctrina; de ahí que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales y cuya identidad ha de establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate se haya planteado en Suplicación (entre las recientes, SSTs de 10 de diciembre de 2007 –recurso de casación para la unificación de doctrina 4986/2006–; 11 de diciembre de 2007 –recurso de casación para la unificación de doctrina 3370/2006–; 12 de diciembre de 2007 –recurso de casación para la unificación de doctrina 2673/2006–; 13 de diciembre de 2007 –recurso de casación para la unificación de doctrina 5002/2006–; 21 de diciembre de 2007 –recurso de casación para la unificación de doctrina 4226/2006–; 26 de diciembre de 2007 –recurso de casación para la unificación de doctrina 2588/2006–; 26 de diciembre de 2007 –recurso de casación para la unificación de doctrina 1049/2007–; y 26 de diciembre de 2007 –recurso de casación para la unificación de doctrina 4605/2006–). Esta doctrina nos lleva en el presente supuesto a rechazar la existencia del presupuesto –contradicción– de que tratamos, siguiendo el criterio mantenido en las Sentencias de 21 de febrero de 2008 (–recurso de casación para la unificación de doctrina 4680/2006–), 23 de mayo de 2008 (–recurso de casación para la unificación de doctrina 4531/2006–) y 29 de mayo de 2008 (–recurso de casación para la unificación de doctrina 5050/2006–), dictadas en procesos en los que también se debatía la misma pretendida sucesión empresarial, en proceso entre las mismas partes y con idéntica sentencia de contraste. Y ello es así porque –como aquellas decisiones argumentan– aunque sea innegable que en las dos sentencias a contrastar contemplan supuestos de trabajadores que prestan servicios en una contrata de restauración en un Hospital, que la contratista recibe todos los medios materiales para cumplir el contrato, que al finalizar la contrata se produce la devolución de aquellos medios a la principal y que con posterioridad persiste la actividad objeto de la contrata, sin embargo existe una diferencia fundamental en las dos sentencias a comparar y es la relativa a los términos en que la citada actividad es desarrollada tras la extinción de la contrata.”

En sentido análogo, en la **STS de 10 de junio de 2008** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1204/2007), I.L. J 628, se discute la posibilidad de extinguir un contrato para obra o servicio cuando finaliza la contrata de prestación de servicios por parte de la empleadora a otra empresa. En este caso se había pactado que la duración del contrato se extendería hasta fin de obra, pero, antes de finalizar dicha contrata, la empresa comitente comunicó a la contratista (la empleadora) que, a partir de determinado momento, precisaba menos trabajadores, con base en lo cual la empleadora dio por extinguida la relación laboral con el actor.

La Sala decide:

“Este hecho no autoriza a la empleadora a extinguir el contrato, toda vez que no ha llegado el fin de la relación laboral que se había pactado, y tampoco existe previsión al respecto en la normativa estatal, ni en el convenio colectivo, ni tampoco en el propio contrato de trabajo. Recuerda la Sala que la jurisprudencia autoriza la limitación del vínculo contractual cuando la terminación de la contrata opera por causa distinta de la voluntad del contratista y por ello si es éste el que denuncia el vencimiento del término o si el contrato termina por causa a él imputable, no podrá invocar válidamente el cumplimiento del término. Y en el caso de autos no se había finalizado la contrata, sino que la empleadora contratista había extinguido el contrato vigente la contrata.”

Asimismo, la **STS de 28 de mayo de 2008** (recurso de casación para la unificación de doctrina 4531/2006), I.L. J 615, examina demanda por despido de trabajador que presta servicios en una contrata de restauración en el Hospital de la Diputación Provincial. La sentencia de suplicación declaró la improcedencia del despido, condenando a la empresa y absolviendo a la Diputación Provincial y Gerencial Regional de Salud de la Junta de Castilla y León, por entender que en el supuesto enjuiciado no hay asunción del servicio por la entidad autónoma que presta la asistencia sanitaria, siendo precisamente ése el elemento diferenciador que ha impedido entender que exista la contradicción que exige el artículo 217 de la LPL para admitir el recurso de casación para la unificación de doctrina, entre la sentencia recurrida y la invocada de contraste.

Para la Sala:

“A tenor de lo razonado y como ya resolvió esta Sala en su Sentencia de 21 de febrero de 2008 (recurso 4680/2006) ante supuesto substancialmente igual y con las mismas partes demandadas y sentencia de contraste, falta el presupuesto procesal de contradicción como dictamina el Ministerio Fiscal, lo que determina en este trámite procesal la desestimación del recurso, con imposición de costas y pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal, manteniendo las garantías o cauciones prestadas en su caso para el cumplimiento de la sentencia.”

La **STS de 8 de julio de 2008** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1775/2007), I.L. J 961, trata de un procedimiento por despido en el que se cuestiona el cómputo de antigüedad. La Sala no entra en el fondo del asunto al apreciar falta de rela-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

ción precisa y circunstanciada de la contradicción así como de contradicción misma entre la sentencia recurrida y la ofrecida de contraste.

Asimismo, la **STS de 23 de julio de 2008** (recurso de casación para la unificación de doctrina 3682/2007), I.L. J 1008, analiza un supuesto de despido, con readmisión irregular. El demandante interpuso demanda de despido frente a la empresa y se dictó sentencia declarando el despido improcedente. La empresa optó por la readmisión, comunicando al trabajador que se reincorporara en el plazo de 48 horas, no haciéndolo éste en dicho plazo. El trabajador solicitó posteriormente la ejecución de la sentencia y la empresa procedió a despedirlo de nuevo. El juzgado declaró extinguida la relación laboral por readmisión irregular de la empresa, y el TSJ revocó dicha resolución y desestimó la ejecución.

La Sala de TS considera:

“El plazo de 3 días del artículo 276 LPL es un plazo que concede la ley al trabajador para que pueda dilatar su incorporación a la empresa por razones de conveniencia o comodidad, y si la empresa incumple dicho plazo, tal plazo inferior se tiene por no puesto, pero no implica que la readmisión se califique como irregular, pudiendo el trabajador incorporarse en el plazo legalmente previsto.”

De otro lado, diversas resoluciones judiciales, al fallar a favor de la improcedencia del despido, analizan el requisito de proporcionalidad entre el hecho determinante y la sanción que ha de mediar para la calificación de un despido procedente. Así, la **STSJ de Madrid de 11 de junio de 2008** (recurso 2369/2008), I.L. J 785, analiza el requisito de culpabilidad y gravedad contenido en el artículo 54.2 ET.

Según la Sala,

“Para constituirse en causa de despido y 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. Suficiencia que, además no puede determinarse bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario un análisis individualizado de cada conducta.”

Asimismo, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 12 de febrero de 2008** (recurso 842/2007), I.L. J 803, desestima la inexistencia del despido ante la falta de acreditación de una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo, por la inexistencia de un elemento de comparación que permita objetivamente cuantificarlo.

La Sala argumenta:

“La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo que como causa de despido establece el apartado e) del artículo 54 del ET pues, para ser valorada como tal no sólo ha de ser voluntaria, lo que no es dado apreciar cuando no quede probada la intencionalidad del trabajador en su conducta dirigida a reducir o anular su productividad en perjuicio de la empresa; sino que además, para valorar la existencia de disminución del rendimiento del trabajador ha de existir un elemento de comparación que aparezca dentro de condiciones homogéneas que permita objetivamente cuantificarlo, como puede ser el rendimiento pactado o exigible.”

Siguiendo la doctrina jurisprudencial señalada, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de mayo de 2008** (recurso 228/2007), I.L. J 829, juzga el despido improcedente en un supuesto de transmisión de empresas al no concurrir ninguno de los requisitos regulados en el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores:

La Sala argumenta:

“Resumiendo la doctrina expuesta, para que un nuevo empresario tenga obligación de subrogarse en los contratos de trabajo de un empresario anterior es necesario que exista una sucesión propiamente dicha, es decir un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, en los términos del artículo 44.1 del ET, con transmisión de los elementos materiales necesarios para continuar la misma actividad, o bien, en los supuestos de contrataciones o adjudicaciones para la prestación de un determinado servicio, que la subrogación venga exigida por una norma de convenio o por el propio pliego de condiciones de la contrata, no concurriendo en el presente caso ninguno de los requisitos.”

Asimismo, la **STSJ del País Vasco de 8 de abril de 2008** (recurso 505/2008), I.L. J 859, apela a la tolerancia empresarial y estima la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, en el supuesto en que éste se retrasa en incorporarse a su puesto de trabajo tras el descanso concedido para comer. La Sala argumenta, aplicando la teoría de la proporcionalidad, que la falta cometida no está revestida de la gravedad ni culpabilidad suficientes como para ser constitutiva de despido.

“La gradual proporcionalidad con que esencialmente han de dosificarse las sanciones de todo orden, impide ratificar la procedencia de la adoptada en este caso, pues tratándose de la más grave entre las que la ley prevé para corregir el incumplimiento del contrato laboral por parte del trabajador, resulta exigible la correlativa máxima gravedad en la infracción, que, además de ser típica y culpable, debe presentar esa extrema entidad objetiva, para justificar la extrema intensidad en la corrección.”

B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

a) La indemnización: cuantía y cálculo

La **STS de 30 de junio de 2008**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 2639/2007), I.L. J 928, con ocasión del despido de un trabajador analiza la forma de cálculo del salario/día a los efectos indemnizatorios aduciendo que debe ser calculado dividiendo el salario anual entre 365 días (o 366 en año bisiesto) y en el cómputo de la antigüedad se deben completar los períodos inferiores al mes como si se tratase de un mes completo.

La Sala en su FJ 3º expresa:

“Muy diversa es la solución a la que hemos de llegar en el segundo de los motivos, relativo a la forma de cálculo para determinar el salario/día que ha de tenerse en cuenta para

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

calcular la indemnización por despido improcedente. Sobre este punto las decisiones a contrastar ofrecen respuesta absolutamente divergente, pues en tanto la recurrida –dando por válidos los cálculos realizados en la instancia– parte de la acreditada retribución anual, la divide por los 12 meses del año y el resultado vuelve a dividirlo por 30 días, nuestra decisión referencial (STS de 27 de octubre de 2005 –recurso de casación para la unificación de doctrina 2513/2004 –) mantiene la tesis –que hemos de reiterar– de que los parámetros que establece el artículo 56.1 ET para cuantificar la indemnización que corresponde son el salario diario y el tiempo de prestación de servicios [textualmente: ‘cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio’], y el primero de aquéllos no puede sino consistir en el cociente que resulte de dividir –supuesto de declararse probado el salario anual– esta retribución global por los 365 días que al año corresponden [366 para el caso de año bisiesto]; y no por la cifra que en definitiva se mantiene en la decisión recurrida, la de 360 días, que es el resultado obtenido al multiplicar los dos divisores utilizados (12×30) y que responde al erróneo criterio de prescindir que la mensualidad tiene el promedio real de 30,42 días ($365/12$) y atender a los artificiales 30 días a menudo utilizados por la práctica forense con inequívoco apoyo en la redacción originaria –vigente hasta el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo– del artículo 7 CC (‘Si en las leyes se habla de meses (...) se entenderá que los meses son de treinta días (...) Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que respectivamente tengan’) y que también en ocasiones establece el legislador (así, para la determinación de la base reguladora en las situaciones de IT, conforme al artículo 13 Decreto 1646/72).”

b) Salarios de tramitación

La STS de 16 de mayo de 2008, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 523/2007), I.L. J 599, centra el núcleo de la cuestión debatida en determinar si las dificultades que se apreciaron para determinar la cuantía del salario a causa de la incidencia de la realización de opciones sobre acciones y de las que se derivaron errores de consignación de la indemnización, previo reconocimiento de la improcedencia del despido, son de naturaleza justificable o excusable o no, con la correspondiente incidencia en el abono de los salarios de tramitación.

La Sala Cuarta concluye:

“Que si bien en la consignación inicial que efectuó la empresa –el día 22– no se incluyeron los beneficios del ejercicio de esas opciones y se hizo *ad cautelam* días más tarde, ello permite calificar esa conducta de diligente y atenta, de forma que el error inicial de consignación sufrido tuvo la condición de plenamente excusable, razón por la que no procedía la imposición de los salarios de tramitación y ello reiterando consolidada doctrina que señala como indicio de error excusable la ‘dificultad jurídica’ de la liquidación de la indemnización.”

De otro lado, la STSJ de Extremadura de 4 de marzo de 2008 (recurso 32/2008), I.L. J 662, al analizar el alcance temporal de los salarios de tramitación, determina la imposibilidad de sustitución de la consignación de los salarios y de la indemnización en el Juzgado de lo Social, por una transferencia a la cuenta del trabajador de cantidad a tanto alzado, incluyendo finiquito.

Al tal efecto la Sala expone:

“El precepto establece como requisito el ofrecimiento y el depósito en el Juzgado de lo Social, depósito que, en el presente supuesto no se ha efectuado; por tanto no se cumple uno de los requisitos legales para limitar los salarios de tramitación (...). La ley no ha sustituido el depósito por el pago o la transferencia bancaria, sino que, como sucede en el presente supuesto, en el que el trabajador no ha aceptado la indemnización, el empresario debe consignarla. Además en el presente supuesto se transfiere a la cuenta bancaria del trabajador una cantidad a tanto alzado que no contiene ningún tipo de especificación o aclaración.”

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La **STSJ de Murcia de 14 de abril de 2008** (recurso 61/2008), I.L. J 664, estima la nulidad de un despido por causas discriminatorias y vulneración de los derechos de igualdad y libertad sindical, en el caso de un trabajador afiliado a un sindicato.

La Sala falla sobre la existencia de discriminación:

“De lo antes expuesto, se desprende que en el supuesto de autos existen más que fundados indicios de que el móvil de la decisión extintiva empresarial es la militancia política del actor, pues no se entiende, en el caso contrario, las razones que han movido a la empresa a cesar al actor para nombrar inmediatamente después a otro trabajador para realizar las mismas funciones. En consecuencia, debe declararse el cese de la actora como despido nulo, por tener el mismo móviles discriminatorios (artículos 55.5 del ET y 108.2 de la LPL).”

Por el contrario, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 28 de marzo de 2008** (recurso 102/2008), I.L. J 747, falla a favor de la inexistencia de nulidad del despido, al no concurrir el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de discriminación, ante el cese de la actora sin finalizar el servicio para el que estaba contratada.

La Sala argumenta:

“Las causas esgrimidas por la misma en la empresa tienen una justificación objetiva y razonable que, con independencia que merezcan la calificación de procedente, permite excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado.”

En sentido análogo, numerosas sentencias revocan las sentencias de instancia y desestiman la nulidad de los despidos. Así, la **STSJ de Cataluña de 4 de febrero de 2008** (recurso 8038/2007), I.L. J 689, desestima la nulidad del despido de un trabajador ante la falta de indicios de lesión de derecho fundamental alguno. La **STSJ de Valencia de 29 de enero de 2008** (recurso 4411/2007), I.L. J 799, de decanta por la improcedencia y no la nulidad del despido efectuado a un trabajador contratado de forma indefinida en la Administra-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

ción Pública, ante la falta de indicios de vulneración del derecho a la indemnidad de éste. Finalmente, la **STSJ de Valencia de 7 de febrero de 2008** (recurso 4465/2007), I.L. J 815, falla la improcedencia del despido efectuado a un trabajador ante la inexistencia de indicios de lesión de derecho fundamental de libertad sindical.

De otro lado, la **STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2008** (recurso 7788/2007), I.L. J 682, revoca la sentencia de instancia y desestima la nulidad del despido en un supuesto de inexistencia de vulneración del derecho a la indemnidad de los trabajadores. La Sala desestima la nulidad del despido efectuado ante la ausencia de indicios de móvil discriminatorio que indique una vulneración del derecho a la indemnidad del trabajador afectado, declarando el despido procedente por trasgresión de la buena fe contractual.

Asimismo, la **STC de 21 de julio de 2008** (recurso de amparo 6595/2006), I.L. J 844, estima la nulidad del despido efectuado a una trabajadora embarazada, siguiendo el precedente jurisprudencial, sentado por el mismo Tribunal Constitucional, del innecesario requisito del conocimiento del estado de gestación de la mujer embarazada por la propia empresa. En el mismo sentido, la **STSJ del País Vasco de 18 de marzo de 2008** (recurso 304/2008), I.L. J 817, estima la nulidad del despido efectuado a una trabajadora embarazada a la que no se le renueva el contrato temporal como en ocasiones anteriores se había realizado.

M^a CARMEN ORTIZ LALLANA
BEGOÑA SESMA BASTIDA

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

Sumario

Consideración preliminar. 1. Libertad sindical. A) Contenido y alcance. a) Tutela de derechos fundamentales. b) Aspectos de legalidad ordinaria. c) Facultades que comprende la libertad sindical. d) Contenido adicional. B) Conducta antisindical y vulneración del derecho. a) Por negativa a la concesión del crédito horario. b) Por discriminación y pertenencia a sindicato. c) Por injerencia y menoscabo de funciones. d) Despido. e) Retraso en la transferencia de cuotas sindicales. f) Derechos de las secciones sindicales y las secciones sindicales. g) Vulneración del derecho en relación con la libertad de expresión. **2. Representación unitaria.** A) Mantenimiento del mandato representativo en los supuestos de cambio de empresario. Exige que la unidad transmitida conserve su identidad como unidad electoral. B) Los miembros de los órganos de representación unitaria no son titulares del derecho de libertad sindical. C) Representantes unitarios. Derecho de acceso al centro de trabajo en aplicación analógica del artículo 9 LOLS. D) Derecho a recibir copia del escrito de preaviso de una extinción por causas objetivas. Queda acreditado si consta que los representantes tenían información suficiente sobre el despido. E) Prioridad de permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores. Alcance del derecho. **3. Conflictos colectivos.** A) El proceso de conflicto colectivo: objeto. B) El proceso de conflicto colectivo: legitimación. **4. Huelga.** A) Derecho de huelga: finalidad.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2008 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido y alcance

a) Tutela de derechos fundamentales

Las bajas indemnizadas ofrecidas por la empresa a la mayoría de los candidatos de la lista electoral de Comisiones Obreras han impedido que dicho sindicato concurra a las elecciones. Éste es el supuesto que analiza la **STSJ de Madrid de 12 de mayo de 2008**, I.L. J 676: la conducta empresarial es constitutiva de vulneración del derecho de libertad sindical por lo que el cauce procesal adecuado no es el de impugnación del proceso electoral sino el de tutela de derechos fundamentales conforme al artículo 182 LPL. Y recuerda que basta la aportación del indicio para invertir la carga de la prueba requiriéndose que el empleador acredite las causas que objetiva, razonable y proporcionalmente expliquen su decisión. Y comoquiera que en el presente caso ha transcurrido poco tiempo entre la promoción del proceso electoral y el de proclamación de candidatos (sólo un mes y medio) y en este tiempo causaron baja no voluntaria la mayor parte de los candidatos de la lista de Comisiones Obreras, es clara la infracción constitucional al representar conducta antisindical lesiva de un derecho fundamental.

También se infringe la libertad sindical cuando el desempeño de funciones representativas acarrea la pérdida de retribuciones o como estudia la **STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2008**, I.L. J 686, la posibilidad de alcanzar un premio, en este caso un televisor o su valor en metálico, que la empresa otorgaba a quienes alcanzasen determinados objetivos de promoción. Es obvio que la actora, delegada sindical, concurre en inferioridad de condiciones respecto de sus compañeros al no poder dedicar el mismo tiempo a esta tarea y disponer éstos de mayores opciones; pero si además es excluida por no reunir los requisitos y esta falta de cumplimiento tiene por causa su condición sindical debe concluirse que en efecto se vulnera su derecho a la libertad sindical, aun cuando no exista un propósito deliberado de vulnerar tal derecho.

En otro orden de cosas, también se vulnera el derecho a la libertad sindical cuando no se informa al sindicato con representación de la previsión de los contratos laborales que la empresa va a celebrar, ni se le traslada copia básica de los contratos celebrados. Es el caso que se plantea en la **STSJ de Madrid de 21 de julio de 2008**, I.L. J 1035, en la que se declara la vulneración de la libertad sindical por cuanto la conducta empresarial ha perjudicado la actividad del sindicato dentro de la empresa en defensa de sus afiliados o en defensa de los trabajadores en general. La denegación de estas informaciones implica una verdadera lesión del derecho de libertad sindical que asiste al sindicato demandante en su vertiente de ejercicio de actividad sindical en la empresa a través de la sección sindical que le representa. Además establece la sentencia que tendencia legal en armonía con el derecho derivado de la Unión Europea es a potenciación del derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores, y en atención también al artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), de los representantes sindicales y, por tanto, de los sindicatos a quienes éstos representan en las empresas.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

En relación con el contenido de la libertad sindical se han planteado los tribunales si existe el derecho del sindicato a la comunicación de la convocatoria de negociación. Con respecto a esto, la **STS de 24 de julio de 2008**, I.L. J 1011, desestima el recurso interpuesto por el sindicato recurrente. Hay que determinar en relación con este aspecto dos cuestiones. Por un lado, hay que decidir si el derecho reconocido en el artículo 88.1 ET a formar parte de una comisión negociadora lleva implícito el derecho a ser llamados a formar parte de la comisión negociadora y, en consecuencia, constituye una obligación del resto de los legitimados la de efectuar aquel llamamiento o convocatoria. Por otro lado, hay que apreciar si el recurrente tuvo o no el suficiente conocimiento de la existencia de negociación que le permitiera ejercitar su derecho. En cuanto a la primera cuestión, el derecho queda suficientemente garantizado cuando queda acreditado que todos los interesados han tenido conocimiento de dicha negociación. Esto conlleva necesariamente a la segunda cuestión, en la que hay que valorar si el sindicato tuvo el conocimiento. Tras el análisis del caso, el Tribunal llega a la conclusión de que tuvo conocimiento suficiente. En cuanto a la necesidad de ser llamado expresamente el Tribunal establece que el derecho a participar en la negociación colectiva se configura como un derecho subjetivo a formar parte de la Comisión Negociadora que incluye el derecho a no ser rechazado si se pretende esa participación, pero no el derecho a ser llamado en tanto en cuanto si el legislador hubiera querido que ése fuera su contenido habría tenido que establecer quién de los partícipes en la negociación debía hacer el llamamiento y cómo, nada de lo cual se ha establecido.

b) Aspectos de legalidad ordinaria

La problemática de la igualdad de trato entre organizaciones sindicales hace que a menudo las resoluciones judiciales sobre la materia anuden los artículos 14 y 28 de la Norma Fundamental, debiendo primeramente dilucidarse si la infracción que se alega encuentra base en la vulneración efectiva de alguno de esos derechos o si por el contrario se viene a conculcar sólo un aspecto de legalidad ordinaria. Tal es la cuestión que plantea la **STSJ de Madrid de 10 de marzo de 2008**, I.L. J 703, al determinar que la falta de subvención a un determinado sindicato que le impide mantener vigente y operativo el local sindical constituye una vulneración efectiva de los citados derechos constitucionales. En efecto, compone el contenido esencial de la libertad sindical el aspecto puramente organizativo pero también debe ser objeto de la máxima protección el relativo a su naturaleza funcional que se ve comprometido cuando se impide su ejercicio como facultad adicional nacida al amparo de su cualidad de sindicato y se produce un perjuicio en su actividad representativa. Tal efecto no acontece en el caso analizado, toda vez que la falta de subvención por parte de la Administración Autónoma al sindicato actor ni se plantea en términos de discriminación respecto de otros sindicatos ni directamente afecta al uso y disfrute del local, sino que constituye una infracción de simple legalidad ordinaria al no haberse hecho efectiva la ayuda prevista en convenio sin que tal hecho comprometa en modo alguno el derecho de libertad sindical.

Tampoco se produce incumplimiento cuando la empresa se basa en razones meramente organizativas para acordar el traslado de la actora, llevando sólo cuatro meses en el desempeño de sus funciones. De muy poco sirve esgrimir la garantía de indemnidad y fundar la pretensión de resarcimiento en la tutela del derecho a la libertad sindical, si la empresa justifica su comportamiento en razón objetiva que encuentra, a juicio del Tribunal, seguro amparo en

la propia norma colectiva y en los criterios que ya venían aplicándose en materia de movilidad geográfica. Así lo entiende la **STSJ de Navarra de 14 de febrero de 2008**, I.L. J 739, que desestima la demanda interpuesta por representante de los trabajadores que es trasladada a otra localidad por haberse producido una vacante de auxiliar que debe ser cubierta por la actora en razón a su experiencia profesional sin que concurra causa de represalia alguna.

c) Facultades que comprende la libertad sindical

El derecho de libertad sindical comprende las facultades de difundir información, también por medios electrónicos, así como recibir aquella que sea relevante para los trabajadores. A este respecto, el artículo 64 faculta únicamente a recibir información de que se trata a los representantes unitarios de los trabajadores y no a los sindicatos, para los que es de aplicación el artículo 10 LOLS. Así, el derecho de información a que se refiere el artículo 64 ET no tiene como titular a los sindicatos y no toda información que se solicita viene obligada la empresa a comunicarla, sino solamente las que recogen el ET y la LOLS en desarrollo del artículo 28 CE, motivo por el cual la **STSJ de Cataluña de 7 de abril de 2008**, I.L. J 819, declara la no existencia de vulneración de este artículo. Tampoco entiende que exista vulneración del artículo 10 LOLS, en un supuesto de negativa de entrada en el vestíbulo donde se iban a celebrar unas pruebas selectivas, en tanto que “no toda limitación de la capacidad de actuación de un sindicato supone necesariamente una vulneración de la libertad sindical, sino que ésta sólo se produce cuando la reducción incide realmente en el derecho a la libertad sindical”.

En esta misma línea, el derecho de libertad sindical es vulnerado por la empresa cuando se impide el uso del correo electrónico por un sindicato para transmitir información de interés sindical a sus afiliados y al conjunto de los trabajadores, así como para recibirla de éstos y de la empresa. En la **STS de 23 de julio de 2008**, I.L. J 1049, se desestima el recurso interpuesto por la empresa declarando la vulneración del derecho de libertad sindical. Para el ello, el Tribunal entiende que no se ha llevado a cabo ninguna actividad probatoria tendente a demostrar las afirmaciones vertidas por la empresa, a lo que añade el claro disfrute del servicio de correo electrónico por otros sindicatos.

Como es sabido, el derecho de libertad sindical a que se refiere el artículo 28 CE comprende la figura de la indemnidad, entendida ésta como el ejercicio de la actividad sindical sin que ello suponga menoscabo para quien la realiza, lo cual afectaría no solamente a quien la realiza, sino por ende al conjunto de la Organización Sindical. No obstante, como otros derechos, esta garantía de indemnidad sindical puede verse limitada por la concurrencia de otros bienes y derechos constitucionales, entre ellos, los relativos al buen funcionamiento de las Administraciones Públicas. Ahora bien, para que dicha limitación sea constitucionalmente admisible, “habrá de tratarse, en todo caso, de sacrificios justificados, en tanto que proporcionados, esto es, adecuados, indispensables y moderados”.

Éste es el marco en el que se mueve la **STC de 21 de julio de 2008**, I.L. J 843, que entiende que existe vulneración de la garantía de indemnidad cuando se releva al trabajador del servicio como liberado sindical para realizar funciones sindicales, en tanto que no puede alegar el tiempo dedicado a tal función como mérito para su valoración en concurso

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

público, teniéndose que escoger de esta manera entre la carrera profesional y la actividad sindical. La preservación de la eficacia administrativa no es causa suficiente para justificar dicho menoscabo, por lo que se procede a declarar la vulneración del artículo 28 CE en su vertiente de indemnidad sindical.

d) Contenido adicional

La doctrina del Tribunal Supremo sobre la tutela judicial del derecho fundamental de libertad sindical que consagran los artículos 28 CE y 2 LOLS, y que se recoge básicamente en la STS de 14 de julio de 2006, distingue entre un contenido constitucional o histórico, esto es, aquel que el legislador considera necesario en un determinado tiempo para el adecuado ejercicio del derecho fundamental; y un contenido adicional, que es el que puede añadirse por otras normas infraconstitucionales tales como leyes ordinarias, reglamentos, convenios colectivos, etc. Este último contenido queda fuera del ámbito de regulación de los artículos 53.1 y 81.1 CE y, por consiguiente, no es tutelable por el procedimiento establecido en el artículo 176 LPL, sino a través del procedimiento correspondiente según la acción ejercitada. Este distinto tratamiento responde al hecho de que la modalidad procesal prevista en los artículos 175 a 182 LPL no es la única, en el ámbito laboral para la protección de estos derechos, lo que explica que la ley le haya dotado de un carácter más restrictivo. Sobre la base de esta doctrina, la **STS de 30 de junio de 2008**, I.L. J 892, desestima el recurso interpuesto por dos Organizaciones Sindicales en tanto que las pensiones deducidas no tienen por objeto la protección de su contenido constitucional, tal como éste se delimita en el artículo 10 de la LOLS, sino que están fundamentadas en el Convenio Colectivo y en Bases y Acuerdos de autorregulación, por lo que han de considerarse necesariamente contenido adicional.

B) Conducta antisindical y vulneración del derecho

a) Por negativa a la concesión del crédito horario

La acumulación del crédito horario por parte del actor, miembro del Comité de empresa, durante los días 26, 28, 29 y 30 de diciembre no debe entenderse como actitud que desvirtúa su naturaleza en razón a las fechas especiales en que se disfruta, sino como un verdadero derecho cuya fijación corresponde en exclusiva al representante de los trabajadores. Así lo entiende la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 10 de abril de 2008**, I.L. J 583, que tras recordar que tal derecho forma parte del contenido adicional de la libertad sindical, sienta que constituye beneficio de libre disposición de su titular y que no se puede limitar por la empresa (en este caso se trata de una Corporación Local), máxime cuando se había solicitado con un mes de antelación dando cuenta de las razones que lo motivaban. Por ello, la denegación amparada en razones organizativas no hace sino encubrir una verdadera lesión del derecho a la libertad sindical.

También se lesiona este fundamental derecho si se deniega el crédito a delegado sindical que solicita ser liberado a jornada completa para el desempeño de sus funciones al amparo de lo establecido en Convenio Colectivo, que así lo contempla en referencia a varios centros de trabajo cuando en realidad sólo existe en la actualidad uno solo en la localidad

de Amurrio (Álava). La **STSJ del País Vasco de 4 de marzo de 2008**, I.L. J 587, entiende que no sólo procede estimar el recurso del sindicato actor por vía de la doctrina de los actos propios (al reconocer la acumulación horaria a otros representantes sindicales y haberse firmado el convenio cuando ya sólo se contaba con un solo centro), sino básicamente porque se atenta a la libertad sindical al constituir la negativa una medida arbitraria y discriminatoria que debe declararse nula conforme al artículo 12 de la LOLS, sin que proceda indemnización por no haberse fundamentado su cuantía ni establecerse sus bases y demás elementos claves de su determinación.

b) Por discriminación y pertenencia a sindicato

El derecho a participar en asuntos públicos de representante de los trabajadores mediante su elección como concejal de Ayuntamiento determina situación de excedencia forzosa que obliga al empresario a su readmisión al término del mandato. Acabada aquella situación legal, la negativa de la empresa a reincorporar al actor alegando que el puesto ya está cubierto (¡cuando en realidad encubre un rechazo a su readmisión por causa de su militancia activa!), arroja serios indicios de vulneración del derecho a la libertad sindical proclamado en el artículo 28 CE, que la **STSJ de Murcia de 14 de abril de 2008**, I.L. J 664, termina por desvelar declarando nulo el despido así acordado.

También cabe apreciar discriminación de trato en materia de promoción profesional y salarial en el supuesto que examina la **STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2008**, I.L. J 673, seguido en proceso de tutela de libertad sindical que formula un grupo de trabajadores del sindicato Comisiones Obreras contra El Corte Inglés. Siendo que los derechos en juego son los tutelados en los artículos 14 y 28 CE, se recuerda la doctrina del TC contenida en la Sentencia 241/2005 que subsume la violación del primero en el de naturaleza sindical atendiendo a la homogeneidad de los grupos enfrentados respecto de los aspectos sujetos a comparación, en este caso, la promoción profesional y los salarios. Y, en efecto, invocando tan capital derecho fundamental como infringido y siendo que del análisis comparativo se deducen indicios suficientes para establecer las diferencias que se esgrimen, corresponde a la empresa probar que éstos tienen justificación en *razones empresariales objetivas* y ajenas a la condición de afiliados o representantes sindicales, por lo que el fracaso de tal exigencia determina la vulneración alegada. A ello debe sumarse como consecuencia la reparación del daño material causado, por las diferencias económicas resultantes en razón al menor salario devengado, y el establecimiento de una indemnización por daño moral, que se termina fijando en términos de ponderación a falta de otros parámetros de naturaleza objetiva en que basar esta concreta pretensión.

c) Por injerencia y menoscabo de funciones

Sabido es que dificultar el ejercicio de funciones sindicales atenta contra el derecho a la libertad sindical. Máxime si el perjudicado es presidente del comité de empresa en un determinado centro de trabajo y mantiene una intensa actividad en todos los frentes hasta su traslado a otra ubicación por causa de la externalización de ciertos servicios que

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

determina la extinción de algunos puestos de trabajo y la reubicación de otros, entre los que se encontraba en un principio el del actor. Con la pretensión de encontrar amparo tal medida en las facultades directivas del empresario que el artículo 20 ET contiene, se denuncia un móvil antisindical, se invierte la carga de la prueba y basta que el trabajador aporte un indicio de la lesión denunciada para que la empresa se vea en la obligación de ofrecer una justificación razonable de que en su conducta no se da vulneración del derecho fundamental que se dice quebrantado. En el caso que analiza la **STSJ de Madrid de 12 de mayo de 2008**, I.L. J 677, se determina que la pérdida de funciones representativas a que conduce el cambio de puesto de trabajo lesiona el derecho de libertad sindical al concretarse dicha movilidad geográfica en un acto de injerencia del empresario que menoscaba e impide en plenitud su ejercicio.

La función representativa también debe ser conservada en su integridad cuando se transmite un centro pero para ello deben mantenerse la autonomía de éste y la identidad del cuerpo electoral. La **STSJ de Madrid de 3 de marzo de 2008**, I.L. J 702, acoge la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el sentido que “lo determinante para que no se pierda la condición de miembro del comité de empresa es la subsistencia del centro de trabajo para el que el trabajador fue elegido”, circunstancia que no acontece en el supuesto que se examina. De igual modo que tampoco se vulnera el derecho de libertad sindical en la **STSJ de Madrid de 4 de junio de 2008**, I.L. J 784, cuando establece que la implantación de un protocolo de uso de correo electrónico no produce tal quebranto al quedar garantizado el derecho de información, representación y participación. Pues el uso corporativo del que se venía disfrutando no se elimina sino que sólo se preordena en base a razones que así lo justifican a fin de evitar bloqueos por su utilización masiva e indebida, dándose además como alternativa un nuevo sistema que mantiene la comunicación sindical sin merma de ninguna clase. No se da, pues, injerencia o limitación que haga impracticable el derecho a la libertad sindical, por lo que “resulta lícito y posible regular el uso del correo electrónico, siempre que las limitaciones impuestas no lesionen, restrinjan o vulneren el derecho de libertad sindical”.

La tolerancia empresarial no debe confundirse con la consolidación de un derecho adquirido a favor de los miembros del comité de empresa, máxime cuando la implantación de un nuevo sistema permite el ejercicio de la libertad sindical siguiendo pautas lógicas de la buena fe, de proporcionalidad y ponderación, estando acreditado que el fluido de comunicación entre representantes y trabajadores resulta plenamente colmado “en las mismas condiciones que ya existían antes de la regulación que ahora se impugna”. No existe, por otra parte, en esta reordenación efecto de naturaleza sindical al mantenerse completamente garantizados los derechos de información sindical y de representación y participación recogidos en la LOLS, artículos 2.1.d), 8.1.c) y 2.a) y 10.3.1, y en el Estatuto de los Trabajadores, artículo 64.1.12. En cambio no tiene fundamento limitar el número de fotocopias por razones de *concienciación medioambiental*, pues tal medida —a juicio de la Sala— aunque no sea frontalmente antisindical *sí produce un resultado contrario a la libertad sindical*, al igual que la eliminación de diverso material de oficina amparada en *razones de costes*, toda vez la supresión radical de estos utensilios *sí implica un menoscabo de la función representativa*, debiendo reputarse de arbitraria, injustificada y desproporcionada. Y por ello, contraria a la libertad sindical.

d) Despido

Existe una abundante jurisprudencia constitucional relativa a despidos atentatorios del Derecho Fundamental recogido en el artículo 28 CE y que suelen producirse como represalia del libre ejercicio de tales funciones sindicales. A este respecto, el Tribunal Constitucional recuerda que corresponde al trabajador probar o aportar los indicios racionales que permitan establecer una presunción a favor de la existencia de tal vulneración. Es en tal momento cuando corresponde al empresario destruir la presunción mediante una causa justificadora suficiente (SSTC 114/1989, 38/1981 y 104/1987).

Precisamente la falta de aportación de indicios suficientes determina que la **STSJ de Valencia de 7 de febrero de 2008**, I.L. J 815, rechace la existencia de vulneración de derechos o discriminación alguna. Señala a este respecto que la mera afiliación a un sindicato y su conocimiento por parte de la empresa no bastan para cumplir con el requerimiento indicado. Además, la empresa desconocía que los actores se iban a presentar a las elecciones sindicales, por lo que no ha quedado demostrado que la resolución de sus contratos tuviera como causa el ejercicio de algunas facultades que el derecho de libertad sindical confiere. No obstante, y por lo que se refiere a dicha resolución contractual, la Sala estima que no han quedado acreditadas las causas económicas recogidas en la carta y a que se refiere el artículo 52.c) ET, por lo que la necesaria relación de causalidad entre dichas circunstancias económicas y el consecuente despido no ha quedado acreditada, lo que le lleva a la estimación parcial de la demanda y a la revocación de la sentencia *a quo*.

En las causas a que se refiere el artículo 52 ET tiene también su origen la **STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2008**, I.L. J 821. En ésta, como en la anterior, al no haberse acreditado los requisitos establecidos por el mencionado precepto, en este caso referidos a causas organizativas, la decisión se mueve “entre una declaración de despido improcedente y una declaración de despido nulo”. Precisamente el desarrollo de una actividad que el Tribunal califica como “presindical”, consistente en la preparación de unas elecciones sindicales, pero que, en determinados supuestos, se engloban bajo la esfera de protección del Derecho Fundamental del artículo 28 CE, pues de otra forma se dificultaría la plena efectividad del mismo, es lo que lleva a la Sala a declarar el despido como nulo por vulneración del Derecho a la libertad sindical así como a su garantía de indemnidad a que se refiere el artículo 24 CE.

Ante el Tribunal Supremo se puede plantear el recurso para la unificación de doctrina cuando se presenta una contradicción entre la resolución que se impugna y otra resolución judicial. Tal es el caso de la **STS de 16 de julio de 2008**, I.L. J 969, en la que se plantea este recurso ante la declaración de discriminación por razón de afiliación y de discapacidad y por ende la determinación del despido de una trabajadora como nulo, por vulneración de los artículos 14 y 28 CE. El TS en la sentencia declara la inexistencia de sentencia contradictoria, confirmando la Sentencia dictada por el TSJ de Cataluña de 13 de febrero de 2007, estableciendo, en lo que aquí interesa, una clara discriminación por razón de afiliación desde el momento en el que hay una evidente desproporción en el ERE en relación con los trabajadores afiliados a un determinado sindicato, al que pertenece la demandante. En este orden de cosas el Tribunal establece que se tiene por acreditado dos datos claramente indi-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

ciarios de vulneración del derecho a la libertad sindical. Por un lado, la gran desproporción existente entre los trabajadores afiliados a uno u otros sindicatos que fueron incluidos en el ERE y, por otro, la discapacidad del trabajador accionante. Por ello, se presenta obligada la inversión de la carga de la prueba, por lo que corresponde a la empresa demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable suficientemente probada de las medidas adoptadas.

e) Retraso en la transferencia de cuotas sindicales

El cobro de la cuota de los afiliados, tratándose de un derecho del sindicato, puede llegar a ser vulnerado por la empresa, si con su actuación se dan las circunstancias para ello. Sobre el retraso en el cobro de las cuotas sindicales la **STS de 30 de junio de 2008**, I.L. J 923, desestima el recurso de casación por entender que resulta exorbitante atribuir a la conducta empresarial, en este supuesto, la vulneración de un derecho fundamental. Se justifica esta resolución en el hecho de un mero retraso en las transferencias mensuales de las cuotas sindicales a causa de un fallo informático en la confección de nóminas de la empresa, y la enmienda de tal fallo, tan pronto como le fue posible.

f) Derechos de las secciones sindicales y las secciones sindicales

La libertad sindical garantiza a los sindicatos un ámbito esencial de libertad de organizarse a través de instrumentos de actuación de la forma que considere más adecuada a la efectividad de su acción sindical. Por ello, pueden los sindicatos, en el ejercicio de esta libertad, constituirse a través de órganos que legalmente son conocidos con el nombre de secciones y delegados sindicales, con capacidad para ejercer aquellas actividades que permitan la defensa y protección de los propios trabajadores. Junto a esto, no hay que perder de vista que existen dos tipos de delegados sindicales según posean o no atribuciones de acuerdo con la LOLS. En el primer caso, se reconoce la existencia de un delegado sindical más allá de la sección sindical de forma que reuniendo los requisitos del artículo 10 LOLS se identifica como tal con el término “delegado sindical”. En el segundo caso, lo integran aquellos delegados sindicales que no pueden disfrutar de los beneficios legales y tienen limitada su actuación a la estricta representación de la sección sindical. Éstas, son cuestiones que se plantean en la **STS de 26 de junio de 2008**, I.L. J 953, en la que se establece la vulneración del derecho a la libertad sindical en su contenido esencial, si, con respecto a la sección sindical, la empresa trata de reducir su funcionalidad, pues en modo alguno pueden existir limitaciones al ámbito de actuación de la sección sindical y al ejercicio de los derechos de acción sindical. En cuanto al delegado sindical, se trata del segundo tipo mencionado, de forma que solamente se le reconoce funciones como representante de la sección sindical. No obstante, el Tribunal hace especial hincapié en el alcance del derecho del artículo 8.1 LOLS y establece que el hecho de que determinadas secciones sindicales no pueden contar por imperativo legal con un delegado de los previstos en el artículo 10 LOLS, no impide, en modo alguno, el ejercicio de los derechos del artículo 8.1 de la LOLS por sus respectivos titulares.

g) Vulneración del derecho en relación con la libertad de expresión

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento Jurídico imponen a los órganos judiciales, al aplicar una norma

penal, la obligación de tener presente el contenido constitucional de los derechos fundamentales, impidiendo reacciones punitivas que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de éstos o tenga un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales. Por ello, si los órganos judiciales prescinden de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental e incluyen entre los supuestos sancionables, por aplicación de un tipo penal, conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo de su ejercicio, vulneran éste.

Esta doctrina recogida por el Tribunal Constitucional en la **STC de 22 de septiembre de 2008** I.L. J 1038, se aplica con ocasión de una vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión. Se trata de un supuesto en el que el recurrente es condenado como autor de unas faltas de injurias leves por distribuir pasquines entre clientes de la empresa, criticándola por razón de un conflicto laboral. Establece el Tribunal que no se está ante un genérico derecho a la libertad de expresión e información de los que son titulares todos los ciudadanos, sino la de los relativos a la información y expresión sobre materias de interés laboral y sindical como instrumentos del ejercicio de la función representativa que, en su condición de representante sindical, corresponde realizar al recurrente, y a través de los cuales se ejerce la acción sindical que integra el contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical. El tribunal estima el recurso, estableciendo que las expresiones utilizadas por el recurrente no pueden considerarse ofensivas y que los órganos judiciales no han realizado la obligada ponderación que se ha exigido por el Tribunal Constitucional.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Mantenimiento del mandato representativo en los supuestos de cambio de empresario. Exige que la unidad transmitida conserve su identidad como unidad electoral

Un club de tenis del centro de Madrid contaba con un área de restaurante y cafetería para cuya atención había venido suscribiendo sucesivas contrataciones de servicios con diferentes empresas contratistas. En el año 2006, la empresa principal decidió poner fin a la contrata y internalizar el servicio; decisión que supuso el despido de los trabajadores de la empresa contratista.

Don Fidel había sido elegido delegado de personal del centro de trabajo de la empresa contratista en las elecciones sindicales del año 2005 y, con motivo de la resolución de la contrata, había visto extinguido su contrato de trabajo. No obstante, la plantilla de aquélla fue finalmente absorbida por el club deportivo al haber sido declarada por la jurisdicción la existencia de cesión ilegal de trabajadores. Pues bien, don Fidel demandó al club por varios motivos; entre otros por entender que su condición de representante se debería haber transmitido a la entidad demandada, en aplicación de lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores. La **STSJ de Madrid de 3 de marzo de 2008**, I.L. J 702, considera que el artículo 44.5 no resulta de aplicación al caso. Como sabemos, de acuerdo a lo previsto

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

en tal precepto “cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad”. Por tanto, es presupuesto necesario para que el mandato representativo se mantenga, que la unidad transmitida conserve su autonomía. Y la conservación de la autonomía, en el contexto de una norma dedicada a regular una materia como la representación de los trabajadores, debe entenderse, en palabras del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el sentido de que la unidad o centro transmitido conserve su identidad como “unidad electoral”.

Una de las reglas básicas de todo proceso democrático de representación es la correspondencia entre las atribuciones cedidas por los representados y las ostentadas por sus representantes. De ahí que la unidad o centro transmitido deba conservar su identidad como unidad electoral. En caso contrario, se perdería la representatividad de quienes lo eligieron, no pudiéndose imponer el mandato representativo a quienes no fueron electores. La autonomía que debe conservar un centro laboral, a efectos de poder aplicar el mecanismo de mantenimiento de la condición de representante de los trabajadores, se refiere al centro transmitido en el que fue elegido el representante, no a otro centro de trabajo en el que el representante no fue elegido, pero en el que se integra por subrogación de su empleadora.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima el motivo de suplicación planteado por el trabajador y confirma, en este extremo, la sentencia de instancia.

B) Los miembros de los órganos de representación unitaria no son titulares del derecho de libertad sindical

La sentencia anteriormente comentada, STSJ de Madrid de 3 de marzo de 2008, I.L. J 702, aborda además otra cuestión de interés relativa a los representantes unitarios de personal. En concreto, si la lesión de una de las garantías reconocidas en el artículo 68 ET a los miembros del comité de empresa y a los delegados de personal constituye la vulneración del derecho a la libertad sindical.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, siguiendo la doctrina consagrada por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 118/1983 y 95/1996, concluye en sentido negativo, pues entiende que los miembros de los órganos de representación unitaria no son los titulares de ese derecho fundamental, máxime cuando ni siquiera acreditan su afiliación a un sindicato. Mientras que nuestra norma fundamental constitucionaliza el sindicato en su artículo 7, no hace lo mismo con los comités de empresa y con los delegados de personal, los cuales sólo tienen una conexión indirecta con el artículo 129.2 CE. En definitiva, la representación unitaria es de mera configuración legal, por lo que no tienen constitucionalmente garantizada la libertad sindical consagrada en el artículo 28.1 CE que se refiere sólo a la actividad legítima realizada por los sindicatos en representación, defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores. La titularidad del derecho a la libertad sindical, en su vertiente colectiva, pertenece a los sindicatos, y no así a otros sujetos colectivos como pueden ser los comités de empresa o los delegados de personal.

C) Representantes unitarios. Derecho de acceso al centro de trabajo en aplicación analógica del artículo 9 LOLS

El trabajador, miembro del comité de empresa y delegado de prevención de riesgos laborales, venía trabajando como vigilante para una empresa de seguridad que prestaba servicios para el aeropuerto. Con tres días de antelación, el representante solicitó a la empresa que tramitara ante AENA una autorización de acceso a las zonas restringidas del aeropuerto para el ejercicio de sus funciones de representación. No obstante, la empresa se lo impidió, alegando que no se había tramitado la respectiva solicitud con tiempo suficiente. Con motivo de lo expuesto, el trabajador demandó a la contratista de servicios solicitando de la jurisdicción social que se declarara su derecho a acceder sin limitaciones al centro de trabajo y que se le reconociera el derecho a ser indemnizado con 2.000 euros por los daños y perjuicios ocasionados.

Como sabemos, el artículo 9.1.c) LOLS reconoce a quienes ostenten cargos electivos en las organizaciones sindicales más representativas, el acceso a los centros de trabajo para participar en actividades propias del sindicato. Por su parte, el artículo 36 LPRL también reconoce a los delegados de prevención el derecho a acceder a cualquier zona del centro para ejercer una labor de vigilancia y control del estado de las condiciones de trabajo. El Estatuto de los Trabajadores, por el contrario, no prevé este derecho para los miembros del comité de empresa o los delegados de personal. Pues bien, de acuerdo a la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 11 de febrero de 2008**, I.L. J 801, “aunque expresamente no esté previsto en la legislación el derecho de acceso de los representantes unitarios de los trabajadores a los centros de trabajo, se entiende que a los mismos les asiste este derecho en términos similares a los señalados a los representantes sindicales”. Por tanto, tendría igualmente derecho de acceso, previa comunicación al empresario y sin que su ejercicio conlleve la interrupción del desarrollo normal del proceso productivo.

Así, habiendo quedado acreditado que, para tramitar la autorización de acceso, la empresa sólo tenía que rellenar y firmar un impreso normalizado, la conducta empresarial lesionó al trabajador en su condición de representante de los trabajadores. En definitiva, si el trabajador tiene libre acceso al centro de trabajo durante el tiempo en el que se encuentra prestando servicios y se le ponen obstáculos o pretextos por la empresa cuando pretende acceder a éste como representante de los trabajadores, es evidente que la empresa está obstaculizando el ejercicio de sus funciones como miembro del comité.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal estima la demanda, declara la vulneración de los derechos del trabajador por la actitud omisiva de la empresa de no tramitar la autorización de acceso a las zonas restringidas del aeropuerto y le ordena que cese de forma inmediata de tal conducta y que permita al actor cumplir con sus funciones como representante, incluido el acceso al centro de trabajo. No obstante lo anterior, el Tribunal niega el derecho del representante a percibir la indemnización por daños, por cuanto ésta –de conformidad con el artículo 180 LPL– no es automática, sino que exige acreditar una mínima base fáctica, y el trabajador no había ofrecido base de ningún tipo que sustentase la causa y la cuantía de la reparación solicitada.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

D) Derecho a recibir copia del escrito de preaviso de una extinción por causas objetivas. Queda acreditado si consta que los representantes tenían información suficiente sobre el despido

Una empresa del sector del transporte de viajeros por carretera compró a otra empresa del sector la concesión del transporte de la línea Salamanca-Béjar con Guijuelas, con toda la infraestructura material de vehículos, maquinaria y utillaje; debido a lo cual se subrogó en las relaciones laborales de los 32 trabajadores adscritos a dicha línea. Con motivo de esta fusión, y al objeto de reorganizar el servicio de transporte para hacer rentable la explotación, varios trabajadores de la empresa (cuatro conductores, un mecánico y un jefe de administración) vieron amortizado su puesto de trabajo. Ante la negativa de uno de los conductores a firmar la carta de despido, dos delegados de personal firmaron como testigos de la notificación del despido al trabajador.

Este mismo conductor impugnó con posterioridad la decisión extintiva de la empresa, alegando –entre otros motivos– que no se habían respetado los requisitos de forma legalmente exigidos. Concretamente, hacía constar que la empresa no había entregado copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores. Así es. De acuerdo a lo previsto en el artículo 53.1.c) ET, si la extinción del contrato obedece a la necesidad de amortizar el puesto de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el empresario deberá entregar una copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento.

Ciertamente, la empresa no había hecho entrega de la copia del escrito de preaviso a los representantes legales de los trabajadores. Ahora bien, la finalidad que se persigue con dicho precepto, según la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de mayo de 2008, I.L. J 866, es que los representantes conozcan la decisión de la empresa de despedir a un trabajador por causas objetivas. Dicho conocimiento se acreditó desde el momento en que dos de los delegados intervinieron como testigos de la extinción, ante la negativa del trabajador a firmar la carta de despido.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia de Castilla y León considera que queda cumplido el requisito establecido en el artículo 53.1.c) ET y desestima la pretensión del trabajador despedido.

E) Prioridad de permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores. Alcance del derecho

La Dirección General de Trabajo autorizó a una empresa del sector aeronáutico la extinción de las relaciones laborales de un total de 218 trabajadores; entre ellas, la de un representante legal que ostentaba la categoría profesional de ingeniero técnico. Disconforme con la decisión extintiva, el trabajador impugnó la resolución administrativa, alegando que no se había tenido en cuenta su condición de representante legal y su derecho de prioridad de permanencia en la empresa, pues de los trabajadores con igual categoría profesional a la suya, tres de ellos –incluidos en un primer momento en el expediente de regulación de empleo– habían permanecido finalmente en plantilla.

Es cierto que, de conformidad con lo previsto en el artículo 51.7 ET, en el caso de que se produjera un expediente de regulación de empleo, los representantes de los trabajadores

tienen prioridad de permanencia en la empresa. Y que, según lo establecido en el artículo 68.b) ET, los miembros del comité de empresa y los delegados de personal gozan de determinadas garantías; entre ellas, “la prioridad de permanencia en la empresa o en el centro de trabajo, respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas”. Ahora bien, esta garantía de permanencia es relativa, pues ésta no opera cuando desaparecen todos los puestos de trabajo. Es, por tanto, presupuesto de ella, la existencia de dos o más trabajadores entre los que establecer la prioridad. Si bien es necesario que se dé una identidad entre ellos.

Para apreciar tal requisito de identidad, habrá de estarse a la equivalencia entre categorías o a la pertenencia al mismo grupo profesional. En definitiva, es necesaria la existencia de puestos de trabajo equivalentes y, por lo tanto, intercambiables (STS de 30 de noviembre de 2005, recurso 1439/2004). Este derecho de prioridad implica por tanto la concurrencia de dos o más trabajadores para un mismo puesto de trabajo.

En el caso que nos ocupa, se admitió inicialmente la demanda del trabajador afectado y, frente a esta sentencia, recurrió la empresa poniendo de manifiesto que, los otros tres ingenieros técnicos, aún ostentando la misma categoría profesional que el demandante, prestaban servicios en diferentes centros de trabajo y en distintas divisiones de negocio. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su **STS de 23 de septiembre de 2008**, I.L. J 1082, inadmite tal motivo, fundamentalmente porque no puede pronunciarse sobre dicho extremo, al tratarse de cuestiones nuevas que no se habían alegado en la instancia, sino en la fase de recurso.

Conviene traer a colación por tanto a este respecto, la doctrina del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en relación con el derecho de prioridad de permanencia en la empresa, cuando hay otros trabajadores de la misma categoría profesional pero que prestan servicios en diferentes centros de trabajo al del representante legal. En su STS de 30 de noviembre de 2005 (recurso 1439/2004), el Tribunal Supremo considera que no hay ninguna regla que establezca que la garantía de la preferencia deba quedar limitada al ámbito de afectación de la causa extintiva. La referencia del legislador a la empresa o al centro de trabajo no pretende vincular la garantía del representante al ámbito afectado por la extinción, sino conectarla con el concreto ámbito de representación del miembro del comité de empresa o del delegado de personal. De esta manera, si éste se extiende a la empresa, dentro de ella deberá operar la garantía, mientras que si es representante de centro de trabajo, la garantía deberá limitarse a éste. Así, por ejemplo, si el ámbito de representación fuese la empresa y se amortizaran todos los puestos de trabajo del centro en el que presta servicios el representante, éste tendría prioridad respecto a otros trabajadores de su misma categoría profesional que trabajaran en otros centros no afectados por la causa extintiva. La efectividad de la garantía se traduce de esta manera en un sacrificio potencial para el resto de los trabajadores, pues no olvidemos que el legislador, al conceder la garantía de prioridad de permanencia, no concede un privilegio al representante, sino que pretende tutelar el derecho de representación de los trabajadores (STC 191/1996).

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) El proceso de conflicto colectivo: objeto

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 13 de febrero de 2008, Sala de lo Social, I.L. J 810, analiza la calificación como conflicto colectivo planteado por la falta de realización por parte de una empresa hostelera de determinadas conductas en materia de prevención de riesgos laborales y ergonomía, que exigían determinadas adaptaciones en atención a diversos factores, tales como horarios de los trabajadores, dimensiones (número de habitaciones) del centro de trabajo, etc. La Sala parte de la base de considerar que el conflicto colectivo requiere que el interés afectado lo sea de una pluralidad de trabajadores, pero añade que esta condición no es suficiente: es preciso que tal interés esté afectado en la condición de miembros de un grupo, y no una mera acumulación de pretensiones similares o incluso idénticas. De esta forma, para que pueda calificarse el conflicto como colectivo a los efectos del artículo 151 LPL señala la Sala que debe exigirse que el derecho que eventualmente pudiera reconocerse correspondiera a todos ellos como colectivo y no a cada uno individualmente considerado.

Por otra parte, recuerda el Tribunal que el conflicto colectivo es el cauce adecuado para plantear conflictos jurídicos, esto es, relativos a la interpretación o aplicación de una norma, convenio o pacto de empresa, pero nunca de meros conflictos de intereses. Dado que en este caso los demandantes pretendían la puesta en práctica de unas meras recomendaciones, por más que provinieran de un órgano paritario, no puede aceptarse el planteamiento de la cuestión por esta vía. En definitiva, se rechaza el recurso por un doble motivo: afectar su objeto de forma distinta a los distintos trabajadores de cada centro (en los que hay diferentes horarios y características del puesto de trabajo) y no ser un conflicto jurídico sino de intereses.

En la STS de 27 de junio de 2008, I.L. J 897, se analiza si determinados complementos retributivos deben o no formar parte del haber regulador del plan de pensiones, lo que es discutido por la empresa demandada (Altadis) entre otros motivos por la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo para la reclamación señalada. Ello da pie al Alto Tribunal a exponer los requisitos subjetivos y objetivos para esta clase de procedimiento. En cuanto a los primeros, se recuerda que consiste en la afectación a un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por tal un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad. El elemento objetivo, por su parte, consiste en la existencia de un interés general e indivisible entre sus miembros, o al menos, aunque requiera la oportuna individualización, ésta no se refiere a la configuración general de éste, sino tan sólo a sus consecuencias prácticas. En este sentido, se afirma que el grupo está configurado por rasgos y conceptos que *a priori* y no sujetos a prueba lo configuran, mientras que los trabajadores forman parte o no del grupo en atención a circunstancias personales que en cada caso han de probarse. Es decir, la existencia del grupo tiene que ser un hecho objetivo, sin que concurran intereses individuales diferenciados de los generales. En el caso concreto, las aportaciones al plan de pensiones participan de esta naturaleza general y colectiva, sin que ello pueda desnaturalizarse por el hecho de que los intereses prestacionales derivados de él puedan recaer sobre sujetos ajenos a la relación laboral.

La STS de 10 de junio de 2008, I.L. J 1029, evalúa de nuevo la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo para la resolución de determinados asuntos. En particular, se discute si es éste el cauce correcto para dar curso a la demanda declarativa planteada por una empresa –CATSA– con el objeto de que se reconociera su carácter unitario e independiente respecto al grupo SOGECABLE, a los efectos de que se reconociera la inaplicabilidad del convenio de éste a la primera. La Sala de lo Social, reiterando la doctrina relativa a los requisitos subjetivo y objetivo que determinan el carácter colectivo del conflicto, reconoce que la citada pretensión, tomada por sí sola, no puede considerarse como constitutiva de una controversia de esta naturaleza. Sin embargo, esta declaración del Alto Tribunal no tiene mayor trascendencia para el fallo, puesto que la determinación del convenio colectivo aplicable sí que supone un asunto que afecta a una pluralidad genérica de trabajadores que comparten un interés general e indivisible.

La STS de 17 de julio de 2008, I.L. J 1058, evalúa la adecuación a esta clase de procedimientos de una demanda relativa a la impugnación de la decisión empresarial de abonar el importe de las vacaciones no disfrutadas en el año anterior, para posteriormente proceder, a partir del 25 de enero, al descuento de las nóminas de las cantidades abonadas, obligando al disfrute de las vacaciones en el mes de febrero. La empresa sostuvo que de hecho lo que se discute es la fijación de la fecha del disfrute de vacaciones, y que como tal debe seguirse el cauce más específico del artículo 125 LPL. Sin embargo, establece el TS, no debe confundirse la mera determinación del momento en que han de tener lugar las vacaciones con las decisiones adoptadas en este caso por la empresa, que tienen un alcance mucho mayor, al determinar una serie de abonos y retenciones, así como una alteración del procedimiento de fijación de las vacaciones, ignorando la intervención obligatoria de los representantes de los trabajadores determinada en el Convenio aplicable, y actuando unilateralmente en todos los casos. Por ello, entiende la Sala que se da tanto el requisito subjetivo (pues el conflicto no se limita a la fijación de las vacaciones de unos pocos trabajadores, sino en general y potencialmente al conjunto de ellos) como el objetivo, siendo por tanto correcto el procedimiento escogido para la solución de la controversia jurídica.

B) El proceso de conflicto colectivo: legitimación

La STS de 20 de junio de 2008, I.L. J 931, analiza el recurso interpuesto por “La Caixa” contra una Sentencia de la Audiencia Nacional que estimó la demanda interpuesta por el Sindicato Independiente de Baleares (con implantación únicamente en dicho territorio). La citada demanda corresponde a una reclamación relativa a la aplicación que se estaba haciendo del convenio colectivo que, a juicio del Sindicato, establecía una discriminación para los trabajadores en territorio no peninsular. La misma demanda había sido interpuesta ante los órganos jurisdiccionales de la isla que habían declarado su incompetencia, por afectar a trabajadores de las Islas Canarias, Ceuta y Melilla. El TS en su resolución señala que el sindicato actuante, al tener implantación sólo en las Islas Baleares, no está legitimado para hacer reclamaciones que afecten a los trabajadores ajenos a su ámbito territorial, y que por tanto únicamente cabe la interposición ante el juez natural, en este

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

caso, el TSJ de las Islas Baleares. En conclusión, puede afirmarse que conforme a esta Sentencia, la legitimación para la interposición de conflictos colectivos se reduce al ámbito de implantación del sindicato actuante, pero cubre necesariamente éste, de tal modo que, aunque el conflicto jurídico pueda darse en otros territorios, la acción deberá interponerse ante la jurisdicción territorial correspondiente, todo ello sin perjuicio de que en caso de resoluciones contradictorias, sea al Tribunal Supremo a quien corresponda la unificación de doctrina mediante el correspondiente recurso.

4. HUELGA

A) Derecho de huelga: finalidad

La STSJ del País Vasco de 20 de mayo de 2008, I.L. J 721, analiza el alcance de la prohibición de convocar huelgas para la modificación de un convenio colectivo en relación a la controversia planteada con el objeto de forzar al empresario a pactar un convenio colectivo de empresa estando vigente otro sectorial aplicable, este último de ámbito provincial. Frente a las alegaciones empresariales de estar amparado por el artículo 89 ET para no negociar un convenio vigente, estima el Tribunal que lo que se pretende no es en ningún caso modificar el convenio provincial, sino, con pleno respeto a su vigencia y efectividad, lograr la negociación de un acuerdo de ámbito más reducido que mejore las condiciones laborales.

Con apoyo en diversas resoluciones judiciales, argumenta la Sala que la conducta de los demandados no vulnera ni el artículo 11 del RD-Ley 17/1977, ni las disposiciones de los artículos 84 y 89 ET, pues la finalidad de estas normas es el respeto a lo pactado, en el sentido de mantener su vigencia y efectividad, pero no impiden la exigencia de negociación en ámbitos distintos compatibles con el convenio en vigor. Así, no existiendo en el convenio de ámbito provincial ningún precepto que se oponga a la negociación en el nivel de empresa, no es posible apreciar la ilicitud de la huelga realizada.

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. Procedimiento de negociación. 2. Contenido “normativo” del convenio colectivo.

A) Cláusulas; B) Límites. 3. Ámbito funcional. 4. Determinación del convenio colectivo aplicable. 5. Ultraactividad. 6. Impugnación “directa” del convenio colectivo.

Las sentencias reseñadas aparecen reproducidas en los números 5 a 8, ambos incluidos, de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, 2008, de Lex Nova. Todas ellas abordan viejas cuestiones, las cuales resuelven conforme las pautas habituales. La más relevante es la STS de 3 de junio, de casación para la unificación de doctrina, que sigue la doctrina del “voto ponderado” a la hora de resolver la cuestión de la válida adopción de acuerdos en el seno de la comisión negociadora de un convenio colectivo de empresa negociado por el comité de empresa.

1. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

Cómputo de la mayoría requerida para la válida adopción de acuerdos en el seno de la comisión negociadora. Recuerda que el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones, a la que se refiere el artículo 89.3 ET, debe referirse, no al de la mayoría de los vocales que compongan cada uno de los dos bancos que integran la comisión negociadora (“voto personal”), sino al de los vocales designados por quienes ostenten la mayoría de la representatividad aportada a efectos de la válida constitución de dicha comisión (“voto ponderado”), la **STS de 3 de junio de 2008**, I.L. J 728, dictada en casación para la unificación de doctrina. Ello abre la posibilidad de que, como sucede en el caso de autos, la mayoría pedida legalmente para la válida adopción de acuerdos aparezca unida a un número de votos menor que el de la mayoría de los vocales del correspondiente “banco”. El criterio al que se viene haciendo referencia rige también en el caso de la negociación de convenios colectivos de empresa o de ámbito inferior en los que intervienen comités de empresa sindicalizados, cuyos miembros en la comisión negociadora actúan en función de su pertenencia a una plataforma sindical:

“Es cierto que la cuestión planteada ha sido largamente debatida en la doctrina, tanto durante la vigencia de la versión original del Estatuto de los Trabajadores (...) como en

la actualidad (...), pero no es menos cierto que (...) la doctrina jurisprudencial ha sido constante en entender que cuando los que negocian lo hacen en el seno de una instancia representativa de distintas opciones sindicales la interpretación que más se acomoda a las exigencias de una auténtica comisión negociadora representativa de unos intereses es la del voto proporcional, habiéndose mantenido tal criterio de forma muy clara en la STS de 23 de noviembre de 1993 (recurso 1780/1991), en la STS de 22 de enero de 1999 (recurso 4964/1997), en la STS de 4 de octubre de 2001 (recurso 4477/2000) –aunque su interpretación pueda dar lugar a dudas–, o en la STS de 17 de enero de 2006 (recurso 11/2005). Es cierto que todas estas sentencias se han dictado en relación con convenios de ámbito superior a la empresa en los que la comisión negociadora estaba integrada por representantes sindicales, no existiendo antecedentes de una impugnación de convenio suscrito por una comisión delegada de un comité de empresa, pero, con independencia de que en estos casos se sobreentienda que, con carácter general, la comisión actúa como una delegación unitaria y, por ello, lo lógico es que la mayoría de sus componentes sean los que representan el interés del comité como representante de todos los trabajadores, en el caso de que un convenio de empresa o de nivel inferior sea negociado bien por secciones sindicales, bien por sindicatos (...), bien por miembros de dicho órgano unitario en función de su pertenencia a una plataforma sindical, el problema es el mismo que el que se genera cuando se negocia un convenio de ámbito superior en tanto en cuanto la legitimación real para negociar la tienen en función de su representatividad y, por lo tanto, para entender que un convenio ha sido aprobado en interés y representación de la mayoría de los trabajadores, hace falta que los integrantes de la comisión representen a esa mayoría, pues lo contrario llevaría a aceptar convenios aprobados por representantes de minorías, lo que no puede estimarse requerido por el legislador, en cuanto que en la configuración tanto de la legitimación inicial, como de la plena –artículos 87 y 88 ET– está exigiendo siempre una determinadas mayorías, lo que exige una correspondencia de planteamiento con la última decisión que, por lo tanto, pide y requiere una legitimación mayoritaria (...). Por otra parte (...), seguir el criterio del voto personal supondría dar un trato desproporcionado a unas representaciones sobre otras (...).

En el presente caso la mesa negociadora del convenio que se impugna había sido constituida por dos miembros de UGT de los siete que esta [central] sindical tiene en el comité de empresa, más un miembro de CCOO, que tenía 4 representantes en el comité, y 1 de CGT, que tenía dos en el comité; la designación de estos dos miembros últimos lo fue a razón de los restos resultantes de dividir los trece miembros del comité entre los cuatro componentes de la comisión, pero este resultado aritmético no puede dejar de reconocer que la mayoría de los miembros del comité estaba representada por UGT en cuanto ostentaba la mayoría absoluta en su seno, por lo que el resultado de una negociación sólo suscrita por dicho sindicato era la representativa de la opinión mayoritaria del referido comité como representante de todos los trabajadores de la empresa. Aceptar que los representantes de la minoría puedan impedir que se apruebe lo que aprobaron los representantes de la mayoría equivale a tanto como a hacer ineficaz el principio de proporcionalidad sobre el que se asienta todo el régimen jurídico de la negociación de los convenios.”

VIII. Negociación Colectiva

2. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Cláusulas

Forma parte del contenido normativo la cláusula de revisión salarial establecida para los casos de prórroga del convenio por falta de denuncia. Tal naturaleza no se ve afectada por el hecho de que semejante cláusula regule condiciones retributivas *ad futurum*. “Las previsiones de futuro sobre las condiciones del contrato, incluidas las retributivas, gozan de carácter normativo” (STS de 16 de junio de 2008, I.L. J 891).

B) Límites

Doble escala salarial: respeto del principio de igualdad. Conculca este principio y, por lo tanto, es nula, la cláusula que establece, sin concurrir razones objetivas que lo justifiquen, un régimen diverso del complemento de antigüedad que elimina éste para cualquier trabajador contratado como fijo tras la firma del convenio colectivo (STS de 15 de junio de 2008, I.L. J 896).

3. ÁMBITO FUNCIONAL

Del vigente convenio sectorial estatal de centros de asistencia y educación infantil (2007). Al hacer hincapié dicho convenio, apartándose de los que rigieron en otro momento, en la titularidad privada de los centros dedicados a la actividad propia de su ámbito funcional de aplicación, es evidente que dicho ámbito no se extiende al servicio de guardería infantil prestado por un Ayuntamiento, dada su naturaleza de corporación pública (STSJ de Galicia de 22 de mayo de 2008, I.L. J 720).

4. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

Ha de estarse a aquel al que corresponda la actividad principal o más relevante de la empresa. El convenio estatal de grandes almacenes (BOE de 27 de abril de 2006) no es aplicable a la empresa que cuenta con un abundante número de establecimientos y elevada plantilla y cuya actividad predominante es la de supermercado. En tales circunstancias, no cabe entender que el convenio propio y posterior negociado por dicha empresa incurra en la concurrencia prohibida por el artículo 84 del ET (STS de 8 de julio de 2008, I.L. J 1031).

5. ULTRAACTIVIDAD

Los términos del artículo 86.3, párrafo segundo, del ET permiten distinguir dos reglas: “por un lado, una regla de atribución específica a la autonomía colectiva de competencia plena para decidir del modo que se tenga por conveniente –pervivencia provisional, temporal o decadencia– el destino de las cláusulas normativas de un convenio vencido

mientras no sea sustituido por otro; y, por otro lado, una regla supletoria de derecho dispositivo de pervivencia provisional o ‘ultraactividad’ para el caso de que las partes no hayan previsto nada al respecto”. Sucediendo esto último, queda afectada por dicha ultraactividad, dada su indiscutible inclusión dentro de las cláusulas normativas, la regulación de los trienios (STSJ de Galicia de 7 de julio de 2008, I.L. J 845).

6. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

Procedimiento. Debe seguirse el cauce del proceso de impugnación de convenios colectivos en lugar del de conflicto colectivo “cuando el contenido real de la pretensión tiene un alcance que excede de lo que se conoce como ‘interpretación armonizadora’ o ‘interpretación de adecuación’ [lo que suele constituir el objeto de los conflictos colectivos] y persigue (...) la invalidación de una regla o precepto establecido en un convenio colectivo (...) o laudo (...). Este tipo de pretensiones impugnatorias, cualquiera que sea la eficacia del acuerdo que se cuestione, debe tramitarse por la modalidad procesal regulada en los artículos 161 a 164 de la LPL, como precisa el artículo 163 de esta Ley” (STS de 15 de junio de 2008, I.L. J 896).

Alcance de la remisión a los trámites del proceso de conflicto colectivo. Aunque los artículos 161.3 y 163.1 de la LPL se refieren a una impugnación del convenio colectivo por los trámites del proceso de conflicto colectivo, “tal remisión ‘lo es exclusivamente a efectos de la aplicación de determinados trámites, sin afectar a la singularidad de la modalidad procesal en sí misma con sus consecuencias en orden a la determinación de las partes, los requisitos de la demanda, el acto de juicio y la propia sentencia (Sentencias de 10 de mayo de 1995 y 12 de febrero de 1996, entre otras)” (STS de 25 de marzo de 1997, recurso 1749/1996). En consecuencia, la impugnación se encuentra exceptuada del trámite de la conciliación previa” (STS de 15 de junio de 2008, I.L. J 896).

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 de trabajo; B) Recargo de prestaciones; C) Indemnización por daños y perjuicios;
 D) Concepto de enfermedad profesional. **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

La STS de 18 de julio del 2008, I.L. J 1059, establece que, por aplicación preferente del artículo 25.1.b) del Convenio bilateral entre España y Holanda sobre el Anexo VI.D).4) del Reglamento CE 1408/1971 en la versión del Reglamento 1248/1992 cuando es más beneficioso para el trabajador el cálculo de la base reguladora ha de hacerse sobre bases medias de cotización correspondientes a la categoría del trabajador en España, según reiterada jurisprudencia. Siendo computables las cotizaciones por edad, Disposición Transitoria Segunda de la Orden de 18 de enero de 1967, y las cotizaciones ficticias a las que se refiere el artículo 4 de la Orden de 17 de noviembre de 1983.

Según la STJCE de 3 de abril del 2008, I.L. J 594, por aplicación del artículo 48.2 del Reglamento 1408/1971, de 14 de junio, en versión actualizada por el Reglamento 631/2004, de 31 de marzo, la institución competente del último Estado miembro en que residió un trabajador nacional de un Estado miembro que hay que tomar en consideración a la hora del cálculo de la pensión de jubilación, que en el momento de la solicitud de pago el trabajador reside en un tercer Estado miembro, los períodos trabajados en otro Estado miembro en las mismas condiciones que si continuase residiendo en el territorio de la Unión Europea.

Para la STJCE de 20 de mayo del 2008, I.L. J 877, el artículo 13 del Reglamento 1408/1971, de 14 de junio, en versión modificada por el Reglamento 647/2005, de 13 de abril, no se opone a que un trabajador reciba prestaciones en su Estado de residencia

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

aunque esté sujeto al régimen de Seguridad Social del país de empleo. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si el que el trabajador vuelva o no al domicilio familiar después de cada jornada laboral en el Estado miembro del que se trata es relevante a efectos de tener derecho a una prestación familiar.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

En la **STS de 30 de junio de 2008**, I.L. J 902 (Rec. Casación u.d.) se analiza la interpretación del artículo 36 del RD 84/1996 respecto a un supuesto de denegación de las prestaciones de orfandad y de viudedad por el hecho de que la causante no estaba en alta o situación asimilada al alta a la fecha del fallecimiento, al no estar inscrita como demandante de empleo tras el periodo en el que percibió la prestación por desempleo. En los fundamentos jurídicos se recuerda que conforme al artículo 124 de la LGSS las personas incluidas en el campo de aplicación del Régimen General causaran derecho a prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este régimen o “en situación asimilada al alta”, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario, estableciéndose en el artículo 125.1 de la LGSS, que la situación legal de desempleo total durante la que el trabajador percibe la prestación por dicha contingencia es una situación asimilada al alta.

En desarrollo del artículo 125.1 de la LGSS, el artículo 36 del RD 84/1996, determina que quedan comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, pero en situación asimilada a la de alta en el mismo, quienes, aun cuando hubieran cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en dicho Régimen, se encuentren entre otras, en 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”. Respecto a esta último extremo la **STS de 30 de junio de 2008**, I.L. J 902 (Rec. Casación u.d.), recuerda que la posibilidad de aplicar la ya reiterada jurisprudencia que atenúa la exigencia del requisito de alta o situación asimilada, en relación especialmente con las prestaciones de incapacidad permanente y por muerte y supervivencia, mediante una interpretación humanizadora que pondere las circunstancias de cada caso con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección, lleva a estimar que sí concurre la situación de alta, entendiéndose cumplido el requisito, 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. No obstante y a tenor de los hechos probados del caso concreto, la citada sen-

IX. Seguridad Social

tencia no encuentra en éstos, afirmación alguna de la que pueda inducirse una racional dificultad o inutilidad de la continuada inscripción en la oficina de empleo, que pudiera llevar a la aplicación de la interpretación humanizadora.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

6. COTIZACIÓN

Pensión de jubilación de trabajador del mar migrante de la Unión Europea. A efectos del cálculo de la *prorrata temporis* se incluyen en el cómputo las bonificaciones reductoras de edad del régimen especial de los trabajadores del mar y se consideran sólo computables los períodos cotizados máximos previstos por la ley para obtener la pensión completa. El Tribunal Supremo enjuicia en unificación de doctrina el recurso de un pensionista del Régimen Especial de Trabajadores del Mar que había prestado sus servicios como marinero en España y en Holanda. La **STS de 26 de junio de 2008**, I.L. J 913, reconoce contenido casacional a dos cuestiones presentadas por el actor sobre el cálculo de la *prorrata temporis*, es decir, la parte del pago de la pensión que asume la Seguridad Social española en interpretación de los reglamentos comunitarios CE/1408/1981 y CE/118/97.

La primera cuestión abordada consiste en determinar si se computa para aumentar el porcentaje de *prorrata temporis* la bonificación por reducción de edad calculada en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar en función de la duración de la actividad profesional desarrollada. Previamente a tratar esta cuestión, cabe mencionar que al actor le fueron reconocidas ya en instancia las cotizaciones por razón de la edad el 1 de agosto de 1970, bonificación prevista en la Disposición Transitoria Segunda de la Orden de 18 de enero de 1967. En este sentido, la inclusión de estas cotizaciones ficticias o estimadas por razones transitorias para determinar el porcentaje o cálculo de la *prorrata* se ha considerado una cuestión pacífica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la STS de 26 de junio de 2001 en interpretación de los artículos 1.r) y 46.2 del Reglamento CE/1408/81. Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha considerado computable como período cotizado la bonificación de la edad prevista en función de la actividad desarrollada en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar porque consideraba que se trataba de cotizaciones que eran totalmente ficticias sin que mediase una presunción legal de que tales cotizaciones hubiesen existido. Finalmente, la STS de 17 de julio de 2007 ha cambiado la línea doctrinal ateniéndose a la jurisprudencia consolidada del TJCE (en esencia, la STJCE de 3 de octubre de 2002, “Asunto Barreira”) que considera estos períodos asimilados como equivalentes a períodos de seguro. En la sentencia que analizamos el Tribunal Supremo confirma este cambio de doctrina y estima la pretensión del actor reconociéndole “los

períodos de bonificación de edad derivados del embarco” para así elevar el porcentaje a efectos de la *prorrata temporis*.

En segundo lugar, se plantea la cuestión de si la *prorrata temporis* se calcula tomando en consideración todos los períodos de cotización sumados de los países, o bien, como pretendía el recurrente, sólo los de duración máxima exigidos por la LGSS para obtener la pensión completa (treinta y cinco años). El Tribunal Supremo opta por la segunda solución y con ello confirma la nueva doctrina establecida en la STS de 17 de julio de 2007 citada, en interpretación del artículo 47.1.a) del Reglamento CE/118/97. Según esta doctrina, “la institución competente española ha de totalizar únicamente los períodos de cotización foráneos necesarios hasta alcanzar la duración máxima exigida por la LGSS para obtener una prestación completa, esto es, los precisos para alcanzar los 35 años que dan derecho a una pensión completa o del 100%. De esta forma los efectos beneficiosos de este límite a la totalización se manifiestan al determinar la *prorrata temporis*, pues al reducir el denominador de la fracción y mantenerse constante el numerador, el porcentaje de *prorrata* que le corresponde al trabajador migrante es superior, sin perjudicarlo por haber trabajado más años en el extranjero”. Se estima, pues, la pretensión del trabajador lo que conduce a la elevación de la *prorrata temporis* a cargo de la Seguridad Social española.

7. RECAUDACIÓN

Reintegro de prestaciones

La STS de 29 de mayo de 2008, I.L. J 617, reitera la doctrina ya sentada por el Tribunal Supremo para determinar en qué supuestos una empresa que hubiera procedido a contratar temporalmente de forma fraudulenta o irregular a un trabajador, que posteriormente accede al percibo de la prestación por desempleo, debe responder del reintegro de esta prestación. Esa responsabilidad será efectiva cuando la mencionada contratación temporal hubiera permitido necesariamente la obtención de la prestación por desempleo; es decir, en aquellos casos que, de no haber existido la mencionada contratación, el trabajador no hubiese podido acceder a la prestación por desempleo. La base de esta afirmación radica en que sólo en ese caso, se causa un perjuicio a la entidad gestora, independientemente de las consecuencias de la calificación de la contratación como fraudulenta o abusiva.

La STS de 13 de mayo de 2008, I.L. J 642, reiterando doctrina emanada de la Sala Social del Tribunal Supremo, sostiene la incompatibilidad de la percepción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años y la realización de un trabajo a tiempo parcial por el que se percibe un salario superior al 75%, basándose en el carácter asistencial de la prestación. Por ello, no puede realizarse una interpretación de ese límite de ingresos establecido por el artículo 215 de la LGSS, en función de la proporción de la jornada que se trabaje; su naturaleza asistencial viene marcada porque su reconocimiento se supedita a la existencia de un verdadero estado de necesidad, manifestado en la carencia de rentas superiores al límite legal mencionado. Así, concluye el TS, procede el reintegro de la totalidad de la prestación percibida.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente de trabajo

En la STSJ de Aragón de 21 de abril de 2008, I.L. J 753, se desestima la calificación de accidente de trabajo en un caso de infarto de miocardio con resultado mortal. Según dicha resolución, la presunción no juega cuando el trabajador se encuentra en los vestuarios de la empresa para comenzar o terminar la jornada laboral.

Según la STSJ de Cantabria de 5 de mayo de 2008, I.L. J 1027, se considera accidente de trabajo la lesión sufrida por el trabajador como consecuencia de un tirón lumbar en tiempo y lugar de trabajo, incluso aunque presentase una enfermedad previa que, hasta entonces, estaba latente.

En cuanto a la determinación de profesión habitual en los supuestos de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, la STSJ de Cataluña de 4 de junio de 2008, I.L. J 838, señala que, al tratarse de accidente de trabajo, la profesión habitual es la desempeñada cuando se sufren las lesiones que producen las reducciones anatómicas o funcionales graves de carácter definitivo y determinación objetiva susceptibles de mermar la capacidad laboral, reiterando así la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la STS de 9 de febrero de 2000.

B) Recargo de prestaciones

Según la STS de 30 de junio de 2008, I.L. J 924, la presunción de inocencia no es aplicable al recargo de prestaciones, porque éste no tiene formalmente el carácter de una sanción tipificada como tal por ley, aunque pueda cumplir una función preventiva. Por otra parte, la función indemnizatoria del recargo no puede excluirse cuando no se acredita que, sumado a las prestaciones de Seguridad Social, supere el importe total del daño. En la sentencia, se da un nexo causal entre las condiciones en que se ejecutaba el trabajo y la producción del accidente, sin perjuicio de la valoración que procediese sobre la denuncia que la empresa formuló en suplicación sosteniendo la ruptura de esa obligación. La STS de 9 de julio de 2008, I.L. J 956, también insiste en que el recargo no es una sanción, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o sus beneficiarios.

En la STS de 20 de junio de 2008, I.L. J 653, se reitera la doctrina del Tribunal Supremo sobre si el transcurso del período de 135 días sin que el INSS resuelva un expediente de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad determina o no la caducidad del expediente. Una vez más, se concluye que una orden ministerial –como es la de 16 de enero de 1996– no puede imponer dicho plazo sin la cobertura de una norma de superior rango. Por otra parte, el artículo 44 de la Ley 30/1992 establece que el vencimiento del plazo máximo establecido, sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver. La caducidad únicamente se produce en los procedimientos en los que se ejerciten potestades sancionadoras, y el de imposición de recargo no tiene exactamente esa naturaleza jurídica, ya que posee una finalidad disuasoria y de incremento de las prestaciones debidas. Vid,

en este sentido, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de marzo de 2008**, I.L. J 697, y la **STSJ de Cataluña de 17 de abril de 2008**, I.L. J 820.

La **STS de 14 de mayo de 2008**, I.L. J 609, analiza si la responsabilidad por recargo alcanza a la empresa principal con carácter solidario. La sentencia llega a la conclusión de que no, argumentando que no ha existido imputabilidad dentro de la esfera de responsabilidad de dicha empresa, y, por tanto, no puede considerarse como empresario infractor a los efectos del artículo 123 de la LGSS.

Sobre un aspecto procedimental relativo a la invocada falta de audiencia del empresario en un expediente administrativo de recargo de prestaciones se pronuncia la **STS de 28 de mayo de 2008**, I.L. J 888, que señala que no procede decretar la nulidad de actuaciones del expediente administrativo de recargo de prestaciones puesto que no le ha originado indefensión a la empresa, ya que ésta pudo realizar las alegaciones oportunas tras el trámite de inicio del expediente y, asimismo, pudo formular alegaciones en la reclamación previa, en la demanda y en el recurso de suplicación. En la misma línea, vid. **STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de enero de 2008**, I.L. J 793. Según dicha resolución, la empresa también pudo desarrollar plenamente su actividad probatoria dentro del proceso judicial, por lo que no ha lugar a la indefensión alegada por ésta.

En la **STSJ del País Vasco de 22 de enero de 2008**, I.L. J 655, se impone un recargo del 30%, dado que existe un incumplimiento empresarial de las medidas de seguridad pertinentes (en especial, la falta de formación del trabajador y la falta de adecuado equipamiento de la carretilla que utilizaba), pues el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. El recargo se matiza por la actuación imprudente del trabajador, ya que éste obró por propia iniciativa y sin recibir orden alguna de la empresa. Sobre un caso similar se pronuncia la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de enero de 2008**, I.L. J 797.

En el caso de la **STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2008**, I.L. J 687, el accidente se produjo por el accionamiento intempestivo de la prensa hidráulica, que se debió a la imantación del núcleo del relé, sin que concurra voluntariedad u omisión de la diligencia por parte de la empresa, y sí debido a un supuesto de caso fortuito, por lo que se impone un recargo del 30%, dada la tendencia a configurar la responsabilidad del empresario hacia la cuasi-objetividad.

En la **STSJ del País Vasco de 4 de marzo de 2008**, I.L. J 585, se desestima un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad que tiene su causa en procesos de baja por ansiedad y depresión, alegando que, si bien una evaluación de riesgos de carácter psicosocial en el lugar de trabajo puede ser necesaria según lo prescrito en el artículo 16 de la LPRL, su existencia no hubiera evitado los procesos de IT por ansiedad sufrido por el demandante. Por ello, su incumplimiento no es sancionable por la vía de recargo de prestaciones pretendida por el trabajador. Por el contrario, la **STSJ del País Vasco de 4 de marzo de 2008**, I.L. J 588, se manifiesta en sentido contrario, ya que, cuando se produce el hecho de la suspensión del contrato por IT (debido a una patología psíquica) y las correlativas reclamaciones de la trabajadora, la empresa no intenta dar una satisfacción

IX. Seguridad Social

adecuada a la situación de ansiedad que se había generado. Así, en vez de paliar de alguna forma las consecuencias de su proceder, incrementa el riesgo.

La **STSJ de Cataluña de 17 de marzo de 2008**, I.L. J 816, concluye que la empresa contratista es la responsable en materia de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, ya que es dicho empresario quien, de haber adoptado previamente las oportunas medidas de seguridad y salud, podía haber evitado el evento dañoso acaecido a los trabajadores incluidos en su círculo organizativo. La deficiente instalación, utilización y mantenimiento del equipo de trabajo de la máquina pulidora fue la causa del accidente, puesto que de la misma se derivó que el cableado fuera accesible e impidió verificar si existía tensión eléctrica en dicho cableado.

En la **STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2008**, I.L. J 854, la omisión de las medidas de seguridad es concreta y se refleja en dos circunstancias: por un lado, la falta de protección del tornillo transportador y, por otro, la no detención del equipo de trabajo. Para fijar el porcentaje del recargo adecuado, hay que atender al criterio de la gravedad de la causa, siendo en este caso del 45%.

En la **STSJ de Cataluña de 11 de abril de 2008**, I.L. J 711, se establece la responsabilidad solidaria de la empresa principal en la imposición del recargo de prestaciones. Según dicha resolución, es el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de responsabilidad del empresario principal lo que determina, en caso de incumplimiento, la extensión a aquel de la responsabilidad en la reparación del daño causado en relación a todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control. Por el contrario, en la **STSJ de Castilla y León de 7 de mayo de 2008**, I.L. J 869, no estima la responsabilidad solidaria de la empresa principal y de la contratista, porque la normativa de seguridad reguladora de las operaciones de levantamiento de cargas debe ser cumplida por la contratista, y, por tanto, la defectuosa ejecución de la maniobra de enganche y bajada de la mesa sólo es imputable a ésta, por la defectuosa operación dirigida por el encargado de dicha empresa.

La **STSJ de La Rioja de 15 de abril de 2008**, I.L. J 763, señala que el recargo de prestaciones no se aplica automáticamente (en el momento de producirse el mismo), debiendo existir la transgresión de una norma preventiva para imponerlo. En este caso, concurre dicha transgresión, ya que, en el caso de haberse colocado una rejilla, se hubiese evitado el accidente.

C) Indemnización por daños y perjuicios

En la **STS de 18 de julio de 2008**, I.L. J 1047, se concluye que la obligación general de diligencia no se cumplió en el supuesto que se analiza, ya que no se adoptaron las medidas que el plan de prevención de riesgos recomendaba. Entra así el juego del artículo 1101 del Código Civil, que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados a quienes, en el cumplimiento de sus obligaciones, incumplieran de cualquier modo el tenor de las mismas. No se trata de un caso de responsabilidad objetiva, sino de responsabilidad derivada de un acto culposo del empresario que incumplió los deberes de protección inherentes al contrato. En la **STS de 22 de septiembre de 2008**, I.L. J 1081, se reitera que la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, por lo que las prestaciones que indemnizan por la pérdida de ingresos sólo se descontarán del total de la indemnización reconocida por lucro cesante.

Según la STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de enero de 2008, I.L. J 787, la negligencia del conductor del camión al servicio del empresario que provocó la caída del trabajador cuando éste arrancó el vehículo, sin que el trabajador hubiese acabado de descargar, fue la causa inmediata del accidente, y la responsabilidad en el mismo deriva del artículo 1903 CC, responsabilidad que se construye de forma cuasi-objetiva sobre la culpa del dependiente. La relación jerárquica del empresario sobre éste y la debida relación de causalidad entre la negligencia del dependiente y el daño.

En la STSJ del País Vasco de 4 de marzo de 2008, I.L. J 589, se estima parcialmente la indemnización por daños y perjuicios. En ésta se recuerda que la reparación del daño o perjuicio a cargo del empresario incumplidor de su deber de prevención debe ser completa, pero no ha de superar su importe. En cuanto a la reparación, el legislador no ha querido tasarla, quizás en el convencimiento de que es preferible un sistema de compensación que individualice al máximo los perjuicios ocasionados.

Por su parte, la STSJ de Castilla y León de 7 de marzo de 2008, I.L. J 699, recuerda que, a falta de un sistema de valoración de daños, el órgano jurisdiccional puede optar por cualquier criterio que esté suficientemente fundamentado, siempre que sea susceptible de revisión en los supuestos en que se aplique desproporcionadamente.

En la STSJ de Canarias de 28 de mayo de 2008, I.L. J 773, se prevé la responsabilidad solidaria de la empresa principal y de la contratista en materia indemnizatoria, ya que ello se deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control.

D) Concepto de enfermedad profesional

La STS de 26 de junio de 2008, I.L. J 995, señala que no cabe excluir al cáncer de laringe producido por la continuada inhalación de asbesto del concepto de enfermedad profesional, ya que si una simple irritación de las vías respiratorias se puede considerar como enfermedad profesional, con mucha más razón ha de encuadrarse en dicho concepto la grave dolencia que constituye el cáncer de laringe producido por la prolongada exposición a la inhalación del polvo de amianto.

Según la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de marzo de 2008, I.L. J 855, no existe ninguna diferencia conceptual entre la enfermedad profesional en sentido estricto y la constitutiva de accidente de trabajo. En cualquier caso, es claro que las lesiones dérmicas que padece se manifiestan y agravan con el trabajo en la mina y mejoran sustancialmente cuando está apartado de esta actividad.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

IX. Seguridad Social

10. ASISTENCIA SANITARIA

En la STS de 22 de julio de 2008 (Rec. Casación), I.L. J 733, entiende que no resulta aceptable que una colaboración de décadas entre la empresa demandante en instancia y la Administración de la Seguridad Social pueda quedar extinguida por voluntad tácita de la Administración sin comunicación expresa alguna, permitiendo al tiempo que la entidad colaboradora persista en la gestión de la asistencia sanitaria y de la incapacidad laboral derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, sin recibir contraprestación económica correspondiente, es decir, la participación en la fracción de la cuota correspondiente a tales situaciones y contingencias.

La STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 12 de febrero de 2008, I.L. J 805, entiende que una serie de reiteradas averías en el aparato de radioterapia del Hospital Universitario que incide en el retraso de un tratamiento basado en sesiones de radioterapia “no conlleva la existencia de una urgencia vital (ni menos inmediata)” argumentando que dicho retraso no ponía en peligro “urgente e inmediato” la vida del demandante, sino que sólo supondría un mayor riesgo de que el cáncer no estuviera totalmente vencido, pues se había administrado correcta y puntualmente toda la quimioterapia programada, más otros dos ciclos más, adicionales, como refuerzo por el retraso en la radioterapia. La sentencia sólo entiende relevante el retraso desde la perspectiva de su consideración como defecto en el funcionamiento normal de los servicios públicos, pero no a efectos del reintegro de gastos médicos generados por las sesiones de tratamiento desarrolladas en una Clínica Privada en orden a los hechos relatados.

Por otro lado, la STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 13 de febrero de 2008, I.L. J 807, entiende que debe darse el reintegro de gastos médicos generados por la intervención e internamiento en una clínica privada por considerar como supuesto de urgente necesidad vital la situación en la que una persona acude en la clínica privada pensando que su dolencia no es grave, resultando de su exploración la necesidad urgente de intervención sin demora y la posterior permanencia en una UVI, circunstancias estas que hacen inaceptable el riesgo que hubiera supuesto proceder a su traslado a un centro hospitalario público para la práctica de la intervención.

Finalmente y con relación al reintegro de gastos médicos derivados de un tratamiento rehabilitador neuropsicológico realizado por centro privado, la STS de 23 de junio de 2008, I.L. J 935, entiende que no procede aquel, afirmando que no existe urgencia vital cuando se trata, simplemente, de recibir tratamiento rehabilitador y la demora en prestar esa asistencia no consta que ponga en riesgo la vida del afectado, ni su recuperación.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

En la STS de 29 de mayo de 2008, I.L. J604 (Rec. Unificación de doctrina), se confirma la sentencia de instancia en la que se establece la responsabilidad de la MATEP que cubría la IT, tanto por contingencias comunes como profesionales, como entidad responsable del pago de la prestación de IT cuando la baja médica derivada de enfermedad común, tiene lugar durante el periodo correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas que no

habían sido disfrutadas por el afectado con anterioridad a la finalización de su contrato de trabajo, declarando que pervive la obligación de cotización por parte del empresario hasta que transcurra ese periodo teórico de vacaciones.

La **STS de 10 de junio de 2008**, I.L. J 624 (Rec. u.d.), entiende que la declaración de inexistencia de invalidez permanente efectuada por el INSS extingue el subsidio por incapacidad temporal, no siendo posible su prórroga hasta el transcurso de los treinta meses desde su inicio, aunque el interesado siga precisando tratamiento médico o rehabilitador, incluso quirúrgico.

12. MATERNIDAD

No existe jurisprudencia de interés en la materia.

13. RÉGIMENES ESPECIALES

Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

La **STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2008**, I.L. J 836, examina un supuesto de encadenamiento de las situaciones de Incapacidad Temporal y de Maternidad, residiendo el eventual reconocimiento de la prestación discutida en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, ya que la actora era socia de una cooperativa que había optado por tal régimen de protección social. El encadenamiento de los hechos se realizó como sigue: el 22 de marzo la interesada es baja por incapacidad; a los muy pocos días, el 31 de marzo, se da de baja del RETA porque la cooperativa en la que trabajaba cesó su actividad y procedió a su liquidación, y siete semanas más tarde, el 22 de mayo, la actora inició su descanso por maternidad.

Inicialmente la entidad gestora denegó la prestación de maternidad a la interesada por no hallarse la misma en situación de alta o asimilada en el momento de solicitarla; y el Juzgado de lo Social revisó tal negativa atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de que la situación de Incapacidad Temporal debe entenderse como asimilada al alta a los efectos de causar el subsidio por maternidad, pues aunque no se halle prevista expresamente por el legislador debe entenderse como una laguna legal necesitada de integración por medio de la analogía, por lo que el juzgador procedió a acordar la prestación solicitada en la instancia.

La sentencia que reseñamos, que no es sino un plagio de la **STSJ de Cataluña de 29 de marzo de 2007**, I.L. J 1713, revoca la concesión del subsidio por maternidad argumentando que la interesada no se hallaba en alta o situación asimilada, y que la doctrina que considera que la situación de incapacidad temporal se asimila al alta para causar el subsidio de maternidad se originó en el Régimen General para trabajadores en los que la situación de no alta real obedecía a causas ajenas a su voluntad, mientras que en el caso de autos la interesada se apartó voluntariamente del RETA, y con cita expresa y amplia de la **STS de 5 de diciembre de 2003**, I.L. J 2734, y de la **STS de 25 de enero de 2007**,

IX. Seguridad Social

I.L. J 30, considera que debe excluirse del subsidio por maternidad a “quien decidió apartarse del manto protector de la Seguridad Social”.

La presente crónica pecaría de ingenua si no señalase que la Sala autonómica, al reproducir amplios fragmentos de las sentencias que cita, ha olvidado un elemento importantísimo: el tiempo transcurrido entre la baja en el RETA y el hecho causante del subsidio por maternidad; en el caso de autos entre ambos momentos transcurren apenas siete semanas, mientras que en las SSTS citadas transcurre un período más amplio: en un caso 95 días y en el otro siete meses. El hecho de que en los casos a los que se refieren las SSTS citadas se superen en todo caso los noventa días conlleva la inaplicación de unos preceptos tan expresivos como el artículo 36 del RD 84/1996, de 26 de enero, que es el Reglamento General de Afiliación, y que bajo el título de “Situaciones asimiladas al alta” indica que “Continuarán comprendidos en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, pero en situación asimilada al alta en el mismo, quienes, aun cuando hubieren cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en dicho Régimen, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: (...) 15º En el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el período de los noventa días naturales siguientes al último día del mes en que se produzca la baja en dicho Régimen” o similares redactados que pueden hallarse en el artículo 29.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y en el artículo 69.1 de la Orden de 24 de septiembre de 1970.

Por el contrario, como en el supuesto de autos no se superan los 90 días entre la baja en el RETA y el hecho causante de la maternidad, la Sala debería haber seguido la jurisprudencia ya unificada en la **STS de 29 de abril de 2002**, I.L. J 1011, y en la **STS de 10 de diciembre de 2002**, I.L. J 2603, que arbitraron entre las sentencias contradictorias del período previo al RD 1251/2001, de 16 de noviembre; en tales SSTS se reafirma que nos hallamos ante un supuesto de asimilación al alta, rechazando con rotundidad el Tribunal Supremo las dos principales objeciones que se planteaban: que la aplicación de la Disposición Adicional Undécima bis podía suponer la exclusión de supuestos de asimilación al alta —como el comentado— propios de un régimen especial; y que el período de 90 días de asimilación al alta era meramente instrumental en vistas a la suscripción de un convenio especial que si no puede suscribirse por tal contingencia tampoco justificaría el nacimiento de tal alta ficticia.

En esta última sentencia citada el Tribunal Supremo advierte en el Fundamento de Derecho Segundo que la persona beneficiaria “quizás no meditó suficientemente las hipotéticas consecuencias desfavorables de su actuar” consistente en solicitar una baja del RETA para ahorrarse las cotizaciones del período de Incapacidad Temporal; podríamos añadir en el caso de autos una hipotética tentación añadida para percibir un subsidio por Incapacidad Temporal mientras cesaba la cooperativa sus actividades; pero el sistema público de Seguridad Social debe prevalecer siempre frente al egoísmo a corto plazo de alguno de sus beneficiarios.

A diferencia de la STSJ de Cataluña comentada anteriormente, la **STSJ de Asturias, de 9 de mayo de 2008**, I.L. J 1021, sí sigue —acertadamente a nuestro entender— la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada anteriormente, y al tratarse de un supuesto en que

entre la baja de la actora en el RETA y la fecha del hecho causante de la maternidad no habían transcurrido los 90 días a los que se refiere el artículo 29.1 del RD 2530/1970, de 20 de agosto, entiende el Tribunal que la actora se hallaba en situación asimilada al alta por lo que procede a preservar la prestación por maternidad que le había sido otorgada por el Juzgado de lo Social. Y ratificando expresamente a la jurisprudencia anterior, la **STS de 25 de junio de 2008**, I.L. J 1042, recuerda que dentro de los noventa días naturales siguientes al último día del mes en que se produjo la baja en el RETA se halla la beneficiaria en situación asimilada al alta, por venir así dispuesto claramente en el artículo 29 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, cuyo tenor literal ha sido posteriormente también integrado en el artículo 36.1.15 del RD 84/1996, de 26 de enero, que trata de la inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

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

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA**Sumario***

Consideración preliminar. 1. Prestación por desempleo. A) Introducción. B) Cuestiones generales. C) Nivel contributivo. a) Sujetos beneficiarios. b) Requisitos de acceso a la protección. c) Contenido y modalidades de la prestación. d) Cuantía y dinámica de la acción protectora. e) Supuestos especiales. f) Compatibilidad e incompatibilidades. D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo. a) Requisitos generales. b) Beneficiarios. a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares. b') Subsidio de prejubilación. c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo. d') Otros subsidios especiales. c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio. d) Compatibilidad e Incompatibilidades. E) Prestaciones accesorias y complementarias. F) Gestión, financiación y pago. G) Valoración final. **2. Jubilación.** A) Jubilación contributiva. a) Requisitos de acceso a la protección. b) Contenido de la prestación. a') Base reguladora. b') Cuantía de la prestación. c) Dinámica de la protección. d) Derecho transitorio. e) Jubilaciones anticipadas. f) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Jubilación no contributiva. a) Situaciones protegidas. b) Requisitos generales. c) Cuantía y dinámica. d) Compatibilidad e incompatibilidades. C) Gestión, financiación y pago. D) Previsión social voluntaria. a) Mejoras voluntarias. b) Planes de pensiones. **3. Incapacidad permanente.** A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva). a) Concepto. Grados y baremos. a') Criterios de valoración: los baremos. b') Incapacidad permanente parcial. c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad permanente absoluta. e') Gran invalidez. b) Requisitos del beneficiario. c) Prestaciones económicas. a') Clases y cuantía de las prestaciones. b') Base reguladora de las prestaciones. c') Responsabilidad del pago de las prestaciones. d) Dinámica de la protección. e) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva). a) Concepto. b) Requisitos del beneficiario. c) Cuantía de la pensión. d) Dinámica de la prestación. e) Compatibilidad e incompatibilidades. C) Lesiones permanentes no invalidantes. **4. Muerte y supervivencia.** A) Requisitos del sujeto causante. B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad. b) Orfandad.

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

c) Pensión en favor de familiares. C) Cuantía de las pensiones. D) Dinámica de la protección.

E) Régimen de incompatibilidades.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 5 a 8 de 2008 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 582 a 1086).

1. DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

b) Requisitos de acceso a la protección

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de marzo de 2008, I.L. J 851, resuelve el recurso planteando por la demandante contra la sentencia de instancia en la que se le denegaba el derecho a la prestación por desempleo al estimar que en el período de convivencia con su padre y empleados no prestó servicios por cuenta ajena.

Tanto los Tribunales Superiores de Justicia como el Tribunal Supremo han tenido ocasión de pronunciarse en repetidas ocasiones acerca de los trabajos familiares, así véanse las SSTS de 18 de marzo de 1998; 19 de diciembre de 1997, ...

Siguiendo la orientación marcada por las sentencias citadas, los criterios de la jurisprudencia acerca de la existencia o no de trabajos familiares son:

- Las sociedades no tienen parientes, por lo cual no puede hablarse de pariente de la sociedad, sino de los socios.
- El fraude no se presume y quien lo alega ha de probarlo.
- Si se acredita una real y efectiva prestación de servicios por cuenta ajena, resulta intrascendente el hecho de la convivencia o la posesión de un reducido número de acciones.
- Si el trabajador tiene directa o indirectamente el control de la sociedad por ostentar por sí mismo o junto con sus parientes la mayoría del capital social no tiene derecho a las prestaciones; si bien hay que precisar que es preciso que sea él y no sus familiares los que controlen realmente la sociedad.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

En vista de lo anterior, en el caso de autos hay varios datos que apuntan a la existencia de una real prestación de servicios tales como la edad de inicio de la prestación (28 años) que aleja a los hechos del supuesto clásico de hijo menor que vive con su padre y trabaja para él; la edad del momento del cese de la convivencia (40 años) que apunta a la idea de una persona adulta con sus propios ingresos que, pese a ello, convive con sus padres; la larga duración del período trabajado y por último el hecho de que finalizada la convivencia se mantiene durante casi medio año la prestación igual que hasta entonces, pese a la cual se califica de laboral al no haber convivencia.

No es tanto la convivencia como la dependencia económica el fundamento de la figura de los trabajos familiares.

Todas estas circunstancias rompen la presunción de trabajo familiar y apuntan a la existencia de una relación laboral común.

e) Supuestos especiales

En el caso resuelto por la STSJ de Castilla y León (Burgos), de 24 de abril de 2008, I.L. J 760, nos encontramos ante un caso de contratación temporal en la modalidad de contrato por obra o servicio determinado, de manera sucesiva y fraudulenta, pues la actividad laboral desarrollada por el trabajador, responde a necesidades permanentes de la empresa.

El artículo 145 bis LPL contempla que, cuando una extinción de una contratación determina la situación legal de desempleo, el reconocimiento de unas prestaciones y su abono con el ingreso de cotizaciones correspondientes, y se determina que la contratación ha sido fraudulenta, inexistiendo la temporalidad del contrato de trabajo, corresponde a la empresa la devolución de las prestaciones y cotizaciones como sujeto infractor.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

a) Requisitos generales

En el caso resuelto por la STSJ del País Vasco de 11 de marzo de 2008, I.L. J 591, el demandante ha estado prestando servicios durante un período aproximado de 2 años y medio, careciendo de permiso de trabajo y de residencia. Tras su despido y posterior impugnación, se declaró éste como nulo, y ante la imposibilidad de readmisión se declaró extinguida la relación laboral, con abono de indemnización y salarios de tramitación.

“El demandante solicitó prestación por desempleo siéndole denegada. Interpuesto recurso de suplicación, el mismo fue estimado reconociéndose el derecho a percibir la prestación por desempleo durante seis meses.”

El demandante, con fecha de 20 de octubre de 2006, tuvo una hija, española desde su nacimiento. Con fecha 20 de abril de 2007 solicita subsidio de desempleo por cargas familiares siéndole denegado.

La parte demandante recurre en suplicación la sentencia de instancia que le deniega el subsidio.

La negativa del SPE a estimar el derecho reclamado viene dada por entender que no se cumple el requisito de “poder” trabajar y de estar inscrito como demandante de empleo durante un mes, así como los de presentar disponibilidad para aceptar una oferta de colocación adecuada y de buscar empleo activamente. Todo ello derivado de su condición de extranjero y de carecer de los permisos de residencia y de empleo.

Por tanto, nos encontramos ante un trabajador que perdió su empleo, al que accedió sin la preceptiva autorización, y que carece de los requisitos necesarios para poder prestar trabajo. El hecho de que no pueda constar como demandante de empleo se debe a la falta de autorización administrativa del empresario para proceder a su contratación, lo que no puede perjudicar los derechos del trabajador a cualquier prestación que pudiera corresponderle.

La prestación reclamada es la asistencial de desempleo subsiguiente al agotamiento de la prestación contributiva, teniendo cargas familiares. El derecho del demandante a las prestaciones reclamadas viene íntimamente ligado a la responsabilidad empresarial en esta materia, debido al incumplimiento de las obligaciones que le eran exigibles, incumplimiento que ha situado al trabajador en la situación actual.

Por tanto, según el artículo 126 LGSS, el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas, y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones, por cuanto se estima el recurso interpuesto por el demandante contra el empresario y contra la entidad gestora.

d) Compatibilidad e incompatibilidades

La cuestión resuelta por la **STS de 13 de mayo de 2008**, I.L. J 642, consiste en determinar si resulta legalmente compatible el percibo del subsidio por desempleo para mayores de 52 años con la realización de un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial cuando por esta actividad se percibe una cantidad superior al 75% del salario mínimo interprofesional.

El demandante postula el derecho al cobro del subsidio de desempleo para mayores de 52 años en cuantía correspondiente al 50% del percibido, con la consecuencia de que la devolución a efectuar por cobros indebidos debía también limitarse al 50% de lo percibido.

El Tribunal Supremo ha recordado en reiteradas sentencias la naturaleza del subsidio por desempleo, entendiendo que “este beneficio rebasa ampliamente los límites de una mera asistencia social, pero esto no significa, de ninguna manera, que se trate de una verdadera prestación contributiva”. Según el Tribunal “el carácter asistencial le viene dado, no porque se otorgue sin previa contribución al sistema, sino porque su reconocimiento se condiciona en todos los casos a la existencia de un auténtico estado de necesidad que se manifiesta en la carencia de rentas (...)”.

El artículo 215.1 LGSS exige que quien pretenda acceder al subsidio carezca de ingresos que superen el límite allí establecido, sin excepción o moderación alguna en función de

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

la naturaleza de la actividad, y por ello no se ajusta al precepto afirmar que en caso de que se presten servicios por cuenta ajena en la modalidad a tiempo parcial, ese requisito de inexistencia de ingresos ha de moderarse proporcionalmente a la duración o extensión temporal del trabajo realizado.

Por todo ello procede estimar el recurso interpuesto por el INEM y por tanto la devolución de todo el subsidio indebidamente percibido.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

– Cálculo de la *pro rata temporis* para trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores del Mar

Numerosas sentencias de unificación de doctrina del Tribunal Supremo han abordado ya la cuestión del cálculo de la pensión de jubilación a cargo de la Seguridad Social española respecto de trabajadores que tienen acreditadas cotizaciones a nuestro sistema de Seguridad Social y también a la Seguridad Social de otro Estado Miembro de la Unión Europea. De ellas, muchas se refieren al cálculo de la pensión de jubilación de la Seguridad Social española, en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, respecto de trabajadores que acreditan cotizaciones en nuestro Sistema de Seguridad Social y también a la Seguridad Social de Holanda. A este mismo supuesto se refiere la **STS de 14 de mayo de 2008**, u.d., I.L. J 608, centrándose el litigio en dos cuestiones: el primero, a la base reguladora de la prestación reconocida a cargo de la Seguridad Social española, y el segundo al porcentaje resultante de la *pro rata temporis*.

Respecto a la primera, se aplica la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, en relación con la aplicación del Convenio Bilateral de Seguridad Social suscrito entre España y los Países Bajos el 5 de febrero de 1974. Según una línea jurisprudencial reiterada, en dicho Convenio se contiene una remisión genérica al ordenamiento español de Seguridad Social, en el cual, según jurisprudencia consolidada, las cotizaciones teóricas incorporadas a la base reguladora de las pensiones españolas han de referirse a las cotizaciones medias y no a las cotizaciones mínimas o a las cotizaciones máximas, de un asegurado que trabaja en España.

En cuanto a la segunda cuestión, relativa al porcentaje o prorrateo de la pensión española, se recoge el pronunciamiento del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 17 de julio de 2007, en la que se ha procedido a revisar la línea jurisprudencial seguida hasta ese momento en cuanto a la bonificación de cotizaciones por embarque a los efectos de determinar la *pro rata temporis* que ha de abonar la Seguridad Social española, a la vista de lo que pudiera considerarse doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de

las Comunidades Europeas en esta materia. En efecto, dicho Tribunal interpreta específicamente el artículo 46.b) del Reglamento 1408/71 en relación con el artículo 1.r) del mismo Reglamento, afirmando con carácter general la necesidad de que las denominadas cotizaciones ficticias hayan de tenerse en cuenta a tales efectos y en todo caso, no sólo para el cálculo del importe de la pensión, siempre que sean anteriores al hecho causante. De la jurisprudencia comunitaria podría desprenderse, en suma, que las cotizaciones ficticias en nuestro Régimen Especial del Mar son realmente computables para el cálculo de la *pro rata temporis* como períodos de seguro. (Véanse, respecto a esta misma cuestión, las crónicas anteriores en la *Revista Justicia Laboral*.)

El último punto planteado en el recurso consiste en determinar si para el cálculo de la prorrata ha de totalizarse el número de cotizaciones computables –sumadas las efectuadas en España y en Holanda–, o, por el contrario, únicamente ha de tenerse en cuenta el número máximo de días de cotización precisos para acceder a la prestación en España. La interpretación del nuevo artículo 47 del Reglamento (tras la entrada en vigor del Reglamento CEE núm. 1248/92, por el que se modifica el Reglamento CEE 1408/71) supone, según esta Sentencia del Tribunal Supremo, que la institución competente española ha de totalizar únicamente los períodos de cotización foráneos necesarios hasta alcanzar la duración máxima exigida por la LGSS para obtener una prestación completa, esto es, los precisos para alcanzar los 35 años que dan derecho a una pensión del 100%. De esta forma, los efectos beneficiosos de este límite a la totalización se manifiestan al determinar la *pro rata temporis*, pues al reducir el denominador de la fracción y mantenerse constante el numerador, el porcentaje de prorrata que le corresponde al trabajador migrante es superior, sin perjudicarlo por haber trabajado más años en el extranjero. Con este pronunciamiento se modifica la doctrina unificada establecida por el Tribunal Supremo en anteriores sentencias (9 de octubre de 2001, 20 de abril de 2004, 6 de julio de 2006, 11 de julio de 2006).

El mismo pronunciamiento se contiene en la **STS de 26 de junio de 2008**, u.d., I.L. J 913.

También sobre esta cuestión se pronuncia la **STS de 18 de julio de 2008**, u.d., I.L. J 1059, en la que, además, se plantea el tema del reparto entre los organismos correspondientes en proporción al tiempo de prestación de servicios en navíos de ambos países, alegando el ISM en su recurso la infracción del artículo 160 LGSS. No obstante, este recurso no es admitido por el Tribunal al carecer de las mínimas exigencias procesales.

– Consideración de los períodos trabajados en distintos países de la Unión Europea para la pensión de jubilación de un trabajador nacional de un Estado Miembro que reside fuera del territorio de la Comunidad Europea.

Sobre esta cuestión se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en **STJUE de 3 de abril de 2008 (Asunto C-331/2006)**, I.L. J 594, como consecuencia de una cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Rechtbank de Ámsterdam en el procedimiento entre K.D. Chuck y Raad van Beestur van de Sociale Verzekeringsbank. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 48 del

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) 631/2004. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio planteado en relación con la decisión del Raad van Beestur van de Sociale Verzekeringsbank (“SVB”) de no tener en cuenta las cotizaciones sociales efectuadas en Dinamarca por el Sr. Chuck porque no residía en un Estado Miembro en el momento de la presentación de su solicitud de pensión.

Según el Tribunal, queda acreditado que el Reglamento 1408/71 no contempla expresamente la situación controvertida en el asunto principal, en cuanto se refiere a la incidencia del lugar de residencia del asegurado en el momento de su solicitud de pensión de jubilación en el cálculo de sus derechos a pensión por los períodos trabajados en diferentes Estados Miembros. No obstante, se considera que el citado Reglamento pretende alcanzar el objetivo definido en el artículo 51 del Tratado impidiendo los efectos negativos que el ejercicio de la libre circulación de los trabajadores pudiera tener sobre el disfrute de las prestaciones de Seguridad Social. En consecuencia, el artículo 48, que, por lo demás, no condiciona su aplicación al lugar de residencia del trabajador en el momento de su solicitud de pensión de jubilación, no puede interpretarse en el sentido de que el mero traslado de su residencia a un Estado tercero por parte del interesado permita cuestionar su derecho a que su pensión de jubilación sea calculada de conformidad con las reglas que en dicha norma se establecen. Además, del artículo 36.3 del Reglamento se desprende, por una parte, que una solicitud de pensión de jubilación puede ser presentada por un no residente en un Estado Miembro y que, por otra parte, dicha solicitud debe dirigirse a una institución competente del Estado Miembro a cuya legislación haya estado sometido el solicitante en último lugar.

Concluye, pues, el Tribunal de Justicia que el artículo 48, apartado 2, del Reglamento 1408/71 obliga a la institución competente del último Estado Miembro en que residió un trabajador nacional de un Estado Miembro a tomar en consideración, a la hora de calcular la pensión de jubilación de dicho trabajador, que en el momento de la solicitud de pago de esa pensión residía en un Estado tercero, los períodos trabajados en otro Estado Miembro en las mismas condiciones que si continuase residiendo en el territorio de la Comunidad.

c) Dinámica de la protección

– Reintegro de prestaciones indebidas

La STSJ de Asturias de 9 de mayo de 2008 (recurso 1048/2008), I.L. J 1020, recaída en recurso de suplicación 2675/2007, resuelve la cuestión relativa a la calificación como nula o simplemente anulable de la resolución del INSS que reconoció una pensión de jubilación a la demandada cuando no reunía el período mínimo de quince años de carencia genérica preciso para causar derecho a la pensión de jubilación, y que le fue concedida como consecuencia de un error, al computársele cotizaciones que en realidad correspondían a su hermana de igual nombre y apellidos.

Aplica la Sentencia el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LPA), conforme al cual son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos o cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. En la sentencia se plantea, además, la distinción entre las dos categorías de actos nulos y anulables. Se estima en la Sentencia que, mientras los requisitos de alta y edad pueden variar, y así es posible acceder a la jubilación desde una situación de no alta o a una edad inferior a los 65 años, sin embargo la carencia tanto genérica como específica siempre son necesarias, pudiendo afirmarse que la carencia es un requisito esencial para acceder a la pensión de jubilación, de modo que la resolución administrativa que la reconozca sin que concurra tal requisito es nula y, por tanto, imprescriptible, no admitiendo la convalidación ni la subsanación. De modo que, no cumpliendo el requisito de la cotización cuando le fue reconocida la pensión de jubilación, la consecuencia no puede ser otra que la nulidad de pleno derecho, puesto que lo contrario, además de consagrar situaciones de privilegio que atentarían incluso al principio de igualdad, determinaría que se estuviese autorizando la pervivencia de prestaciones indebidamente reconocidas que quedarían fijas y consolidadas para siempre una vez transcurrido el plazo de cinco años.

– Suspensión de la prestación por incumplimiento de pago de cuotas

Sobre la suspensión de la prestación de jubilación por incumplimiento del pago de cuotas se pronuncia la **STSJ de Extremadura de 14 de enero de 2008**, I.L. J 683 (Sentencia 24/2008), recaída en recurso de suplicación 675/2007. Se establece en la Sentencia la no aplicación del artículo 145.1 LPL, puesto que la resolución de la entidad gestora que se impugna no ha procedido a dejar sin efecto el acto de concesión de la pensión de jubilación, o a revisar las condiciones de su concesión, sino que simplemente ha suspendido el pago de la pensión de jubilación, y siguiendo el procedimiento legalmente establecido en tanto en cuanto al recurrente le fue reconocido el aplazamiento en el pago de las cuotas adeudadas por la TGSS, de forma que esta concesión de aplazamiento es la que sustenta el cumplimiento del requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas para causar derecho a la pensión de jubilación. De manera que el cumplimiento del requisito está condicionado al de las condiciones del aplazamiento, y la resolución que se impugna únicamente resuelve suspender la pensión, acto de suspensión que está motivado, y que no supone dejar sin efecto el acto de reconocimiento.

e) Jubilaciones anticipadas

– Jubilación parcial

Diversas sentencias se refieren al reconocimiento del derecho a percibir la pensión de jubilación en supuestos de jubilación parcial en que se plantea la existencia de irregularidades de la empresa en cuanto a la contratación del trabajador relevista.

En este sentido, la **STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2008** (recurso 4775/2008), I.L. J 839, reconoce el derecho a lucrar una pensión de jubilación parcial anticipada a los 60

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

años de edad considerando que no existe fraude de ley en la contratación del trabajador relevista. Considerando el Tribunal que a efectos de una prejubilación parcial y el consiguiente contrato de un trabajador relevista ambos no tengan que desempeñar el mismo puesto de trabajo ni tener la misma categoría profesional, ya que es posible englobarlas en grupos profesionales. En idéntico sentido resuelve la STSJ de Cataluña de 27 de mayo de 2008, I.L. J 718.

Por otro lado, se considera en la STS de 23 de junio de 2008, u.d., I.L. J 915, que no existe responsabilidad empresarial cuando el contrato del trabajador relevista así como el del trabajador jubilado parcialmente se extinguen antes de que este último alcance la edad de jubilación ordinaria por expediente de regulación de empleo, puesto que el cierre de la empresa hacía imposible la contratación de otro relevista, y, por otra parte, la íntima vinculación que necesariamente existe entre los dos contratos deja de existir cuando ambos desaparecen. Por ello no hay incumplimiento empresarial y no le ha de ser imputado el pago de la pensión de jubilación parcial. El mismo pronunciamiento se contiene en las SSTS de 19 de septiembre de 2008, u.d., I.L. J 1074; de 23 de junio de 2008, I.L. J 621; y de 29 de mayo de 2008, I.L. J 724.

En la STSJ del País Vasco de 16 de mayo de 2008 (recurso 1147/2008), I.L. J 1019, se declara la existencia de fraude de ley y la inexistencia del derecho a la pensión de jubilación por jubilación parcial, puesto que se trata de un trabajador autónomo excluido por ley de la posibilidad de acceder a la jubilación parcial, habiéndose acreditado que la venta de acciones que se llevó a cabo en el caso concreto fue puramente formal y tuvo como única finalidad que el demandante pudiera lucrar una prestación a la que nunca habría tenido derecho desde su condición de autónomo.

B) Jubilación no contributiva

b) Requisitos generales

Se plantea en la STSJ de Navarra de 22 de febrero de 2008 (recurso 52/2008), I.L. J 740, recaída en recurso de suplicación 33/2008, si la demandante ostenta derecho a percibir una pensión de jubilación no contributiva por entender que su hijo no forma parte de la misma unidad económica de convivencia que la actora, sino que forma parte de otra unidad económica independiente formada por el hijo, su pareja de hecho y el hijo minusválido de esta última. Al respecto establece el Tribunal que no puede entenderse infringido el artículo 144 LGSS al disponer que existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas con aquél por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado. El Tribunal Supremo, en interpretación de este precepto, tiene manifestado que la noción legal de unidad de convivencia está precisada por la ley y la aplicación judicial ha de atenerse a ésta sin introducir correcciones que puedan desfigurarla, como ocurre cuando se excluyen a familiares legalmente incluidos o se incluyen a quienes no lo están. Así, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 144 LGSS no hay duda de que la demandante constituye una unidad económica de convivencia con su

hijo, con independencia de que éste a su vez pueda formar parte de una pareja estable. En la sentencia se analiza la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad, en relación con los requisitos para acceder a la pensión de viudedad, también aplicable a la pensión de jubilación.

D) Previsión social voluntaria

a) Mejoras voluntarias

– Interpretación del convenio colectivo sobre inclusión de la jubilación anticipada parcial en la mejora

Sobre la interpretación del convenio colectivo que establece mejoras voluntarias de la Seguridad Social se pronuncia la **STS de Castilla y León (Valladolid) de 7 de mayo de 2008**, I.L. J 865 (sentencia 230/2008), recaída en recurso de suplicación 230/2008. En concreto, se plantea si la literalidad del convenio de aplicación comprende como indemnizables las hipótesis de jubilación parcial, considerando la parte recurrente que la finalidad de los negociadores del convenio fue la de compensar la jubilación anticipada total en razón a la merma económica que supone esa situación por la legal aplicación de los coeficientes reductores de la cuantía de la pensión, merma que, según se argumenta, no tiene lugar en los supuestos de jubilación parcial por reducción de jornada.

La Sentencia, a través de la interpretación del convenio colectivo, considera, en primer lugar, que el texto del convenio alude en todo caso a jubilación anticipada –que no a jubilación anticipada total– y la jubilación parcial es una modalidad de jubilación anticipada de acuerdo con lo establecido en los artículos 9 y siguientes del RD 1131/2002, de 31 de octubre. En segundo lugar, atendiendo a la sistemática de la regulación del incentivo de la jubilación anticipada, porque no es íntegramente aceptable la tesis de que dicho incentivo lo sea en forma de compensación económica del perjuicio ínsito a la jubilación que se anticipa, ya que también se prevé la aludida compensación para los casos de jubilación a los 65 años de edad, supuestos en los que no hay aplicación de coeficientes reductores. En tercer lugar, el citado convenio establece la exigencia de una permanencia de más de doce años en la empresa en orden a lucrar la compensación por jubilación anticipada, lo que poco tiene que ver con la atribuida finalidad de la compensación de mitigar el perjuicio inherente a la merma de la prestación por jubilación anticipada. En consecuencia, considera el Tribunal que la finalidad o intención de los negociadores del convenio ha de vincularse a la minoración de costes salariales indefectiblemente ligada a una medida de incentivo de bajas por jubilación anticipada de trabajadores con más de doce años de antigüedad en la empresa, objetivo o finalidad que se satisface igualmente cuando la jubilación anticipada es parcial, puesto que el tramo de jornada dejada vacante por el así jubilado va a ser cubierto por el relevista con costes salariales sin duda inferiores a los que generaba el jubilado parcialmente.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

a') Criterios de valoración: los baremos

Sobre el concepto de “profesión habitual” se pronuncia la STSJ de Cataluña de 4 de junio de 2008, I.L. J 838, en interpretación del artículo 137.2 LGSS. Con respecto a la enfermedad profesional –siguiendo pronunciamientos del TS–, se considera que profesión habitual es la ejercida prolongadamente, y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la situación invalidante, así pues, “a efectos de calificación de invalidez, es la desarrollada a lo largo de la vida activa, aunque en un último estadio, breve por sí mismo y más si se contrapone al muy prolongado anterior, se haya accedido a otra más liviana”. Mientras que cuando se trata de accidente de trabajo la literalidad del precepto está confiriendo a las labores que se desarrollan al ocurrir el accidente y con las que se obtiene el medio de vida fundamental, el carácter de profesión habitual, aunque con anterioridad o posterioridad al accidente, el trabajador accidentado haya desempeñado otro tipo de trabajos. La profesión habitual no es la desempeñada al tiempo de la emisión del EVI sino la desempeñada cuando se sufren las lesiones que producen las reducciones anatómicas o funcionales graves de carácter definitivo y determinación objetiva susceptibles de mermar la capacidad laboral. Y la capacidad laboral a tener en cuenta es, por ello, la desarrollada de hecho y normalmente al tiempo del accidente.

Para la IP derivada de accidente de trabajo, la STS de 10 de junio de 2008, u.d., I.L. J 918, señala que el artículo 137.3 LGSS se refiere a la profesión habitual del trabajador antes del accidente. Siguiendo pronunciamientos anteriores, sostiene que dicha referencia se hace a “todas las funciones propias de dicha profesión”, esto es, “la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle”, lo que significa que “no sólo hay que tener en cuenta a la hora de resolver sobre una demanda de invalidez cuáles eran las funciones o trabajos concretos que el trabajador afectado pudiera estar desarrollando antes o las que pueda estar realizando después del accidente sino todas las que integran objetivamente su ‘profesión’, las cuales vienen delimitadas en ocasiones por las de su propia categoría profesional o en otras de las de su grupo profesional, según los casos y el alcance que en cada caso tenga el *ius variandi* empresarial de conformidad con la normativa laboral aplicable”.

c) Prestaciones económicas

b') Base reguladora de las prestaciones

La STS de 29 de mayo de 2008, u.d., I.L. J 600, analiza la cuestión de la cuantía de la base reguladora de una IP, en concreto, la determinación de la integración o no con las bases mínimas de cotización del período correspondiente a situación de IT, extinción de relación laboral y no obligación de cotizar. Se aplica la doctrina del TS que considera (*ex ar-*

títulos 140.4 y 222.1 LGSS) que el legislador distingue dos situaciones: la del trabajador que estando en IT ve extinguido su contrato de trabajo y permaneciendo en situación de IT no pasa a causar derecho a prestaciones por desempleo (pasando después directamente a percibir prestaciones de invalidez); y la del trabajador que estando en IT y ve extinguido su contrato de trabajo pasa después a percibir prestaciones por desempleo. En el primer caso, además de prever que la prestación por IT que siga percibiendo en pago directo y por la que no existe obligación de cotizar, la percibirá en la cuantía correspondiente a la prestación por desempleo que pudiera haberle correspondido, sin que se disponga nada más sobre el particular, por lo que para tal período rige la regla del artículo 140.4 LGSS cuando haya que computar dicho período para el cálculo de una base reguladora, esto es, el cómputo de las bases mínimas en cuanto que no es aplicable a esta situación la doctrina del paréntesis. Por el contrario, cuando después de aquella situación de IT el trabajador, por ser dado de alta, pasa a percibir prestaciones por desempleo en el caso de que le correspondan, aquel período lo descuenta del que le correspondería percibir como desempleo si bien en este caso sí que prevé que el INEM cotice a efectos ulteriores por el período descontado (artículo 222.1 LGSS, donde se prevé que la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social por todo el período que se descuenta como consumido —el tiempo que hubiera permanecido en la situación de IT a partir de la fecha de extinción del contrato de trabajo—). Señalando el TS que son dos situaciones tan distintas las que contempla el legislador que la diferencia de trato se halla completamente justificada desde el principio de igualdad, en el primer caso se trata de alguien que no ha pasado realmente a ser desempleado (puesto que en tal caso no podría percibir prestaciones por IT por la compatibilidad intrínseca entre dichas situaciones), y se trata de un desempleado en potencia a quien no se le exige acreditar el cumplimiento de los requisitos que el artículo 207 LGSS requiere a quien pretende tener derecho a prestaciones por desempleo.

d) Dinámica de la protección

Cuando la IP es reconocida por sentencia firme, el INSS es competente para fijar fecha de revisión por agravación o mejoría [STS de 12 de mayo de 2008, u.d., I.L. J 636, que sigue la doctrina sentada por las SSTs de 3 de junio de 2008, u.d., I.L. J 571, y de 17 de mayo de 2007, I.L. J 1055. Con base legal en el artículo 143.2 LGSS, el TS interpreta literalmente el precepto y establece que la fijación del plazo mínimo de revisión de una IP es competencia del INSS, aunque ésta haya sido reconocida por sentencia judicial. Tras una resolución del INSS denegatoria de la prestación, que judicialmente se revisa concediéndola sin fijación del plazo para revisar la incapacidad (y no se revisa en lo relativo a tal plazo que obviamente no se contiene en la resolución denegatoria), se considera que “es ajustado a derecho el acto administrativo posterior en el que se fija el plazo a partir del cual se puede instar la revisión del estado incapacitante, sin perjuicio del ulterior control judicial del mismo”. Ello porque de “seguirse la tesis contraria se establecería un régimen diferente para las resoluciones administrativas y las judiciales que reconozcan el derecho a prestaciones de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, pues mientras las

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

primeras estarían sujetas a un plazo de revisión, las segundas no, interpretación que no resultaría acorde con los principios informadores del ordenamiento jurídico”.

Por lo que respecta a la revisión, es de interés la **STS de 14 de mayo de 2008**, u.d., I.L. J 610, donde se resuelve si el INSS tiene o no la facultad para fijar, en su resolución denegatoria de la revisión por agravación de la IP pretendida por el beneficiario, el plazo para volver a solicitar una nueva revisión por agravación. Al respecto, el artículo 143.2 LGSS (en la redacción dada por la Ley 52/2003) establece que “Toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 161 de esta ley, para acceder al derecho a la pensión de jubilación”. La comparación entre la redacción actual del precepto y la anterior, “permite encontrar una sustancial variación consistente en que la última reforma introduce en el precepto el siguiente inciso: ‘o se confirme el grado reconocido previamente’ y esta modificación legal obliga a una nueva consideración del problema”. Así pues, el plazo de espera vinculante para iniciar un procedimiento de revisión de grado por agravación o mejoría habrá de fijarse, no sólo en la resolución reconocedora inicialmente del grado de invalidez, sino también en toda resolución de revisión de incapacidad permanente, tanto si se reconoce un grado como cuando, como instaura el precepto, se confirme el grado reconocido previamente.

Como también la **STS de 9 de julio de 2008**, u.d., I.L. J 1013, donde se precisa que en la revisión de una IP solicitada por el beneficiario cabe la posibilidad de que el INSS declare al interesado no afecto de incapacidad alguna, por error de diagnóstico. En este ámbito no es de aplicación la *reformatio in peius* prohibida por la Ley 30/1992 (artículo 89.2), dado que se trata de actos administrativos con una regulación específica. En el caso de la revisión de los grados de invalidez, el artículo 6 RD 1300/1995, de 21 de julio, establece que los Directores del INSS no están vinculados por las peticiones concretas de los interesados “por lo que podrán reconocer las prestaciones que correspondan a las lesiones existentes o a la situación de incapacidad padecida, ya sean superiores o inferiores a las que se deriven de las indicadas peticiones”. Resultando lógico —en palabras del TS— “que la resolución administrativa califique la situación del beneficiario aun contra sus intereses, cuando fue él quien instó la revisión. El procedimiento de revisión es idéntico, tanto si se trata de mejoría como de agravación. A la vista de las diligencias practicadas debe calificarse la situación del beneficiario. Por ello no se produce situación formal de indefensión de éste por esa calificación perjudicial. El resultado sería el mismo instando a la Entidad Gestora de oficio la revisión por mejoría, dando lugar, de manera innecesaria, a dos expedientes de idéntico contenido”.

C) Lesiones permanentes no invalidantes

La **STS de 30 de junio de 2008**, u.d., I.L. J 938 (siguiendo a la STS de 4 de mayo de 2006, u.d., I.L. J 729), admite la posibilidad de revisión de lesiones permanentes no invalidantes al objeto de que sea declarado un determinado grado de IP. De manera sintética, los argumentos esgrimidos por el TS se asientan: sobre una interpretación literal del artículo

40.1.g) y de la sistemática de la Orden de 15 de abril de 1969, que permitiría acceder a cualquiera de los grados de IP por revisión de una situación anterior, calificable como lesiones permanentes no invalidantes; sobre unidad conceptual de las lesiones permanentes no invalidantes y las lesiones permanentes constitutivas de los grados de incapacidad; sobre la consideración de que “no sería equitativo, ni justo comenzar *ab initio* una petición de invalidez permanente, cuando lo que ha existido es un caso de empeoramiento de las referidas lesiones, cuyo cauce debe tener cabida en el artículo 143 de la LGSS”; tampoco el artículo 143.2 LGSS precluye la posibilidad de que la Entidad Gestora –si considera que una situación de lesiones permanentes no invalidantes e indemnizable con baremo, es susceptible de empeoramiento– acuerde en su resolución administrativa la imposibilidad de revisión en el plazo que razonablemente estimara procedente. A lo que este último pronunciamiento añade que la declaración de que un trabajador está afecto de lesiones permanentes no invalidantes “no es sino una calificación de la capacidad funcional del afectado en un momento determinado, igual que cualquier grado de invalidez, y las secuelas que hayan podido originar aquella declaración de invalidez pueden sufrir variación, partiendo siempre del principio de la revisabilidad de la invalidez en tanto no se haya cumplido la edad mínima fijada para la pensión de jubilación”.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

El artículo 31 del Reglamento General de Prestaciones –Decreto 3158/1966– (en su redacción dada por el RD 1645/2001), establece la cuantía de la pensión: el porcentaje a aplicar a la correspondiente base reguladora para la determinación de la cuantía de la pensión de viudedad es como regla general del 52% pero cuando la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos del pensionista, aquéllos no superen una determinada cuantía y el pensionista tenga cargas familiares, el porcentaje señalado será del 70%. La cuestión tratada en la **STSJ de Cataluña de 4 de junio de 2008**, I.L. J 837, es la relativa a la determinación de estas cargas familiares; el precepto antes citado determina que se entiende por cargas familiares la convivencia del beneficiario con hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando los rendimientos del conjunto de la unidad familiar, así constituida, incluido el pensionista, dividida entre el número de miembros que la compongan, no supere, en cómputo anual, el 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. La cuestión que se plantea es determinar si en un supuesto en el que la demandante de la pensión de viudedad tiene o no cargas familiares, en los términos previstos en la norma, por el hecho de la convivencia con un nieto, del que además no consta que tenga la tutela ni tampoco que se haya instado procedimiento judicial o administrativo sobre acogimiento familiar del menor (si bien es cierto que como hechos probados consta que el nieto –huérfano de madre– ha convivido siempre con sus abue-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

los, y que la patria potestad, la sigue manteniendo el padre). Pues bien, el tribunal, con un criterio interpretativo ciertamente abierto, considera que es determinante que el menor haya convivido siempre con sus abuelos, y que ante una ausencia de conflicto entre los abuelos y el titular de la patria potestad, *de facto* son los abuelos quienes han asumido los deberes propios del contenido personal de la patria potestad. Resuelve por tanto afirmativamente la petición, asegurando que “dicha convivencia debe considerarse como una carga familiar para la beneficiaria de la pensión de viudedad, y, por tanto, con el derecho al incremento”.

C) Cuantía de las pensiones

El artículo 175.1 de la LGSS, reconoce que tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación; por otro lado, tal y como establece el artículo 17 de la Orden de 13 de febrero de 1967, el porcentaje que se reconoce para la pensión de orfandad, se incrementa con el que se señala para la pensión de viudedad, cuando a la muerte del causante no quede cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de ésta (en caso de existir varios huérfanos con derecho a pensión, el incremento se distribuirá entre todos ellos por partes iguales). Pues bien, sobre la posibilidad de reconocer este incremento a los hijos extramatrimoniales (donde se produce la circunstancia de que hasta la fecha no percibían el incremento, pese a que no había cónyuge superviviente con derecho a pensión), la **STS de 9 de junio de 2008**, I.L. J 934, viene rectificar —a modificar— la doctrina hasta ahora mantenida, en base al establecimiento de un criterio interpretativo por el Tribunal Constitucional. En efecto, este tribunal está obligado a interpretar y aplicar las leyes y los reglamentos “según los preceptos y principios Constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional” (artículo 5.1 LOPJ), y siendo así, debe recordarse que el TC en su Sentencia 154/2006, de 22 de mayo, al analizar otro precepto de la Orden de 13 de febrero de 1967, el artículo 29.2.e), relativo al incremento de la indemnización especial para huérfanos, y que guarda relación con el que está aquí discutiéndose, ha establecido la “necesidad de procurar una equiparación de derechos que satisfaga las necesidades de los hijos extramatrimoniales en idéntica medida que para los matrimoniales, pues aquéllos no deben sufrir una peor situación económica familiar por el hecho de que sus padres no contrajeran matrimonio”.

Otra cuestión resuelta —en unificación de doctrina—, por la **STS de 17 de septiembre de 2008**, I.L. J 1070, es la determinación de la cuantía del complemento por mínimos que debe cobrar el cónyuge, separado o divorciado del causante, que es beneficiario único de la pensión, al no concurrir con otro consorte del causante; el Tribunal resuelve que este complemento por mínimos debe cobrarse en proporción al tiempo de convivencia con el causante, esto es, en igual porcentaje que la pensión, y es que abunda en ello el criterio —ya comentado en estas páginas—, de que la norma no reconoce varias pensiones de viudedad, sino una sola que se reparte proporcionalmente, y este criterio de reparto afecta, igualmente, al complemento por mínimos “que forma parte integrante de una pensión contributiva, aunque su devengo se vincule a la falta de ingresos”.

Como se ha reiterado ya en estas páginas –y se ha comentado que acertadamente–, la separación matrimonial, en tanto se mantiene el pronunciamiento que la decreta, produce –*ex lege*– unos determinados efectos –entre los que aquí nos interesa, sobre la cuantía de la pensión– (la convivencia reanudada, o el tiempo vivido, en términos tras la separación, es un hecho que incrementa la pensión), de ahí que, en tanto subsista y no se modifique por una nueva resolución judicial, la convivencia matrimonial resulta legalmente inexistente (la convivencia reanudada debe ser probada), por más que pueda seguir dándose en la práctica o de hecho. En efecto, la voluntad de reanudar la convivencia matrimonial judicialmente suspendida no tiene efectos jurídicos –aunque sí para los cónyuges, no ante terceros, condición que tiene obviamente la Entidad Gestora, por razones de seguridad jurídica– (la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no puede surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha), y es que para que la reconciliación de los cónyuges separados produzca efectos en el reconocimiento de la pensión de viudedad, es preciso que se produzca la comunicación de la reconciliación al órgano judicial, tal y como exige el artículo 84 del Código Civil (que luego accederá al registro civil); abunda en ello que hay que tener en cuenta la necesaria publicidad que –inicialmente– resulta predicable de las situaciones relativas al estado civil, y que si la resolución judicial que acordó la separación se inscribe en el Registro Civil, también tendrá que inscribirse la reconciliación, y el acceso a ello sólo se obtiene a través de la resolución que el órgano judicial adopte una vez comunicada por los cónyuges la reconciliación (véase la STS de 29 de mayo de 2008, I.L. J 477); sobre esta doctrina, la **STS de 21 de julio de 2008**, I.L. J 1009, añade que “es necesario que los cónyuges, es decir, los dos de consuno y no uno solo, la pongan en conocimiento del juez civil que atendió la separación”; igualmente sigue esta doctrina la **STS de 28 de mayo de 2008**, I.L. J 613, a la que añade que “la comunicación de la reconciliación al juzgado no implica la creación o imposición de un nuevo requisito no previsto por el citado precepto”.

El artículo 7.2 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio (BOE del 28), para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social (en su nueva redacción dada por el artículo 2 del RD 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad), establece que la base reguladora de las pensiones por muerte y supervivencia, derivadas de contingencias comunes, será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegidos por los beneficiarios dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión (antes de la reforma citada, el período se tomaba en los 7 años inmediatamente anteriores al hecho causante). La cuestión discutida en la **STSJ de Cataluña de 10 de junio de 2008**, I.L. J 840, es sobre el momento de tomar en cómputo esas bases de cotización en un supuesto en el que la base reguladora es cero, al tener la solicitante varios años sin cotizar previos al hecho causante. La cuestión es la posibilidad de aplicar la teoría del paréntesis, que es diferente a la integración de lagunas –aspecto expresamente excluido por la norma–. Para este tribunal –y creemos que acertadamente–, la respuesta es positiva, y es que se debe acudir a la interpretación analógica de las normas que permite el artículo 3.1 del Código Civil, aplicable cuando una norma no contempla un supuesto específico, pero regula otro

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Este tribunal recoge dos supuestos semejantes al de autos en los que una persona ha dejado de cotizar desde hace varios años, y se reconoce la pensión calculada con las bases anteriores al momento en que dejó de cotizar: el de los trabajadores que trabajaron en España, trabajando posteriormente en el extranjero y en el que la pensión que se les reconoce es la que le hubiese correspondido en el momento que dejaron de cotizar –con aplicación de las correspondientes revalorizaciones–, y, en segundo lugar, los supuestos de pensiones de muerte y supervivencia en que la persona causante es pensionista y en el que el importe de la pensión es la inicial actualizada con las correspondientes revalorizaciones.

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. A) Organización. B) Actas de liquidación. **3. Derecho administrativo sancionador.**

A) Procedimiento administrativo sancionador. B) Actas de la Inspección de Trabajo. a) Contenido y requisitos. b) 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

La presente crónica tiene como objetivo exponer las novedades surgidas en el último período en relación al Derecho Administrativo Laboral, tanto a nivel normativo como judicial.

En la primera dirección, las nuevas normas introducidas en la materia se han movido en tres terrenos. El primero se relaciona con la organización de la Administración Laboral: así, por un lado, como consecuencia de la reestructuración de los departamentos ministeriales llevada a cabo por los RRDD 432/2008 y 438/2008 –y de la que ya se dio cuenta en crónicas pasadas–, se ha procedido a su complemento mediante la aprobación de los RRDD 1128/2008, 1129/2008 y 1135/2008, de 4 de julio, por los que, respectivamente, se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, del Ministerio de Trabajo e Inmigración y del Ministerio de Igualdad; por otro lado, se ha dictado también el RD 1383/2008, de 1 de agosto, por el que se aprueba la estructura orgánica y de participación institucional del Servicio Público de Empleo Estatal. En un segundo terreno, relacionado en este caso con la actividad inspectora, cabe hacer mención a la Resolución de 25 de noviembre de 2008, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por la que se regula el Libro de Visitas Electrónico. Por último, la novedad normativa más importante es, sin duda, la que ha experimentado el propio texto de la LISOS mediante la Ley 2/2008, de 23 de diciembre (Disposición Final Octava): en concreto, a través de esta Ley se modifica el texto del artículo 22.3 de la LISOS –sobre incumplimientos relativos al

ingreso de cuotas de Seguridad Social–, y además se añade un nuevo apartado d) al artículo 40.1 de la LISOS, mediante el que se establecen sanciones específicas para los ilícitos de Seguridad Social previstos en los artículos 22.3 y 23.1.b) de la LISOS.

Ya en relación a los pronunciamientos judiciales analizados, damos cuenta en esta crónica de los publicados en los números 5 a 8 de 2008 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*; así como también de diversas sentencias dictadas entre abril y julio de 2008 por Tribunales Superiores de Justicia, en su Sala de lo Contencioso-Administrativo, que aparecen identificadas por su número de recurso. De este conjunto de pronunciamientos judiciales, interesa remarcar la **STS de 16 de julio de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, I.L. J 735, cuyo objeto de debate se centra en la determinación del final de la suspensión del procedimiento administrativo sancionador motivada por el inicio de actuaciones penales y su incidencia sobre la caducidad de dicho procedimiento [*infra*, 3.A)].

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Organización

El único pronunciamiento en esta materia es la **STS de 6 de octubre de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, I.L. J 1010, dictada con ocasión de la auditoría practicada a una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. En ella, dos son las afirmaciones a destacar. La primera, reiterada en jurisprudencia previa, es de índole procedimental y se dirige a recordar que la superación del plazo de tres meses para que la Intervención General de la Seguridad Social emita su informe definitivo no conduce a la caducidad del procedimiento de auditoría, pues el artículo 44.2 de la Ley 30/1992 refiere tal consecuencia al expediente en su conjunto y no sólo a una actuación administrativa de trámite. La segunda consideración incluida en la Sentencia –en este caso, de carácter material– supone la confirmación de que, en el caso enjuiciado, la indemnización abonada al antiguo Director General de la Mutua por rescisión de su relación laboral excede del límite fijado en el artículo 76.3 LGSS, exceso que constituye un gasto no asumible por el Sistema de Seguridad Social, que por tanto debe ser reintegrado a dicho Sistema público.

B) Actas de liquidación

En este terreno, el comentario se limita a la **STSJ de Cataluña de 18 de julio de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 120/2006), cuyo único interés es el de recordar doctrina largamente reiterada en estas crónicas sobre la determinación de la *summa gravaminis* establecida por la ley –en este caso para acceder al recurso de apelación–, cuando se trata de la impugnación de una resolución administrativa con origen en actas de liquidación. A tal efecto, y conforme al criterio del Tribunal Supremo, la Sentencia se encarga de subrayar que sólo deben tomarse en consideración las cuotas de cada mes liquidado y que de su cuantía deben deducirse las cantidades correspondientes a recargos por mora.

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento administrativo sancionador

Respecto a los trámites que conforman el procedimiento sancionador, la **STSJ de Madrid de 5 de mayo de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 96/2008), pone de relieve la interpretación restrictiva que debe hacerse del artículo 18.3 del RD 928/1998, por el que se establece el deber del órgano resolutor de recabar informe ampliatorio del Inspector o Subinspector actuante cuando en las alegaciones del imputado se invoquen hechos o circunstancias distintas a las consignadas en el acta, exista insuficiencia de su relato fáctico o indefensión por cualquier causa; y, concretamente, respecto al primero de estos motivos, la Sentencia remarca que por hechos o circunstancias distintos a los plasmados en el acta no hay que entender la mera negación del relato fáctico que en ella se hace. Tampoco la falta de traslado al administrado de este informe ampliatorio se considera motivo de indefensión: según la **STSJ de Murcia de 8 de mayo de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 2619/2003), prueba de ello es su posibilidad de combatir la resolución sancionadora en vía administrativa y jurisdiccional.

En relación a la fase final del procedimiento, son varios los pronunciamientos que reflexionan sobre el preceptivo requisito de motivación exigido a la resolución administrativa por la que se impone la sanción (artículos 89.1 y 138.1 de la Ley 30/1992). En concreto, algunas sentencias consideran cumplida esta exigencia de motivación, en tanto constatan que la resolución sancionadora discutida en cada caso valora las alegaciones del administrado y expone los hechos y fundamentos de derecho en que basa la imposición de la sanción administrativa, sin generar indefensión para el interesado. A tal efecto, se recuerda cómo el Tribunal Supremo viene considerando que la motivación no implica un razonamiento exhaustivo y detallado, sino que basta con que el acto ofrezca una respuesta suficiente al administrado, sin que la brevedad de términos y la concisión expresiva puedan confundirse con la falta de motivación [**SSTSJ de Extremadura de 29 de abril de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 821/2006) y de **Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 20 de mayo de 2008** (recurso 106/2006)]. Asimismo, en virtud del artículo 89.5 de la Ley 30/1992, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 7 de mayo de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 392/2007), pone también de relieve que el requisito de motivación de la resolución de un recurso de alzada queda también satisfecho por la asunción por el órgano resolutor del contenido de un informe emitido por el Inspector actuante.

La caducidad del procedimiento administrativo sancionador es objeto de debate en dos de los pronunciamientos examinados, suscitándose en ambos casos una misma cuestión: el momento en que debe levantarse la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal, conforme a lo previsto en el artículo 5 del RD 928/1998. La primera de estas resoluciones es la **STS de 16 de julio de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, I.L. J 735, en la que se aprecia la caducidad del procedimiento en un supuesto en que, desde que se dictó el auto de archivo de las actuaciones penales –16 de septiembre de 1999– hasta que se reanudó el procedimiento administrativo –27 de marzo de 2002–, transcurrieron más de dos años, superándose con creces los seis meses de plazo fijados en el artículo 20.3 del RD 928/1998. A juicio del Tribunal Supremo, no es óbice a esta conclusión el hecho de que dicho auto de archivo de actuaciones fuera notificado a la Administración mucho tiempo después de haberse

dictado —en concreto, el 25 de febrero de 2002—: sobre esa afirmación resulta significativa la idea subrayada en la sentencia de instancia que, conforme a los preceptos citados, fija la preclusión de la suspensión en la firmeza del auto y no en su notificación. Además, dado que el artículo 5 del RD 928/1998 impone al órgano instructor o resolutor el deber de solicitar al órgano judicial la futura comunicación de la resolución penal, la citada STS de 16 de julio de 1998 valora el hecho de que, si bien hasta junio de 2000 constan varios oficios de solicitud de información por parte del instructor sin que mediara respuesta del Juzgado, lo cierto es que más allá de esa fecha y hasta febrero de 2002 no volvió a realizarse ninguna otra actuación por parte de la Administración destinada a conocer la situación del asunto en vía penal. En cambio, a distinta solución llega la **STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 525/2005), respecto a un supuesto similar: en este caso, se aprecia que el grado de diligencia mostrado por la Administración en el seguimiento del proceso penal se ajusta a lo legalmente exigible, puesto que consta que, cuando menos, se remitieron tres escritos a los órganos judiciales penales, primero para solicitar el traslado futuro de la resolución judicial final, y después para informarse sobre el asunto, sin recibir respuesta alguna del Juzgado de lo Penal; por ello, a diferencia del litigio anterior, admite aquí el Tribunal Superior de Justicia que el procedimiento administrativo pueda entenderse reanudado a partir del momento en que la Administración conoce la existencia de la sentencia penal a través de un escrito remitido por el propio administrado, denegando así la caducidad apreciada en la instancia.

Finalmente, más allá de la finalización del procedimiento administrativo sancionador, son también varias las sentencias que resuelven sobre la interposición de recursos en vía jurisdiccional, tanto contencioso-administrativa como social.

En cuanto a la primera, y más concretamente, respecto al acceso al recurso de apelación por razón de la cuantía, diversos pronunciamientos recuerdan que se trata de una cuestión que puede conocerse de oficio y que, además, tratándose de un acta extendida por varios ilícitos, debe atenderse a la cantidad de la sanción económica propuesta por la Inspección de Trabajo para cada una de las infracciones individualizadas, de forma que si alguna de ellas está por debajo de 18.030,36 euros concurrirá causa de inadmisión respecto a ésta, aunque la sanción total fijada en el acta sí supere esta cifra —cfr. artículo 81.1.a) de la LJCA— [**SSTSJ de Cataluña de 6 mayo de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 97/2006), y **de 16 de mayo de 2008** (recursos 483/2005, 485/2005 y 488/2005)]. Lógicamente, similar criterio de cuantificación se aplica para el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina: respecto al mismo, la **STS de 23 de julio de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, I.L. J 734, insiste en la idea de que, a tales efectos, debe tomarse en consideración la multa correspondiente a cada una de las infracciones cometidas y no la cantidad resultante del total de ilícitos imputados en una misma acta.

En la jurisdicción laboral, la cuestión se plantea en la **STS de 21 de julio de 2008**, I.L. J 1053, por la que se deniega la posibilidad de interponer recurso de suplicación frente a una sentencia dictada en relación a una sanción impuesta a un trabajador autónomo en virtud del artículo 21.4 de la LISOS —concretamente, por presentar fuera de plazo la declaración de situación de actividad, junto con la solicitud de prestación de incapacidad temporal— y

que dio lugar a la pérdida de dicha prestación económica durante un mes, equivaliendo tal pérdida a 544,75 euros. La Sentencia fundamenta esta negativa no sólo en el hecho de que la sanción tiene un contenido económico concreto que no alcanza los 1803,04 euros que el artículo 189.1 de la LPL fija como límite para la admisión del recurso de suplicación, sino que a su vez argumenta que el acceso a este recurso tampoco puede producirse por la vía del artículo 189.1.c) de la LPL, puesto que la pérdida derivada de la sanción no constituye un supuesto de denegación de una prestación de la Seguridad Social.

B) Actas de la Inspección de Trabajo

a) Contenido y requisitos

La debida inclusión en el acta de infracción de los requisitos de contenido exigidos en el artículo 53 de la LISOS y artículo 14.1 del RD 928/1998 constituye el objeto de análisis en muchas de las sentencias examinadas.

Así, en relación a los datos identificativos del presunto infractor, la **STSJ de Galicia de 9 de julio de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 21/2008), no concede suficiente entidad para invalidar el acta al hecho de que en su encabezamiento hubiera un error en el segundo apellido indicado, pues las circunstancias demuestran que el titular de la empresa conocía suficientemente que el documento iba dirigido a ella. Por su parte, la **STSJ de Murcia de 11 de abril de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 2274/2003), afirma que la falta de precisión respecto a la “actividad” a la que se dedica la empresa no conduce a la nulidad del acta, en la medida en que tal dato no sea relevante o tenga incidencia sobre la sanción o los hechos.

Respecto a la cita errónea del precepto de la LISOS en que se incluye el tipo infractor imputado, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 20 de mayo de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 174/2006), niega que tal irregularidad tenga efectos invalidantes sobre la resolución sancionadora, desde el momento en que las alegaciones de la parte demuestran conocer perfectamente la verdadera infracción imputada y no haber sufrido indefensión por tal error de transcripción. Tampoco la cita equivocada de la concreta disposición infringida es causa suficiente para anular la resolución sancionadora, en tanto se entienda como un error material: en concreto, así se indica en la **STSJ de Murcia de 8 de mayo de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 2619/2003), respecto a un supuesto en que el acta imputa la infracción del Anexo IV del RD 773/1993, cuando realmente debía haber hecho referencia a los Anexos I y III de esta norma reglamentaria.

También la **STSJ de Cantabria de 25 de abril de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 250/2007), resalta la idea de que cuando el artículo 14 del RD 928/1998 exige indicar en el acta “los criterios en que se fundamenta la graduación de la propuesta de sanción”, implícitamente está exigiendo la obligación de motivar dicha propuesta, si bien, “la suficiencia de la motivación, en absoluto se opone a que sea breve y concisa, satisfaciéndose cuando la utilizada y para cada supuesto concreto permita que el administrado pueda conocer en la resolución (...) las razones que motivan la imposición de la sanción en el grado y límites del mismo”.

Por su parte, la irregularidad valorada en la **STSJ de Galicia de 9 de julio de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 21/2008), es la falta de firma del acta por uno de los dos Subinspectores actuantes. Al respecto, el Tribunal considera que se trata de un defecto subsanable, dado que la ratificación o firma del acta puede hacerse en cualquier momento, negando en consecuencia su carácter de vicio invalidante.

b) Presunción de certeza

Son también muchas las sentencias en que se hace jugar la conocida y tantas veces comentada “presunción de certeza de las actas”, recordando a tal efecto su fundamento y compatibilidad con la presunción de inocencia [**STSJ de Extremadura de 29 de abril de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 821/2006)]. En alguna de ellas se insiste también en su alcance y, en concreto, se remarca la idea de que esta eficacia probatoria alcanza a los hechos constatados no sólo mediante percepción directa del Inspector [**SSTSJ de Madrid de 5 de mayo de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 96/2008); **de Cantabria de 25 de abril de 2008** (recurso 250/2007); **de Galicia de 9 de julio de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 21/2008)], sino también a aquellos que resultan acreditados por otros medios de prueba reflejados en el acta –v.gr., documentos o declaraciones– [**SSTSJ, de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 71/2007); **de Madrid de 17 de abril de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 1140/2005); **de Cataluña de 22 de julio de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 525/2005), y **de La Rioja de 15 de abril de 2008**, Sala de lo Social, I.L. J 763].

Como se sabe, la atribución de dicha presunción de veracidad queda supeditada a que el acta cumpla los requisitos exigidos para su constitución, de ahí que no despliegue sus efectos cuando se considera que la descripción de los hechos y datos en que se basa la conducta imputada carece de la suficiente concreción y claridad: por ejemplo, así se indica en la **STSJ de Murcia de 11 de abril de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 2274/2003), respecto a unos supuestos excesos de jornada, negados además en sede judicial por trabajadores de la empresa –entre ellos, un representante de los trabajadores–.

En cambio, se considera que la tardanza entre la realización de la visita inspectora y la notificación del acta no hace desaparecer la presunción de certeza, en tanto se acredite que la empresa tenía conocimiento de las actuaciones inspectoras: así lo ha manifestado la **STSJ de Murcia de 8 de mayo de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 2619/2003), en relación a un supuesto en que el acta se notifica con una dilación de tres meses desde la visita, en un momento en que ya habían concluido las obras inspeccionadas. A juicio del Tribunal, tal circunstancia no genera indefensión al administrado, dado que, al haber tenido conocimiento del inicio de la actividad inspectora, bien pudo recabar antes de concluir las obras aquellos elementos de prueba que estimara pertinentes para su defensa.

Respecto a la prueba en contrario dirigida a destruir dicha presunción de veracidad, ningún valor se concede a tal efecto por la **STSJ de Galicia de 9 de julio de 2008**, Sala de lo

XI. Administración Laboral

Contencioso-Administrativo (recurso 21/2008), ni a las actas notariales que reflejan declaraciones de los propios trabajadores del empresario imputado, ni a la prueba testifical de dichos trabajadores practicada en vía administrativa y no reiterada en el proceso judicial: en uno y otro caso se consideran medios probatorios insuficientes para desvirtuar los hechos reflejados en el acta y percibidos de manera directa por los órganos inspectores.

C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

a) Infracciones laborales en materia de relaciones laborales

Como conducta encuadrada en el artículo 7.10 de la LISOS —que considera infracción grave el establecimiento de condiciones de trabajo inferiores a las legales o convencionales—, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de julio de 2008** (recurso 646/2003), incluye la aplicación a los trabajadores de un “pacto extraestatutario” de empresa en el que se fija una jornada superior y unos salarios más bajos que los previstos en el convenio colectivo provincial del sector correspondiente.

En un plano distinto, y aun cuando el asunto no es equiparable a la situación normativa española, resulta interesante hacer referencia a la **STJCE de 24 de abril de 2008**, I.L. J 597, a efectos de remarcar la incidencia que la inobservancia de determinadas obligaciones ante la Inspección de Trabajo puede ocasionar en el cumplimiento de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial. En concreto, la Sentencia se pronuncia sobre una norma italiana, por la que se imponía al empresario el deber de notificar a la Inspección de Trabajo una copia de los contratos a tiempo parcial realizados, previéndose que el incumplimiento en plazo de esta obligación conllevaba la imposición de una multa administrativa de carácter económico. Pues bien, apreciando que esta exigencia constituye un impedimento a la contratación a tiempo parcial, y en la medida en que la celebración de contratos de trabajo a tiempo completo no está sujeta a análogo deber de notificación, el TJCE considera que dicha norma nacional es contraria a la cláusula 5.1.a) del citado Acuerdo Marco, en la que se impone a los Estados Miembros eliminar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativa que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial. Como ya se ha dicho, el supuesto no es trasladable a nuestro país, pues la obligación de comunicar a la Administración los contratos de trabajo celebrados se establece con carácter común, sin hacer diferenciación entre las distintas modalidades.

b) Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales

Como suele ser habitual, el mayor volumen de sentencias a comentar en materia sancionadora se centra en los incumplimientos relativos a la normativa sobre salud laboral. Desde esta perspectiva material, lo cierto es que, en ocasiones, la aportación de las sentencias se limita a reconducir la constatación de unos hechos muy concretos a alguno de los tipos de la LISOS. Otras veces, no obstante, los pronunciamientos contienen otras afirmaciones más generales, de considerable interés en la aplicación de la normativa sancionadora en este terreno.

Empezando el repaso por el contenido específico de los tipos infractores, en relación a las infracciones leves hay que hacer referencia a la **STSJ de Murcia de 8 de mayo de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 2619/2003). En ella se considera que la falta de utilización por los trabajadores del casco protector de la cabeza constituye un ilícito que queda dentro del artículo 11.4 de la LISOS, referido a incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales que carezcan de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores: en concreto, se entiende que tal conducta constituye una vulneración de los Anexos I y III del RD 773/1997.

Ya respecto a infracciones graves, la misma sentencia –**STSJ de Murcia de 8 de mayo de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 2619/2003)–, se pronuncia sobre la infracción prevista en el artículo 12.16.f) de la LISOS –incumplimiento de la normativa en materia de medidas de protección colectiva o individual, generador de un riesgo grave–. La Sentencia incluye dentro de este tipo infractor la conducta consistente en prestar servicios en un andamio sin barandilla perimetral de seguridad y sin utilizar cinturón anticaídas a unos cuatro metros del suelo. A su vez, respecto a la incidencia del número de trabajadores afectados sobre la multa económica, el pronunciamiento concluye que el hecho de que el riesgo del ilícito alcance a dos trabajadores justifica que la sanción se imponga en su grado mínimo, pero no en su cuantía mínima.

Dentro del período examinado encontramos también sentencias referidas a ilícitos tipificados como muy graves. Una de ellas es la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 18 de abril de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 202/2007), que, a la vista del accidente causado y las lesiones sufridas por el trabajador, no duda en considerar que el incumplimiento de la obligación de asegurar la estabilidad de una escalera constituye una infracción a encuadrar dentro del artículo 13.10 de la LISOS, por el que se tipifica la conducta consistente en no adoptar cualesquiera otras medidas preventivas con riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores. Por el mismo razonamiento, a idéntica conclusión llega la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de julio de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 197/2007), respecto a la conducta empresarial de no proporcionar al trabajador un dispositivo anticaídas como medida de seguridad de protección individual: en este caso, además, la calificación del ilícito como muy grave se refuerza porque, en vía penal, la conducta ya había sido motivo de condena para el técnico de prevención de riesgos laborales y para el encargado en la obra del montaje mecánico, a los que se había declarado autores del delito tipificado en el artículo 316 del CP.

Nuevamente, como viene sucediendo en las últimas crónicas, encontramos sentencias que se pronuncian sobre la legalidad de los pactos por los que la empresa principal se reserva el derecho a deducir de las cantidades a abonar a la empresa contratista el importe de las sanciones administrativas que le hayan sido impuestas por causas imputables a dicha contratista o a su personal. Reiterando doctrina, tales acuerdos se reconducen a la infracción tipificada como muy grave en el artículo 13.14 de la LISOS, por cuanto se consideran pactos dirigidos a eludir, en fraude de ley, la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 42.3 de la LISOS [**STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 26 de mayo**].

XI. Administración Laboral

de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 165/2007)]; y ello, aun cuando en el plano externo se permita al acreedor dirigirse indistintamente contra ambas empresas [STSJ de Canarias (Las Palmas) de 18 de abril de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 281/2007)]. Se entiende, además, que surge una infracción por cada uno de los pactos suscritos con las diferentes empresas subcontratistas [STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 20 de mayo de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 174/2006)]. En cualquier caso, más allá de estas declaraciones, quizá, lo más interesante es poner de relieve la fundamentación jurídica que efectúa la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 20 de mayo de 2008 (recurso 106/2006), para justificar la procedencia de la sanción:

“La hábil argumentación de la recurrente en torno a responsabilidad solidaria, el derecho de repetición de los artículos 1140, 1144 y 1145 del Código Civil y que esta cláusula fijada no persigue eludir una norma sino evitar un enriquecimiento injusto tiene una laguna: No se trata de un supuesto relativo a las consecuencias económicas surgidas de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho Privado, no se está ante un resarcimiento civil. Hay una responsabilidad administrativa, de carácter solidario conforme al artículo 42.3 del RD Legislativo 5/2000. Tal consecuencia es harto diferente de la responsabilidad solidaria del Texto Civil. Esta solidaridad en el ámbito administrativo ha de ponerse en conexión con el artículo 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que, en cuanto a coordinación de actividades empresariales, exige un deber inexcusable de vigilancia en el centro de trabajo en cuanto al estricto cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales. Su incumplimiento acarrea responsabilidad pero, se reitera, de tipo administrativo, con la finalidad expresada de cumplir los deberes de prevención y protección de la seguridad en el trabajo, tanto por los subcontratistas como por el contratista principal, en su deber indelegable de vigilancia. Su repercusión, pues, excede de un incumplimiento económico en el ámbito civil o administrativo.”

Ya entre los pronunciamientos que efectúan consideraciones con valor común o más general, cabe hacer referencia a la STSJ de Cataluña de 6 de mayo de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 97/2006), en la que se hace una afirmación importante que puede servir para cualquiera de los tipos en que la gravedad de la infracción se establece en atención a que las actividades realizadas son “peligrosas o con riesgos especiales”. En concreto, la Sentencia anula la resolución sancionadora dictada por no constar en ella una norma reglamentaria que realmente atribuya tales caracteres a la actividad efectuada, arguyendo en tal sentido que, en el ámbito sancionador, no cabe admitir una interpretación analógica o extensiva de la disposición normativa en que la Inspección había encuadrado, de manera indebida, dicha actividad —en concreto, el Anexo II del RD 1627/1997, que relaciona los trabajos con riesgos especiales en la construcción—.

A su vez, respecto a la graduación de la sanción, la STSJ de Murcia de 8 de mayo de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 2619/2003), razona que el carácter leve de la infracción no impide valorar como agravante el riesgo potencial de la conducta.

Por último, en varias sentencias —y a propósito de infracciones diferentes—, se insiste también en una idea ya reiterada en crónicas anteriores: la no exención de responsabilidad empresarial por los posibles incumplimientos e imprudencia del trabajador, en la medida

en que la deuda de seguridad de la empresa alcanza a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones –como significativo, en tal sentido, se destaca el texto del artículo 15 de la LPRL, en el que se exige que “la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador”– [SSTSJ de Cantabria de 25 de abril de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 250/2007); de Canarias (Las Palmas) de 7 de mayo de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 358/2007), de Castilla y León (Burgos) de 4 de julio de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 197/2007) y de Cataluña de 22 de julio de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 525/2005)].

c) Infracciones en materia de Seguridad Social

En este área, y concretamente en el apartado de infracciones de los trabajadores, tan sólo cabe hacer mención de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 71/2007), mediante la que se confirma que la contratación de un determinado trabajador constituye un acto de connivencia con el empresario para la obtención de prestaciones por desempleo (artículo 26.3 de la LISOS). Seguramente, el mayor interés de esta Sentencia reside en poner de relieve la importancia de las diversas circunstancias que concurren en el caso para apreciar dicha connivencia –v.gr., insuficiencia de días previos de cotización para acceder a la prestación antes de concertar la relación laboral, contratación del trabajador al tiempo que se despide a otra trabajadora de la empresa por causas objetivas, demostración de que la contratación del trabajador no tiene por objeto cubrir la baja médica del gerente, etc.–.

d) Infracciones en materia de extranjería

En esta materia, ha de destacarse la STSJ de Galicia de 9 de julio de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 21/2008), que, a partir de la presencia de determinadas mujeres extranjeras en un club realizando labores de alterne, confirma la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 54.1.d) de la LO 4/2000, de 11 de enero, consistente en la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido previamente la correspondiente autorización de trabajo. Centrada la controversia en la existencia de relación laboral entre las partes, la Sentencia apela a la doctrina del Tribunal Supremo y admite su posible acreditación mediante prueba indiciaria, apreciando finalmente la concurrencia en el caso de suficientes indicios de laboralidad:

“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 café bar especial, 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 conse-

XI. Administración Laboral

cuencia de aquella contratación, todo ello junto a la presunción de laboralidad prevista en el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores. Ello es así porque la dificultad de la prueba directa se ofrece como evidente en tanto que no resulta fácil que muestre externamente y sin disimulo sus acciones quien realiza actividades que la legalidad no ampara.

(...)

Como ha razonado la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1992, en interpretación del artículo 25.3 de la LO 7/1985, infracción que venía a coincidir sustancialmente con la ahora analizada, lo esencial es la situación laboral y de residencia de las extranjeras, de modo que el recurrente debió exigir a las ciudadanas extranjeras el preceptivo permiso de trabajo o interesarse por conseguir la correspondiente autorización para que pudieran desempeñar su actividad. En igual sentido se manifiestan las Sentencias del TS de 22 y 27 de mayo de 1996”.

e) Infracciones por obstrucción a la labor inspectora

Lógicamente, la **STSJ de Extremadura de 29 de abril de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 821/2006), integra dentro del tipo infractor previsto en el artículo 50.2 de la LISOS la conducta empresarial consistente en incumplir el requerimiento de la Inspección de Trabajo para aportar las nóminas de una trabajadora, pues aprecia que se trata de una negativa voluntaria e intencionada, sin que la posterior entrega de tales documentos por parte de la trabajadora exima de responsabilidad a la empresa.

En cambio, la **STSJ de Extremadura de 13 de mayo de 2008**, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 848/2006), no aprecia obstrucción a la labor inspectora cuando una empresa comunica a la Inspección de Trabajo datos identificativos de un trabajador extranjero que luego resultan no ser ciertos, en la medida en que no consta que el empresario conociera la identidad falsa facilitada por aquél.

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) Existencia de relación laboral: personal eventual de un ayuntamiento. B) Provisión de puestos en empresa pública empresarial. C) Regularización de retenciones de IRPF. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Personal estatutario de los Servicios de Salud. B) Inexistencia de relación laboral: transportista con vehículo propio. C) Determinación de trabajadores afectados por un ERE. D) Responsabilidad de administrador de sociedad mercantil. **4. Conciliación extrajudicial versus reclamación previa. Reclamación de socios trabajadores de cooperativas. 5. Demanda. Reconvención planteada tras el acto de conciliación. 6. Acumulación. Acciones. 7. Excepciones.** A) Caducidad. B) Cosa juzgada. C) Litispendencia. D) Falta de legitimación activa. E) Prescripción. **8. Práctica de la prueba.** A) Carga de la prueba. B) Denegación de prueba. C) Grabaciones. Prueba lícita. **9. Sentencia.** A) Motivación. B) Incongruencia. **10. Despido. Salarios de tramitación.** A) Limitación. B) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización. **11. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso. a) Afectación general, b) Cuantía litigiosa. B) Anuncio. Condena en materia de prestación por desempleo. C) Cuestión nueva. **12. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Falta de contenido casacional. B) Imposibilidad de revisar hechos probados. C) Contradicción. D) Sentencia de contraste. Firmeza. E) Escrito de preparación. F) Escrito de interposición. G) Infracción de ley. **13. Recurso de casación. Infracción de Ley. 14. Recurso de revisión.** A) Resoluciones recurribles. Autos. B) Maquiación fraudulenta. **15. Ejecución de sentencia. Ampliación a terceros. 16. Costas. Beneficio de justicia gratuita.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 5 al 8 (ambos inclusive) del año 2008 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Existencia de relación laboral: personal eventual de un ayuntamiento

La STSJ de Extremadura de 4 de marzo de 2008, I.L. J 663, declara la competencia del orden social para conocer de la demanda por despido interpuesta por un empleado eventual que había sido designado mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento para ocupar un puesto de trabajo de confianza o asesoramiento especial de oficial de obra. El TSJ señala que pese a lo que el Ayuntamiento acordara, las partes formalizaron un contrato de naturaleza laboral, en concreto un contrato de trabajo de duración determinada. Asimismo, el TSJ considera que “(...) La naturaleza laboral de la relación queda confirmada por los actos posteriores (...), en la ejecución o devenir del mismo, en el que se confeccionan los correspondientes recibos de salario, como Oficial de Obra, se le notifica el fin del ‘contrato de trabajo’ y se expide el certificado de empresa (...)”.

B) Provisión de puestos en empresa pública empresarial

La STSJ de Baleares de 26 de marzo de 2008, I.L. J 746, analiza un supuesto en el que se impugna el proceso de selección para cubrir la plaza de técnico de prevención de riesgos laborales en un hospital público. La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por el aspirante ante la jurisdicción social y contra ella se alza en suplicación el hospital alegando la incompetencia del Orden Social para resolver las reclamaciones sobre convocatorias y provisión de puestos de trabajo en organismos públicos. El TSJ desestima el recurso de suplicación: pese a que la regla general es que el Orden Contencioso-Administrativo es el competente para resolver estos procesos, esta regla no se aplica cuando las convocatorias son para cubrir puestos en empresas con participación mayoritaria del capital público y entidades de derecho público (entidades públicas empresariales) dado que éstas, por ley, se someten al ordenamiento jurídico privado.

C) Regularización de retenciones de IRPF

La STS de 23 de julio de 2008, Sala de lo Social, I.L. J 976, estima el recurso de casación planteado por un colectivo de trabajadores contra un Auto de la Sala de lo Social de la AN que declaraba la incompetencia del Orden Social para conocer del conflicto colectivo planteado por dichos trabajadores. La AN consideró competente a la jurisdicción contencioso-administrativa al impugnar los trabajadores la decisión empresarial de descontarles de sus recibos salariales cantidades en concepto de regularizaciones de IRPF y, en consecuencia, versar el litigio sobre una materia tributaria. El TS declara la competencia del Orden Jurisdiccional Social al considerar que el litigio no versaba sobre la procedencia o la cuantía de la carga tributaria descontada, sino sobre la decisión unilateralmente adoptada por la empresa que, considera el TS, reviste un claro carácter laboral. El TS manifiesta que para la determinación de la jurisdicción competente ha de estarse a los términos en los que se formula el petitum de la demanda y, en este caso, los actores solicitaban la nuli-

XII. El Proceso Laboral

dad de una actuación empresarial, aun cuando revistiera un trasfondo relacionado con el cumplimiento de una carga tributaria.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Personal estatutario de los Servicios de Salud

Se analiza en la STS de 14 de mayo de 2008, Sala de lo Social, I.L. J 635, la competencia del Orden Social para conocer de la demanda por despido planteada por una lavandera que ostentaba la condición de personal estatutario no sanitario del Servicio Canario 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 TS 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”.

B) Inexistencia de relación laboral: transportista con vehículo propio

La STSJ de Cataluña de 4 de febrero de 2008, I.L. J 688, declara la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de una demanda por despido planteada por un transportista con vehículo propio. Este transportista figuraba de alta en el RETA y era administrador solidario de una empresa cuya actividad en el IAE era la de transporte de mercancías por carretera. El TSJ confirma la sentencia de instancia y declara la incompetencia del Orden Jurisdiccional Social en aplicación de lo previsto en el artículo 1.3.g) del ET. En relación con ello, y pese a que para calificar una relación como laboral deben concurrir las notas generales que caracterizan el contrato de trabajo (ajenidad, dependencia y retribución salarial), en el análisis de la relación mantenida entre transportistas y empresas debe valorarse en primer lugar el cumplimiento o no de lo previsto en el artículo 1.3.g) del ET. Por ello, “(...) cuando el medio utilizado para el desarrollo de la actividad exige para su realización la obligatoriedad de la previa obtención de la autorización administrativa para el transporte que habilite para su específica prestación, por ejemplo, en función del peso máximo autorizado, la relación no puede considerarse laboral, mientras que, cuando en el servicio de transporte con vehículo propio concurren las notas generales características del contrato de trabajo y, además, no se exige la autorización administrativa, es posible configurar como laboral la relación existente entre las partes (...)”.

C) Determinación de trabajadores afectados por un ERE

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de marzo de 2008, I.L. J 748, manifiesta la incompetencia del Orden Social para conocer de la demanda planteada por varios tra-

bajadores contra su inclusión en el listado de trabajadores afectados por un ERE, cuando ese listado se hace constar en un anexo de la resolución administrativa. El TSJ hace suya la doctrina del TS distinguiendo en materia de jurisdicción dos tipos de ERE: (i) aquel que se aprueba con la relación nominal de los trabajadores afectados y (ii) aquel en el que no se concretan los trabajadores afectados. En el primer caso, la competencia corresponde al Orden Contencioso-Administrativo, mientras que, en el segundo caso, la ejecución del acuerdo, es decir, la determinación de si es correcta o no la inclusión de un trabajador o no entre los trabajadores afectados corresponde al Orden Social. En el presente supuesto el listado de trabajadores afectados por el ERE figura en un anexo a la resolución administrativa que lo autoriza y, por ello, el TSJ declara la incompetencia del Orden Social para conocer de la demanda por cuanto el anexo debe considerarse como parte de la resolución administrativa.

D) Responsabilidad de administrador de sociedad mercantil

La STSJ del País Vasco de 1 de abril de 2008, I.L. J 863, analiza si el Orden Social es competente para conocer de la ampliación contra el administrador de la sociedad de la ejecución de una sentencia dictada en un procedimiento de despido. El trabajador solicita ampliar la ejecución de la sentencia contra la persona física del administrador de la sociedad, al considerar que éste habría incumplido su obligación de promover la disolución de la sociedad en los supuestos del artículo 265 de la LSA. El TSJ declara la incompetencia del Orden Social para conocer este procedimiento por cuanto “(...) los tribunales laborales no son competentes para conocer de las acciones de responsabilidad entabladas por los trabajadores frente a los administradores de las sociedades mercantiles para las que han prestado servicios cuya causa de pedir consista en la inobservancia de los deberes de su cargo, conforme a lo dispuesto en la LSA (...)”. La responsabilidad derivada del deber de disolución de la sociedad exige analizar si concurren determinados supuestos de hecho para los que resulta competente el Orden Civil.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL VERSUS RECLAMACIÓN PREVIA. RECLAMACIÓN DE SOCIOS TRABAJADORES DE COOPERATIVAS

La STS de 29 de mayo de 2008, Sala de lo Social, I.L. J890, analiza si la conciliación previa ante el SMAC puede sustituir el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 126 de la Ley General de Cooperativas, que exige que los socios trabajadores formulen con carácter previo al inicio de la vía judicial, una petición previa al Consejo Rector. El TSJ hace suyo el argumento de la STC 172/2007, de 23 de julio, la cual concedió amparo a un trabajador socio de una cooperativa que había formulado demanda ante el SMAC, contra sentencia que declaró la falta de agotamiento de la vía previa. Partiendo de dicho criterio que defiende una interpretación amplia en el cumplimiento de dicho requisito, el TSJ considera que con la celebración de conciliaciones sin avenencia se cumple la finalidad perseguida que no es otra que la evitación del proceso.

XII. El Proceso Laboral

5. DEMANDA. RECONVENCIÓN PLANTEADA TRAS EL ACTO DE CONCILIACIÓN

La empresa demandada en el proceso que resuelve la **STSJ de Madrid de 11 de junio de 2008**, I.L. J 782, no pudo acudir al acto de conciliación previa por falta de citación administrativa, de forma que no pudo formular reconvencción en dicho momento. La empresa, no obstante, presentó escrito planteando la reconvencción un mes antes de la celebración del juicio. El TSJ resuelve que no existe indefensión para el trabajador y no puede, por ello, ser rechazada la reconvencción formulada tras el acto de conciliación.

6. ACUMULACIÓN. ACCIONES

La acumulación de las demandas de despido y de extinción del contrato en virtud del artículo 50 del ET promovidas por el mismo trabajador es obligatoria conforme al artículo 32 de la LPL. Así lo señala la **STSJ del País Vasco de 22 de enero de 2008**, I.L. J 680; además, esta sentencia resuelve que deberán debatirse las dos demandas, dando prioridad para su resolución a la acción que haya nacido antes. La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 13 de febrero de 2008**, I.L. J 808, por el contrario, inadmite la acumulación de pretensiones en materia de Seguridad Social y en materia de reclamación por daños y perjuicios derivados de la mala gestión de las prestaciones por parte de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo. El Tribunal señala que las pretensiones en materia de Seguridad Social no son acumulables a otras de distinta naturaleza y sólo serán acumulables entre sí cuando se comparta, además de la conexión subjetiva, la objetiva derivada de la existencia de un mismo título.

7. EXCEPCIONES

A) Caducidad

Se analiza en la **STS de 11 de junio de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 654, si debe apreciarse la caducidad de un expediente administrativo que resuelve la imposición del recargo de prestaciones por accidente laboral. La sentencia señala que la cuestión ha sido ya unificada por el TS en el sentido de que el recargo de prestaciones no tiene finalidad sancionadora y, por ello, no puede aplicársele al expediente administrativo que lo resuelva la caducidad regulada en el artículo 44 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Valencia de 29 de enero de 2008**, I.L. J 797. Tampoco aprecia la excepción de caducidad la **STSJ de Valencia de 8 de mayo de 2008**, I.L. J 775, en una reclamación de diferencias en la prestación por incapacidad, al cambiar la calificación de IT por enfermedad común a IT por accidente de trabajo. El TSJ entiende que no se aplica el plazo de caducidad del artículo 44.2 de la LGSS previsto para supuestos de prestaciones pacíficamente admitidas, sino el plazo de prescripción del artículo 43 de la LGSS, por tratarse de una reclamación netamente prestacional y derivada de diferencias de origen controvertido.

B) Cosa juzgada

La **STS de 13 de julio de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1039, estima la excepción de cosa juzgada material del artículo 222 LEC, al señalar que la cuestión de la fijación de la base reguladora de la prestación de incapacidad había sido ya resuelta en el pleito precedente, cuyo debate procesal había estado centrado en la fijación del grado de incapacidad. Se señala que, al ser el grado de incapacidad y la base reguladora factores indisolublemente relacionados, no puede defenderse que la base reguladora de la prestación no haya sido juzgada en la sentencia que decidió sobre el grado de incapacidad. De otro lado, la **STSJ de Murcia de 5 de mayo de 2008**, I.L. J 835, declara la inexistencia de cosa juzgada respecto de la sentencia que había previamente declarado la nulidad del contrato de interinidad que unía a la trabajadora con la demandada (sociedad pública) y, en consecuencia, reconocía la existencia de una relación indefinida, que no fija, entre la trabajadora y la sociedad pública. La sentencia señala que la cosa juzgada requiere una identidad entre los hechos enjuiciados; y en este caso esa identidad no concurre, ya que la primera sentencia trataba de la extinción de un primer contrato de interinidad por cobertura de vacante, y en el presente proceso se suscita si el nuevo contrato de interinidad celebrado en cumplimiento de la citada sentencia se puede resolver por cobertura de la plaza vacante mediante un nuevo concurso. El Tribunal resuelve que la sentencia anterior reconocía una relación laboral indefinida que, por no ser fija, no obliga a la empresa a conceder a la demandante la vacante.

C) Litispendencia

Se aprecia por la **STS de 20 de mayo de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 879, la excepción de litispendencia por entender que existe identidad de las partes y en la causa de pedir. El Alto Tribunal resuelve que si bien la sentencia previa debía resolver mediante la modalidad de conflicto colectivo la aplicación e interpretación de un precepto de convenio colectivo, el proceso posterior se suscita como consecuencia de la puesta en práctica de dicho precepto del convenio colectivo, mediante la modalidad de tutela de la libertad sindical. El objeto del litigio, en definitiva, era en ambos casos la declaración de lesión de la libertad sindical mediante la misma cláusula del convenio colectivo. No aprecia, por el contrario, la excepción de litispendencia la **STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2008**, I.L. J 673, en la demanda entablada por los representantes de los trabajadores afiliados a CCOO, alegando vulneración de su libertad sindical. La empresa demandada alega la litispendencia “en sentido impropio o por conexión” respecto al pleito entablado por representantes de los trabajadores afiliados de UGT por las mismas razones. El TSJ desestima la excepción manifestando que concurre una manifiesta falta de identidad de las partes y que la estimación de la “litispendencia por conexión” implicaría apreciar la excepción en todo pleito en que se plantease una cuestión jurídica igual a una resuelta anteriormente vinculando a todos los demás tribunales.

D) Falta de legitimación activa

La **STS de 20 de junio de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 931, resuelve que el sindicato balear que impugnaba un precepto del convenio colectivo de ámbito estatal, tiene legitimación

XII. El Proceso Laboral

activa respecto de los trabajadores de la empresa en Baleares, aun a pesar de que el precepto cause efectos también en Canarias. Declara, por su parte, la falta de legitimación activa de un sindicato la **STS de 18 de septiembre de 2008**, Sala Tercera, I.L. J 1083. El fallo de la sentencia señala que la impugnación por parte del sindicato de una disposición sobre el proceso selectivo de admisión en la universidad no conecta singularmente con los derechos e intereses de los trabajadores. Cierto es que los sindicatos poseen una legitimación abstracta o genérica en la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores pero, en este caso, el TS estima que no se da la necesaria legitimación singular o específica para el proceso en concreto.

E) Prescripción

La **STSJ de Galicia de 9 de julio de 2008**, I.L. J 846, determina que el plazo de prescripción aplicable a la reclamación de daños y perjuicios formulada por el demandante por incumplir la empresa su obligación de formalizar un contrato laboral, es de un año conforme al artículo 59 del ET. Razona la sentencia que la promesa u oferta de contrato constituyen actos preparatorios de un futuro contrato laboral y, por tanto, quedan sujetos al Derecho Laboral, no siendo aplicable el artículo 1964 del CC. La **STS de 18 de julio de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 1060, resuelve favorablemente a las pretensiones de la empresa recurrente, al señalar que el plazo de prescripción aplicable a las acciones de impugnación de encuadramiento profesional producido por un cambio de convenio colectivo es el recogido en el artículo 59.2 del ET. De otro lado, la excepción de prescripción es desestimada por la **STS de 8 de julio de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 971. Con cita de sentencias anteriores, el TS declara que la interposición de un proceso colectivo interrumpe la prescripción respecto de las acciones individuales.

8. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Carga de la prueba

La **STC 47/2008, de 23 de junio** (recurso de amparo 4975/2006), I.L. J 605, analiza un recurso de amparo interpuesto por una trabajadora cuyo contrato temporal se había extinguido cuando se encontraba en situación de IT por razón de su embarazo. La sentencia de instancia estimó la demanda y declaró el despido nulo, mientras que la sentencia dictada en suplicación acoge el recurso de la empresa y revoca el fallo recaído en la instancia. El TC razona que “(...) es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de su concurrencia. Sólo una vez cumplida esta primera e inexcusable carga recaerá sobre la parte demandada la de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada (...)”. Y en este caso concreto estima el TC que, habiéndose acreditado la existencia de indicios de discriminación (se cumple pues el requisito de la carga de prueba indiciaria por parte de la demandante en amparo), no resulta sin embargo

acreditada por parte del Ayuntamiento demandado la existencia de causa fundada y real que permita destruir la apariencia discriminatoria a los efectos de llegar a la conclusión de que la medida empresarial era completamente ajena a un móvil atentatorio del derecho fundamental. Por su parte, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de mayo de 2008**, I.L. J 774, analiza también un supuesto en el que se exige la aportación de prueba indiciaria al demandante, al alegar éste vulneración de su garantía de indemnidad, concluyéndose la inexistencia de indicios de las conductas lesivas alegadas por el trabajador y, en consecuencia, la no inversión de la carga de la prueba. De otro lado, los requisitos para desplazar al empresario el *onus probandi* son también analizados en la **STS de 16 de julio de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 969, en un supuesto en el que se alegan indicios de discriminación, por razón de afiliación sindical, en la afectación de empleados a un expediente de regulación de empleo. En este supuesto se tienen por acreditados dos datos indiciarios de vulneración del derecho a la libertad sindical y, por ello, resulta obligada la inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la doctrina de TC sobre el desplazamiento al empresario del *onus probandi*: se precisa acreditar la existencia del indicio [de discriminación o de vulneración del derecho fundamental en cuestión] y no sólo la mera alegación o afirmación de la discriminación, para que proceda la inversión de la carga de la prueba.

B) Denegación de prueba

No puede practicarse prueba sobre hechos o alegaciones que no constan en el escrito de demanda y, en consecuencia, no son objeto del procedimiento. Ésta es la conclusión que alcanza la **STSJ de Madrid de 11 de junio de 2008**, I.L. J 785, que desestima un recurso de suplicación en el que se alega nulidad de actuaciones por haberse denegado en la instancia la práctica de prueba testifical sobre cuestiones no manifestadas en la demanda, rechazando igualmente el Juzgador *a quo* la protesta elevada.

C) Grabaciones. Prueba lícita

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de mayo de 2008**, I.L. J 774, entre otras cuestiones, declara la validez y admisibilidad en Derecho de una prueba consistente en la grabación de las conversaciones mantenidas por el actor con la administradora de la empresa demandada, y ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 299.2 de la LEC y la doctrina del TC (STC 114/1984, de 29 de noviembre) al haber sido parte el propio interesado en las citadas conversaciones.

9. SENTENCIA

A) Motivación

Resulta interesante la **STSJ de Valencia de 8 de mayo de 2008**, I.L. J 777, por cuanto recoge la doctrina del TC –con cita de varias de sus sentencias– sobre la necesidad de

XII. El Proceso Laboral

motivar las resoluciones judiciales. Entre otras cuestiones, se pone de manifiesto que el requisito de motivación halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso de argumentación que resulta en el fallo correspondiente, permitir contrastar la razonabilidad de la resolución y controlar la aplicación del Derecho por los órganos judiciales. De otro lado, señala la sentencia que el TC también se ha pronunciado sobre que la suficiencia de motivación ha de determinarse caso por caso y no de forma apriorística con criterios generales. Por último, se señala que esa necesaria motivación no implica que deba hacerse un razonamiento exhaustivo sobre todos y cada uno de los aspectos suscitados en el litigio, bastando con que se conozcan los motivos que fundamentan la decisión, pese a lo conciso del razonamiento.

B) Incongruencia

La STS de 30 de junio de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 946, declara la nulidad de la sentencia dictada en instancia por el Tribunal Superior de Justicia correspondiente, al determinar que ésta ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. Y el TS llega a dicha conclusión por cuanto la sentencia impugnada no trata en modo alguno una de las alegaciones en la que los demandantes fundamentaban su pretensión (vulneración del derecho de huelga): la sentencia de instancia no recoge ningún hecho probado referido a esa específica alegación, ni dedica análisis, argumento o consideración alguna al respecto en sus fundamentos de derecho. En palabras del TS “(...) Cuando la falta de alusión o referencia a la cuestión de que se trata es de carácter tan extremo y absoluto, como acontece en la sentencia impugnada en este recurso, no cabe, de ningún modo, interpretar tal silencio como una desestimación tácita, siendo palmaria la existencia de incongruencia omisiva (...)”.

10. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Limitación

La STSJ de Extremadura de 4 de marzo de 2008, I.L. J 662, señala claramente que el devengo de los salarios de tramitación no puede quedar limitado a la fecha en que se realiza el depósito judicial en un supuesto en el que la cuantía de dicho depósito lo fue, no por el concepto de indemnización por despido improcedente, sino por el de saldo y finiquito por todos los conceptos.

B) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización

El impacto del ejercicio de opciones sobre acciones es analizado por el Tribunal Supremo a los efectos de decidir si procede o no el devengo de salarios de tramitación, habida cuenta de la correcta o incorrecta consignación judicial de la indemnización por despido improcedente. A este respecto, la STS de 6 de mayo de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 599, declara que hubo error excusable (en contraposición al error inexcusable o negligente) en un supuesto en el que al calcular la indemnización por despido no se incluyó la ganancia obtenida por el ejercicio de unas opciones sobre acciones que fue-

ron ejercitadas tras conocer el trabajador que iba a ser despedido, y cuya realización se materializó el día posterior al despido. A mayor abundamiento, en el supuesto analizado, tras la correspondiente consignación judicial de la indemnización, la empresa realizó con posterioridad otra consignación adicional *ad cautelam* para cubrir la supuesta diferencia cuantitativa operada como consecuencia del beneficio obtenido por esas opciones sobre acciones. Es por todo ello que el TS considera que la empresa actuó de forma diligente y atenta, de forma que su error sólo puede ser considerado de excusable y, en consecuencia, la exonera de abonar salarios de tramitación al demandante. No es error excusable a los efectos de eximir del pago de salarios de tramitación, haber depositado una indemnización muy inferior a la que se adeudaba, al no haber tenido en cuenta la empresa los sucesivos contratos temporales suscritos entre el demandante y una ETT previos a la contratación directa por la empresa. Y ello es así por cuanto no se ha acreditado causa alguna que justifique la temporalidad de los contratos, debiendo concluirse la existencia de fraude en la contratación. Así lo declara la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de enero de 2008, I.L. J 791.

11. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Afectación general

La STS de 20 de mayo de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 611, sintetiza la doctrina del TS en relación con la afectación general, señalando que el requisito de la afectación general se cumple cuando: (i) sea notoria; (ii) haya sido alegada y probada en el juicio, y (iii) el asunto posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes. Asimismo, afirma que a tales efectos no es necesaria la previa alegación y la probanza en juicio cuando se trate de hechos notorios o cuando el asunto posea claramente un contenido de generalidad no discutido por ninguna de las partes.

b) Cuantía litigiosa

La STS de 30 de septiembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 899, afirma que cuando se ejerciten acciones sin contenido dinerario directo e inmediato, para fijar su valor cuantitativo ha de estarse a los “(...) efectos económicos normales del agente generador, o dicho de otra manera, a los efectos económicos que puede alcanzar el cumplimiento de la declaración (...)”, y debe recurrirse cuando fuera preciso a la técnica de la “anualización” de ese importe, que es también la técnica que rige en materia de Seguridad Social. En el caso concreto analizado por esta sentencia, se concluye que no debe admitirse el recurso de suplicación cuando el objeto del procedimiento judicial es el reconocimiento del derecho a disfrutar de cinco días adicionales de vacaciones, pretensión que “(...) no alcanza el límite mínimo que establece el artículo 189 LPL para el acceso al recurso de suplicación (...)”.

XII. El Proceso Laboral

B) Anuncio. Condena en materia de prestación por desempleo

De conformidad con el artículo 192.4 de la LPL, la Entidad condenada al pago de una prestación de la Seguridad Social deberá presentar, en el momento del anuncio del recurso de suplicación, certificación acreditativa de que comienza su abono y que lo proseguirá durante el trámite del recurso. En el caso de que dicha obligación procesal se omitiese, el Juzgado de lo Social deberá advertir de tal defecto para que se subsane. Así lo declara la STSJ de La Rioja de 15 de abril de 2008, I.L. J 765, en una reclamación de prestaciones contributivas por desempleo en la modalidad de pago único.

C) Cuestión nueva

La STSJ de Galicia de 25 de febrero de 2008, I.L. J 695, declara que no se puede analizar en sede de suplicación una cuestión nueva no planteada en la instancia, ya que la naturaleza extraordinaria y revisora del recurso de suplicación requiere, para evitar convertirlo en una segunda instancia, que las infracciones alegadas en él hayan de guardar conexión con las formuladas en la demanda y contestación.

12. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Falta de contenido casacional

La STS de 23 de julio de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1062, declara la inexistencia de interés casacional en unificación de doctrina, por ser la decisión de la sentencia recurrida coincidente con la doctrina de la Sala, respecto de la posibilidad de que los convenios colectivos establezcan, sobre la jornada ordinaria, horas complementarias, excluyéndolas del régimen retributivo de las horas extraordinarias. En ese mismo sentido se pronuncia la STS de 22 de julio de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1007.

B) Imposibilidad de revisar hechos probados

Declara la STS de 17 de junio de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 727, que la finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible revisar los hechos probados de la sentencia recurrida, ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba.

C) Contradicción

La STS de 10 de junio de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 625, afirma que el requisito de la contradicción a que se refiere el artículo 217 de la LPL no consiste en una comparación abstracta de doctrinas, sino en una oposición de pronunciamientos concretos sobre el mismo objeto, con diversidad de respuestas judiciales ante controversias sustancialmente iguales.

D) Sentencia de contraste. Firmeza

La STS de 18 de junio de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 623, señala que las sentencia de contrate han de tener la condición de firmes, y que dicha firmeza ha de haberse producido antes de la publicación de la sentencia recurrida.

E) Escrito de preparación

Resumiendo la doctrina jurisprudencial en la materia, la STS de 23 de julio de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1061, señala que conforme a lo previsto en el artículo 219.2 de la LPL, el escrito de preparación del recurso ha de exponer el núcleo básico de la contradicción. La Sala ha definido dicho requisito como la determinación del objeto y sentido de la divergencia entre las resoluciones comparadas, citando las sentencias concretas que se tienen por contradictorias. El incumplimiento de estas exigencias constituye un defecto procesal insubsanable.

F) Escrito de interposición

En la STS de 26 de junio de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 905, se declara que el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina debe contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada. La parte recurrente debe establecer la identidad de los supuestos a partir de los que afirma la existencia de contradicción, mediante un examen que sea suficiente para ofrecer a la parte recurrida y a la Sala los términos en que el recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos, lo que exige una comparación de los hechos de las sentencias, de sus fundamentos y del objeto de las pretensiones.

G) Infracción de ley

La STS de 26 de junio de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 905, señala que la exigencia de alegar de forma expresa y clara la concreta infracción legal que se denuncia, no se cumple con sólo indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que además es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia.

13. RECURSO DE CASACIÓN. INFRACCIÓN DE LEY

De conformidad con el artículo 222 de la LPL, la STS de 22 de septiembre de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 1080, desestima el recurso de casación por no cumplir con la exigencia de alegar de forma expresa y clara la concreta infracción legal que se denuncia. En concreto, se señala que en el desarrollo del motivo del recurso, en el que se denuncian como infringidos una serie de preceptos legales, no existe mención alguna o razonamiento

XII. El Proceso Laboral

mínimamente suficiente acerca de cómo, en qué sentido o por qué se vulnera cada uno de los preceptos citados. En ese mismo sentido, se pronuncia la STS de 18 de junio de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 981.

14. RECURSO DE REVISIÓN

A) Resoluciones recurribles. Autos

Resulta interesante la STS de 8 de julio de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 973, en la cual el TS recuerda que, si bien las Salas Cuarta y Primera del TS han venido interpretando el artículo 509 de la LEC en el sentido de que dicho precepto se refiere a la revisión de una sentencia firme, y por ende, solamente este tipo de resoluciones son susceptibles de ser atacadas a través del recurso de revisión, existe algún caso excepcional en el que se admite y estima la pretensión de revisión de un auto firme por considerarse que el derecho a la tutela judicial efectiva había sido vulnerado de manera latente.

B) Maquinación fraudulenta

La STS de 8 de julio de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 973, señala que no es incardinable en el apartado 4º del artículo 510 de la LEC, como motivo de revisión, la conducta que el demandante atribuye al Juez; la jurisprudencia de la Sala ha considerado siempre que la maquinación es una conducta de la parte que injustamente ganó la sentencia y en ningún modo atribuible al juzgador que la dictó.

15. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. AMPLIACIÓN A TERCEROS

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 11 de febrero de 2008, I.L. J 802, afirma que no resulta ajustado a derecho que, una vez devenida firme la sentencia y ya en trámite de ejecución, se pretenda la ampliación de ésta frente a terceros en base a argumentos extemporáneamente articulados, ya que dicha posible extensión de la responsabilidad debió hacerse valer por el ejecutante en la instancia. Por lo tanto, la extensión de la ejecución a otra empresa perteneciente al mismo grupo empresarial no puede llevarse a cabo con posterioridad como incidente dentro de la ejecución, sino que es necesario iniciar un nuevo proceso declarativo para constituir un nuevo título ejecutivo.

16. COSTAS. BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA

El Servicio Canario de Salud interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, al entender que el beneficio de justicia gratuita del que gozan las entidades gestoras de la Seguridad Social, debe aplicarse también a los organismos de las Comunidades Autónomas que han asumido en el territorio de éstas la gestión de la asistencia sanitaria de la

Seguridad Social. La STS de 10 de julio de 2008, Sala Cuarta, I.L. J 964, estima el recurso, pues aun cuando es cierto que dicho Servicio no figura como Entidad Gestora de la Seguridad Social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de la LGSS, no es menos cierto que, por virtud de las transferencias de la gestión de la prestación sanitaria desde el antiguo Instituto Nacional de la Salud a las distintas Comunidades Autónomas, los diferentes Servicios de Salud han recibido por vía de traspaso los mismos bienes, personas y cometidos que antes desarrollaba el indicado Instituto y, por ello, han pasado aquéllos a ocupar, a nivel de cada Comunidad Autónoma, el mismo lugar que el INSALUD tenía reconocido con anterioridad a nivel estatal.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

LEIRE HERNANDO SUÁREZ

ROSAURA IBÁÑEZ MARTÍNEZ

INÉS RÍOS GARCÍA

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Sumario

Consideración preliminar. 1. El atraco como riesgo laboral. 2. La prevención de patologías psíquicas. 3. Responsabilidad civil en materia de siniestralidad laboral. A) Sistema de valoración del daño. B) Quantum indemnizatorio: compatibilidad y complementariedad de los conceptos indemnizatorios. C) Inexistencia de responsabilidad solidaria de la empresa principal. D) Responsabilidad empresarial por actos de negligencia del trabajador. **4. Expediente administrativo de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.** A) No suspensión del expediente administrativo por existencia de un procedimiento administrativo. B) Omisión del trámite de audiencia a la empresa. C) No caducidad del expediente por resolución tardía. **5. Recargo de prestaciones.** A) Falta de medidas de seguridad: existencia de infracción. B) Imprudencia no temeraria del trabajador e imprudencia profesional. C) Empresario infractor: responsabilidad solidaria de la empresa principal y subcontratada. D) Inexistencia de responsabilidad de la empresa principal. E) Determinación del porcentaje de recargo. **6. Violación de la libertad sindical por no permitir al delegado de prevención de riesgos laborales el acceso a la empresa.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica jurisprudencial se ofrece una sucinta referencia de las sentencias relativas a la seguridad y salud laboral, publicadas en los números 5 (octubre de 2008), 6 (octubre de 2008), 7 (noviembre de 2008) y 8 (diciembre de 2008) de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia.

Destaca por su interés el pronunciamiento dictado por el Tribunal Supremo el 25 de junio de 2008, a propósito de un conflicto colectivo planteado por la Confederación Sindical Independiente de Cajas de Ahorro contra el Servicio de Prevención Mancomunado de las Cajas de Ahorros, sobre la consideración del atraco como riesgo laboral, justificando la

obligación de las empresas de evaluar este riesgo y de adoptar las medidas preventivas y correctoras correspondientes. Junto a ello son dignas de mención la Sentencia del TSJ del País Vasco de 4 de marzo de 2008, que proclama la procedencia del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en un supuesto de patología psíquica y síndrome depresivo generado en la trabajadora por determinadas decisiones arbitrarias adoptadas por su superior jerárquico, así como la Sentencia del TSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 11 de febrero de 2008, que reconoce la existencia de la lesión de la libertad sindical por impedir a un delegado de prevención el acceso al centro de trabajo.

Por lo demás, se repiten con algunos matices los habituales posicionamientos en lo que se refiere a la determinación del *quantum* indemnizatorio de la responsabilidad civil y en cuanto a los elementos configuradores del recargo de prestaciones y las cuestiones relativas al expediente administrativo del recargo y su caducidad, sin más aditamento que la aplicación singularizada al caso de la doctrina establecida.

1. EL ATRACO COMO RIESGO LABORAL

Como ya se ha hecho notar, la **STS de 25 de junio de 2008**, Sala de lo Social, I.L. J 998, resuelve el conflicto colectivo promovido por la Confederación Sindical Independiente de Cajas de Ahorro (CSICA) contra el Servicio de Prevención Mancomunado declarando que el “atracó a una entidad bancaria tiene el carácter de riesgo laboral”, y confirmando, con ello, el pronunciamiento efectuado en tal sentido por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. El Alto Tribunal rechaza la tesis sostenida por el representante de las Cajas de Ahorros de que el atraco no puede considerarse riesgo laboral por tratarse de un riesgo social, universal, desconectado del trabajo, que no tiene su causa o motivación en el trabajo. El TS entiende que existe una causalidad, si no directa, sí indirecta entre el trabajo y el daño sufrido por el trabajador a consecuencia del atraco a una sucursal de una Caja de Ahorros, pues “si bien es cierto que cualquier persona puede sufrir un robo en las más diversas circunstancias –caminando por la calle, encontrándose en el domicilio, estando parada en un semáforo...– no es menos cierto que el lugar donde presta servicios –la oficina de la Caja de Ahorros– sufre de forma frecuente, con mucha mayor probabilidad que en otros lugares, y, en ocasiones con una violencia extrema, atracos durante las horas en que permanece abierta al público, concurriendo circunstancias que agravan el riesgo”. Ello, unido a que el empresario debe garantizar la seguridad y salud laboral de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo como señala el artículo 14.2 LPRL, inclusive la violencia que otras personas puedan ejercer contra el personal, le lleva al Tribunal a dar favorable acogida a la petición del sindicato de que en la evaluación de riesgos laborales se incluya el atraco como un riesgo laboral y sea tenido en cuenta en el Plan de Prevención y en el Plan de Emergencia, impartiendo a los trabajadores los oportunos cursos de formación frente al riesgo de atraco y facilitando a los representantes legales y sindicales y delegados de prevención la información precisa en relación con los atracos.

2. LA PREVENCIÓN DE PATOLOGÍAS PSÍQUICAS

Sobre la obligación de prevenir los riesgos psicológicos y sociales, han recaído dos sentencias de signo contrario. La STSJ del País Vasco de 4 de marzo de 2008, Sala de lo Social, I.L. J 588, declara la responsabilidad por recargo de la empresa por no haber dado satisfacción adecuada a la situación de ansiedad que se había producido por la situación de conflicto generada entre la trabajadora y su superiora, toda vez que la empresa dio la llamada por respuesta al hecho de la suspensión del contrato por IT y a las posteriores reclamaciones de la trabajadora. Sin embargo, en otra STSJ del País Vasco de 4 de marzo de 2008, I.L. J 585, de la misma Sala, se exonera de responsabilidad en materia de recargo a la empresa por considerar que, aun existiendo evaluación de riesgos de carácter psicosocial en el lugar de trabajo –lo que no consta–, su existencia no hubiera evitado los procesos de IT por ansiedad sufridos por el demandante.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE SINIESTRALIDAD LABORAL

A) Sistema de valoración de daños

En la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de marzo de 2008, I.L. J 699, se declara que la norma que establece el sistema de valoración de daños en los accidentes de tráfico “no es aplicable a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, no estando obligado el órgano judicial a acudir a la misma para la tasación del resarcimiento por responsabilidad civil en materia de siniestralidad laboral. En consecuencia, a falta de un sistema de valoración de daños de obligatoria aplicación, el órgano judicial puede optar por cualquier criterio que esté suficientemente fundamentado, siendo ese criterio susceptible de revisión siempre que el mismo se aplique de forma incorrecta, o bien sea arbitrario o desproporcionado” .

No obstante, la STSJ del País Vasco de 4 de marzo de 2008, I.L. J 589, siguiendo el criterio marcado por el TS en las Sentencias de 17 de julio de 2007, insiste en que resulta aconsejable seguir los criterios del Baremo aprobado para fijar la responsabilidad civil en accidentes de circulación de vehículos de motor.

B) *Quantum* indemnizatorio: compatibilidad y complementariedad de los conceptos indemnizatorios

En la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de mayo de 2008, I.L. J 773, se aplica la doctrina de la compatibilidad de las indemnizaciones y su acumulación con el límite del enriquecimiento injusto, afirmándose que “como la finalidad de las indemnizaciones es reparar y no enriquecer, una cosa es que el perjudicado pueda ejercer todas las acciones a su alcance para obtener la adecuada compensación de los daños sufridos (acumulación de acciones) y otra muy distinta que las compensaciones que reciba por el ejercicio de esas acciones puedan aumentar su patrimonio más allá del daño sufrido (acumulación de indemnizaciones)” .

En lo que se refiere a la concreta incidencia de las prestaciones de Seguridad Social en la reparación íntegra del daño causado por el accidente de trabajo, se indica en la referida sentencia que “para la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios de toda índole derivados de un AT, deben detraerse o computarse las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de la Seguridad Social, en especial cuando se deba determinar el importe de los perjuicios afectantes al ámbito profesional o laboral del accidentado”. Ahora bien, se matiza en el sentido de que no se puede deducir el capital/coste de las prestaciones de Seguridad Social si previamente no se ha capitalizado el lucro cesante o cuando se ha calculado la suma indemnizatoria conforme al sistema tasado de valoración de los accidentes de circulación (RD Leg 8/2004), pues con tal proceder se restaría de un concepto (indemnización por daño corporal y moral) el importe de otro de diferente naturaleza y plena compatibilidad (indemnización del lucro cesante).

C) Inexistencia de responsabilidad solidaria de la empresa principal

En la STSJ de Galicia de 28 de marzo de 2008, I.L. J 700, se rechaza la extensión a la empresa principal –una Estación de Servicio– de la responsabilidad del accidente ocurrido cuando un operario de la empresa auxiliar, al realizar labores de limpieza y desgaseificación de los depósitos de combustible, provocó una chispa que hizo deflagar la nube de gases que se había formado resultando quemado el trabajador. El órgano judicial entiende que las tareas de desgaseificación, limpieza y prueba de estanquidad de los depósitos de combustible de la gasolinera contratados por la Estación de Servicio con la empresa auxiliar no forman parte del proceso productivo ordinario o normal de este tipo de empresas, ni por la naturaleza del citado quehacer, ni tampoco por la posibilidad de su ejecución por el empresario principal.

D) Responsabilidad empresarial por actos de negligencia del trabajador

La STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de enero de 2008, I.L. J 787, culpa también a la empresa con la que subcontrató el servicio de transporte la empresa usuaria de las consecuencias del accidente ocurrido cuando el conductor del camión propiedad de la empresa subcontratada lo arrancó y puso en movimiento sin haber finalizado las labores de descarga que estaban teniendo en su interior, provocando la caída de la maquinaria que se sustentaba en el camión. Razona la Sala que la “negligencia del conductor a su servicio fue la causa inmediata del accidente y la responsabilidad en el mismo de la mencionada empresa deriva del artículo 1903 CC, responsabilidad que se construye de forma cuasi objetiva sobre la culpa del dependiente, la relación jerárquica del empresario sobre éste y la debida relación de causalidad entre la negligencia del dependiente y el daño”.

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

4. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) No suspensión del expediente administrativo por existencia de un procedimiento administrativo

La STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de enero de 2008, I.L. J 793, considera que en ningún caso cabe extraer del artículo 45.2 del RD Leg 5/2000, de 2 de agosto, posibilidad de suspensión del expediente administrativo sobre recargo de prestaciones por la existencia de un procedimiento contencioso-administrativo en el que se impugne una sanción de tal clase en materia de prevención de riesgos laborales, del mismo modo que tampoco se suspende el expediente administrativo de recargo cuando los hechos determinantes del accidente de trabajo son objeto de investigación en proceso penal pendiente.

B) Omisión del trámite de audiencia a la empresa

La STS de 28 de mayo de 2008, I.L. J 888, analiza en unificación de doctrina la cuestión relativa a la posible indefensión originada por la omisión del trámite de audiencia a la empresa durante la tramitación del expediente de recargo de prestaciones. El órgano judicial descarta la vulneración del derecho a la tutela judicial porque el derecho que reconoce el artículo 24 de la Constitución se refiere, en principio, al proceso judicial y no al procedimiento administrativo y porque tal omisión no ha tenido relevancia alguna, toda vez que las empresas recurrentes tuvieron conocimiento de la iniciación del expediente de recargo por falta de medidas de seguridad y pudieron formular alegaciones tanto en su oposición a la reclamación previa del trabajador como luego en la propia reclamación previa interpuesta por la recurrente, aportando cuantos documentos y justificantes considerase convenientes.

C) No caducidad del expediente administrativo por resolución tardía

Nuevos pronunciamientos del Tribunal Supremo (SSTS de 20 de junio de 2008, I.L. J 653 y de 17 de julio de 2008, I.L. J 957) vuelven a reiterar que en los expedientes administrativos por recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad no opera la caducidad del expediente por el mero transcurso de los 135 días previstos en el artículo 14.3 de la Orden Ministerial 18 de enero de 1996. No es aplicable el número 2 del párrafo primero del artículo 44 de la LRJAP, –según el cual en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad cuando haya vencido el plazo máximo sin que se haya dictado y notificado resolución, ordenándose el archivo– porque “el recargo no implica, con independencia de su finalidad, la imposición de una sanción al empresario infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o de sus beneficiarios”. Lo que significa que el efecto de la falta de resolución en plazo, únicamente es la de entender desestimada la petición de imposición del recargo, sin que suponga que al interesado se le cierra la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional. En el mismo sentido se han pronunciado también la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de marzo de 2008, I.L. J 697, STSJ de Valencia de 29 de enero de 2008, I.L. J 797 y STSJ de Cataluña de 17 de abril de 2008, I.L. J 820.

5. RECARGO DE PRESTACIONES

A) Falta de medidas de seguridad: existencia de infracción

Se aprecia infracción de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en las siguientes circunstancias:

– Por ausencia de las necesarias garantías de ejecución, en un accidente ocurrido en un trabajo en una autopista cuando el trabajador bajaba por una parrilla metálica con la que se construía una pila de hormigón de un puente, cayendo desde ésta al suelo, quedándose sentado en el suelo con una de las piernas metida en una arqueta, fracturándose el escafoide y sufriendo una contusión lumbar. Se declara probado que el trabajador tan sólo disponía de un cinturón de seguridad que tenía que enganchar y desenganchar conforme realizaba la operación de subida y bajada por la armadura metálica (de 10, 60 metros de altura), no disponiendo de ningún sistema anticaída que le protegiera en los momentos en los que obligatoriamente no disponía de punto de amarre (STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de enero de 2008, I.L. J 793).

– Por falta de formación al trabajador y por falta de equipamiento adecuado de la máquina, en un accidente sufrido por un trabajador cuando, con desconocimiento de sus superiores, cogió la carretilla Still dirigiéndose fuera del centro de trabajo, y circulando con ella de forma incorrecta por una pendiente, volcó la parrilla, aplastando su mano derecha que resultó con lesiones graves en los dedos 2º y 5º al presentar fracturas abiertas en la totalidad de los dedos. Se estima que hubo omisión de medidas de seguridad por no formar al trabajador en el manejo de la carretilla elevadora que por su trabajo debía emplear y por carecer la carretilla del equipamiento adecuado, puesto que no tenía una estructura que impidiera el vuelco ni una cabina para el conductor (STSJ del País Vasco de 22 de enero de 2008, I.L. J 655).

– Por carecer el equipo de trabajo de un dispositivo de control de averías, lo que motivó que se produjera el accidente al fallar los mecanismos de seguridad por avería eléctrica, quedando atrapada la mano del trabajador por la prensa, provocándole la amputación del segundo dedo (STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2008, I.L. J 687).

– Por dejar el cableado al descubierto, produciéndose un cortocircuito al agarrar la manguera eléctrica con la consiguiente descarga eléctrica (STSJ del País Vasco de 17 de marzo de 2008, I.L. J 816).

– Por omisión de las medidas de seguridad para trabajos en altura en un accidente ocurrido al caer el trabajador desde un andamio y altura de 9,5 metros que no contaba con barandillas, plataformas o redes de seguridad (STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de marzo de 2008, I.L. J 697).

– Por exposición a un agente químico nocivo (la azodicarbonamida) a lo largo de la vida laboral del trabajador, lo que desencadenó a relativa temprana edad una situación de asma profesional y de imposibilidad de ocupación (STSJ del País Vasco de 1 de abril de 2008, I.L. J 857).

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

– Por no disponer de un pulsador de parada de emergencia en el lugar donde el trabajador se accidentó y por carecer la máquina del dispositivo de seguridad necesario; en concreto, la falta de una rejilla como la colocada después del accidente que hubiera evitado el acceso de la mano del trabajador al elemento móvil de la máquina que le atrapó (STSJ de La Rioja de 15 de abril de 2008, I.L. J 763).

– Por no contemplar el riesgo de sepultamiento en la fase de excavación de la zanja y construcción de cimentaciones, produciéndose el accidente por un desprendimiento de tierras ocurrido al hallarse el trabajador efectuando la colocación de los bloques de hormigón en la zanja (STSJ de Cataluña de 17 de abril de 2008, I.L. J 820).

B) Imprudencia no temeraria del trabajador e imprudencia profesional

Sobre los efectos de la concurrencia de culpas del trabajador, dos sentencias recaídas sobre tal materia inculpan a las empresas de la responsabilidad de recargo de prestaciones, pese a la participación del trabajador en los hechos. Así la STSJ de Valencia de 29 de enero de 2008, I.L. J 797, entiende que si bien hubo una acción imprudente del trabajador al intentar parar la máquina cogiendo el eje de la lijadora con la mano enguantada por un guante de goma y no de fieltro, la imprudencia profesional del trabajador o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene, en el supuesto, entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción de la empresa, que debe prever la imprudencia temeraria que pudiera cometer el trabajador. También la STSJ del País Vasco de 17 de marzo de 2008, I.L. J 816, considera que resulta irrelevante el comportamiento del trabajador de no utilización de los guantes en el accidente sufrido al tocar el cable eléctrico, toda vez que la causa del accidente fue que el cableado de la máquina pulidora había quedado al descubierto y uno de los cables con tensión eléctrica.

C) Empresario infractor: responsabilidad solidaria de la empresa principal y subcontratada

A propósito de la definición del término “empresario infractor” se declara en la STSJ de Cataluña de 11 de abril de 2008, I.L. J 711, siguiendo la doctrina del TS de 25 de mayo de 2005, 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 del hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene; lo decisivo es, pues, que “el trabajo se desarrolle (...) bajo el control y la inspección de la empresa principal”. En el supuesto analizado, el Tribunal declara, con base en dicha doctrina, la responsabilidad solidaria de la empresa principal, pues el accidente se produjo en presencia del encargado de la empresa principal que estaba supervisando su ejecución.

Asimismo, se declara la responsabilidad solidaria de la empresa principal en el supuesto estudiado por la STSJ de Cataluña de 17 de abril de 2008, I.L. J 820, de accidente sufrido por un trabajador de la empresa contratista como consecuencia de un desprendimiento de tierras ocurrido durante los trabajos de construcción, en el fondo de una zanja de dos metros y medio de alzada, de unos depósitos, al no disponer la zanja de protección por entibación. El órgano judicial condena solidariamente a la empresa principal (Repsol Butano, SA) porque

se había reservado la superior dirección y control de la obra en todos sus detalles, habiendo elaborado incluso un plan de seguridad, y por cuanto la obra formaba parte de su propia actividad como empresa, pues “la instalación y suministro de gas propano requiere necesariamente la previa realización de unas obras sin las cuales tal actividad no podría realizarse”.

D) Inexistencia de responsabilidad de la empresa principal

La STS de 14 de mayo de 2008, I.L. J 609, exonera de responsabilidad en cuanto al pago del recargo a una empresa, dedicada a la fabricación de plástico que había subcontratado con otra empresa la realización de la instalación eléctrica para proceder a la reconstrucción de la fábrica tras un incendio, y en la que un trabajador de la empresa subcontratista sufrió un accidente al precipitarse al vacío desde una altura aproximada de siete metros. La sentencia condena sólo a la empresa subcontratista, al ser la actividad de éstas distinta.

E) Determinación del porcentaje de recargo

Si bien en el artículo 123 LGSS no existen criterios precisos de atribución del porcentaje, los Tribunales atienden al elemento de la gravedad, que es el único indicador de concreción que aparece mencionado en la norma. Así la STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2008, I.L. J 687, indica que “el porcentaje de recargo debe ser proporcional a la gravedad de la falta”.

La STSJ del País Vasco de 17 de marzo de 2008, I.L. J 816, reitera, por su parte, que la gravedad de la falta es el factor fundamental para la determinación del porcentaje de recargo, para lo cual se debe tener en cuenta –como tiene declarado la Sala en sentencias anteriores (entre otras, la de 16 de enero de 2007, I.L. J 983)– los tres elementos siguientes: a) mayor o menor posibilidad de accidente; 2) mayor o menor gravedad previsible de sus consecuencias para el trabajador, y 3) mayor o menor déficit de medidas destinadas a impedirlo.

5. VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL POR NO PERMITIR AL DELEGADO DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EL ACCESO A LA EMPRESA

En la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 11 de febrero de 2008, I.L. J 801, se considera que la actitud de la empresa consistente en poner obstáculos o pretextos al delegado de prevención en su intento de acceder a la empresa con la finalidad de ejercitar las funciones que le son propias, es lesiva del derecho de libertad sindical, al suponer un obstáculo al libre ejercicio de las facultades de representación de los trabajadores.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

AAVV

Manual para la formación en prevención de riesgos laborales

[Lex Nova, 5ª ed., Valladolid, 2008, 428 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que ya alcanza su quinta edición, representa una trabajada obra práctica y técnica que ha conseguido constituirse en un instrumento adecuado para la primera formación en la compleja materia preventiva.

Los autores de esta obra, un excelente equipo de profesores universitarios de los Departamentos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de las Universidades de Granada, Jaén y Málaga, bajo la dirección del reconocido José Vida Soria (Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Granada), han sabido aportar todos sus conocimientos y experiencia para poder exponer, analizar e interpretar, intencionadamente desde un nivel básico, el nuevo ordenamiento normativo de la Prevención de Riesgos Laborales.

A lo largo de diez capítulos, este manual constituye una útil herramienta que no sólo se adapta a las prescripciones que para el desempeño de las funciones de nivel básico ha establecido el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, sino que, además, responde a los descriptores de la materia troncal "Seguridad en el Trabajo" de los Planes de Estudio de la Diplomatura en Relaciones Laborales.

Merece destacarse el perfecto modelo didáctico que ha seguido esta quinta edición en la que se resaltan las ideas principales para guiar la argumentación, se añaden resúmenes recordatorios de cada tema y se incluyen cuestionarios de autoevaluación. Además, esta inquestionable obra viene reforzada con diversos anexos, conformando, así, la vertiente práctica de este manual a la hora de abordar las diversas materias (primeros auxilios, plan de prevención, auditorias, formación, etc.).

Estamos, pues, ante la herramienta adecuada para ser utilizada por todos aquellos que deseen iniciarse en esta fundamental materia, suponiendo, también, una guía orientada tanto para el empleador o empresario como para los trabajadores.

En definitiva, ya el mero hecho de que haya alcanzado su quinta edición pone de manifiesto que nos encontramos ante un manual de una gran calidad práctica y muy valorado por los interesados.

AAVV

Las relaciones laborales en el sector de la construcción

[Lex Nova, 1ª ed., Valladolid, noviembre 2008, 565 páginas]

LEX NOVA

Las secuelas, cada vez más evidentes, que en los últimos tiempos ha generado el empeoramiento de la situación macroeconómica, están incidiendo de especial manera en el sector de la construcción, lo que hace de ésta una monografía indispensable para todas aquellas personas que estén interesadas en los devenires por los que atraviesa el sector, así como para aquellos que preten-

dan adquirir un mayor conocimiento de los distintos aspectos que engloba, y cómo éstos se están viendo afectados por los nuevos acontecimientos.

El grupo de investigación “Derecho del trabajo cambios productivos y nueva sociedad” de la Universidad Carlos III de Madrid, ha querido dotar al presente estudio de un marcado carácter práctico con el propósito de proporcionar al lector, de forma ágil, una visión minuciosa y de fácil comprensión de las relaciones laborales entre empresarios y trabajadores y de los cambios, novedades y problemas que se originan en su día a día, y demás aspectos encuadrados en un sector que tras el auge de los últimos años, se encuentra ahora en una delicada situación.

En cuanto a la sistemática de la obra, destacar que se ha llevado a cabo de una forma clara y concisa, dividiendo la materia en bloques bien definidos que serán después desglosados para atender de una forma más pormenorizada a todos los aspectos que engloba, otorgando así una imagen inicial apetecible para su uso.

El trabajo se inicia con un análisis económico, indiscutiblemente útil, al ser este un tema de máxima actualidad. Con dicho análisis lo que se pretende es estudiar algunos de los factores que desde la perspectiva del conjunto de la economía pueden ayudar a explicar el comportamiento del nivel de empleo. Posteriormente se centra en la negociación colectiva (tema muy a tener en cuenta debido a los numerosos expedientes de regulación de empleo que se están produciendo). Continúa la exposición afrontando aspectos más generales como son la retribución, las condiciones generales para la prestación de trabajo y con mayor concreción los siempre controvertidos temas de la contratación y la subcontratación y la seguridad y salud en el trabajo. Concluye el autor este análisis con una relación de los ámbitos que afectan a las reglas de participación de los trabajadores en las empresas del sector por medio de sus representantes, es decir, sindicatos, asociaciones de trabajadores, delegados sindicales, medios lícitos para su elección, etc.

En definitiva, esta obra resulta muy atractiva y de gran interés, no sólo porque en ella se abordan materias que afectan a un amplio sector de la población, sino porque a través de la misma se ha llevado a cabo un profundo estudio de conceptos, figuras e instituciones que permiten tener un mejor conocimiento de la situación por la que atraviesa el sector de la construcción.

M.A. MENÉNDEZ GONZÁLEZ

Manual para la formación de operadores de grúa torre

[Lex Nova, 11ª ed., Valladolid, octubre 2008, 334 páginas]

LEX-NOVA

La undécima edición del presente manual, que surge tras la excelente acogida de las ediciones precedentes, da respuesta a la demanda de formación referente a la actividad profesional de operador de grúa-torre, y su principal objetivo es contemplar todos los aspectos, tanto prácticos como teóricos, para obtener el carné habilitante para el ejercicio de dicha actividad. El gruista necesita una formación específica para el manejo de la máquina, esta condición es exigible no sólo por la Instrucción Técnica Complementaria MIE-AEM-2 sino también por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción y la Directiva de Máquinas CE.

Este libro, publicado con la colaboración de la Fundación Laboral de la Construcción del Principado de Asturias, desarrolla los conceptos técnicos y legales que tanto los gruistas veteranos, como los noveles y los aspirantes a serlo deben conocer y comprender para poder obtener el carné de operador de grúa-torre, obligatorio desde el 17 de octubre de 2006, y posteriormente utilizarlo de una manera profesional, responsable y segura.

Así, a lo largo de diez unidades, se conceptúan, describen y clasifican los tipos de grúas torre, se aportan conocimientos generales de electricidad, electromagnetismo y mecánica, se analizan los movimientos, mecanismos y dispositivos de seguridad, se estudian los diferentes sistemas de elevación y sujeción de cargas, asentamientos y estabilidad de las grúas torre así como sus elementos eléctricos dedicando su última unidad al estudio de la normativa fundamental que regula la seguridad en el trabajo con este tipo de maquinaria.

Esta obra está especialmente pensada para profesionales de la construcción y obras públicas, inspectores laborales, abogados laboristas y graduados sociales, entre otros. Cabe destacar, por último, el marcado carácter pedagógico de la monografía, pues contiene, al final de cada unidad, un cuestionario que permite autoevaluar el nivel de conocimiento adquirido, las soluciones a dichas pruebas de autoevaluación y bibliografía sobre la materia.

AAVV

Manual para la formación en medio ambiente

[Lex Nova, Valladolid, noviembre 2008, 808 páginas]

LEX NOVA

En los últimos años el medio ambiente ha sido una constante preocupación social y empresarial, y es utilizado como herramienta de eficacia y mejora de la competitividad. El cambio climático con sus diversos matices, forma parte en la actualidad de la agenda de todos los organismos internacionales y de los gobiernos de los países desarrollados.

Desde hace tiempo, la Unión Europea lucha por integrar la protección del medio ambiente en la política de sus Estados miembros y, para ello, han ido surgiendo diferentes Directivas, Decisiones y Reglamentos.

La creciente preocupación por la protección del medio ambiente, junto con el aumento

de la legislación en materia medioambiental, ha impulsado a la consideración de este factor en el ámbito empresarial de tal manera que aparece como un elemento a tener en cuenta en el desarrollo exitoso de cualquier empresa. Con este Manual se pretende contribuir a la formación del personal que en las empresas tiene que tomar decisiones técnicas y legales en relación con la gestión ambiental y participar con todos los grupos de interés –empresarios, técnicos consultores, administraciones públicas, ONGS y ciudadanos– en la sostenibilidad de nuestro planeta.

Esta monografía, a lo largo de diez bloques, realiza un análisis pormenorizado de la legislación medioambiental así como la forma de aplicarla en cada uno de los diferentes factores ambientales: aire, agua, ruido, suelo, etc., lo que le convierte en un manual práctico de trabajo y consulta para los responsables de medio ambiente de las diferentes organizaciones y empresas.

Se aborda a su vez el tema de la gestión y tratamiento de residuos haciendo mención a los distintos tratamientos físico-químicos y biológicos, a la incineración, reciclaje y compostaje, analizando, además, los diferentes métodos de gestión de residuos, sus ventajas e inconvenientes y el impacto que generan sobre el medio ambiente.

Asimismo, desarrolla los principios que permiten implantar un Sistema de Gestión Ambiental basado en las principales normas internacionales y aplicables a todo tipo de empresas y organizaciones, independientemente del sector al que pertenezcan, el número de empleados con los que cuenten o la actividad que desarrollen. Por último se hace referencia al ecodiseño que tiene como finalidad la obtención de productos más respetuosos con el medio ambiente a través de procesos de producción con menor impacto ambiental y a la llamada ecoetiqueta o etiqueta ecológica.

La experiencia y conocimientos de los profesionales de Bureau Veritas Formación, empresa que en ámbito del medio ambiente abarca desde la inspección de requisitos legales a la consultoría y certificación voluntaria de sistemas de gestión ambiental, convierten a este li-

bro en una herramienta muy útil para todo aquel que desee obtener una formación especializada en medio ambiente, así como para aquellos profesionales que quieran profundizar en los principios medioambientales, fundamentalmente en lo relativo a la gestión empresarial.

F.J. LLANEZA ÁLVAREZ

**Ergonomía y psicología aplicada.
Manual para la formación del especialista**

[Lex Nova, 12ª ed., Valladolid, enero 2009, 572 páginas]

LEX NOVA

Con la presente monografía, que ya alcanza su duodécima 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 preventivistas 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 doce 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 duodécima edición.

J.A. ESPESO SANTIAGO, F. FERNÁNDEZ ZAPICO, M. ESPESO EXÓSITO, B. FERNÁNDEZ MUÑOZ

**Seguridad en el trabajo.
Manual para la formación del especialista**

[Lex Nova, 12ª ed., Valladolid, enero 2008, 474 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que ya alcanza su duodécima edición, está dirigido hacia aquellas personas interesadas en ampliar sus conocimientos y especializarse en la rama de Seguridad en el Trabajo tras haber seguido el estudio oficial correspondiente a la parte obligatoria.

Asimismo, la obra constituye una óptima herramienta para ser utilizada por los técnicos en prevención de nivel superior dedicados a la disciplina de seguridad y por los técnicos proyectistas cuya función sea la de revisar lugares de trabajo, instalaciones o centros de empresa con el fin de adecuarlos a las pertinentes exigencias legislativas en la materia.

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. 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.

El estudio de estas profesiones no es hermético, es decir, no se cierra con la lista de actividades recogidas en los capítulos del libro, ya que muchas de las recomendaciones sugeridas para éstas son extrapolables a otras que tienen en común con las primeras equipamientos, puestos de trabajo, métodos profesionales, etc. Esto pone de relieve el amplísimo terreno abarcado por el contenido del manual.

Antes de entrar en cada materia concreta se ofrece al lector una breve, pero precisa, introducción para ponerlo en contacto con el tema que va a ser objeto de posterior estudio en las sucesivas páginas.

Las distintas cuestiones abordadas se ven complementadas, en algunos casos, con textos legales, recogidos de forma literal por razón de su importancia y cotidianidad en el uso que de ellos se hace en el ámbito preventivo.

En esta edición se incluye un CD-ROM que, además de recoger la normativa y la documentación complementaria y de posibilitar el acceso a la información que sobre la materia se recoge en www.lexnova.es/prevención, contiene las cuestiones de evaluación, donde el alumno con medios informáticos puede utilizar poniendo, de este modo, a prueba los conocimientos adquiridos, a lo que hay que añadir que en aras a seguir facilitando la realización del estudio en la materia, el autor inserta al final de cada tema un resumen a modo de recordatorio.

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 duodécima edición como

prueba del éxito conseguido dentro de un mercado tan complejo como el de la prevención de riesgos laborales.

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

