revista

# Justicia Laboral

**revista** de DERECHO del TRABAJO
y de la SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR
**Ignacio García-Perrote Escartín**

editorial
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.


## DIRECTOR


**Ignacio García-Perrote Escartín**

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Castilla-La Mancha. 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 2008


| | |
|---|---|
| EDICIÓN | EDITORIAL LEX NOVA, S.A.<br>General Solchaga, 3 47008 Valladolid |
| TELÉFONO | 902 457 038 |
| 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.

Justicia Laboral
REVISTA de DERECHO del TRABAJO y de la SEGURIDAD SOCIAL **Nº 36** NOVIEMBRE 2008

# Sumario:

## EDITORIAL:

[5] **La interesante evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de contratas y subcontratas y su conexión con los contratos temporales de obra o servicio**
IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

## DOCTRINA:

[13] **Nuevas formas de organización productiva y autonomía colectiva: sus recíprocas influencias**
AMPARO MERINO SEGOVIA

[35] **Descentralización productiva y responsabilidad del empresario principal. Una introducción crítica**
ELENA DESDENTADO DAROCA

[85] **¿Puede el legislador tratar igual a lo distinto? Igualdad y no discriminación en la indiferenciación**
PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI

## CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[111] **I.** FUENTES DEL DERECHO
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

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

[153] **III.** EMPRESARIO
JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

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

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

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

[237] **VIII.** NEGOCIACIÓN COLECTIVA
JAVIER GÁRATE CASTRO

[245] **IX.** SEGURIDAD SOCIAL
JULIA LÓPEZ LÓPEZ

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

[273] **XI.** ADMINISTRACIÓN LABORAL
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

[279] **XII.** EL PROCESO LABORAL
LOURDES MARTÍN FLÓREZ

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

[297] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

# Editorial

## LA INTERESANTE EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS Y SU CONEXIÓN CON LOS CONTRATOS TEMPORALES DE OBRA O SERVICIO

La adaptación de la empresa a un mundo de cambios cada vez más acelerados está dando lugar a un gran número de enfoques apadrinados por los más reputados gurús de la estrategia empresarial. Sin embargo, hay un paradigma común a la mayor parte de las teorías: la empresa debe concentrarse exclusivamente en aquellas actividades que constituyen la verdadera razón de su negocio. Debe, por tanto, centrar sus energías en un número relativamente reducido de tareas, en las que debe tratar de ser líder, externalizando aquellas no vitales para que sean, a su vez, desarrolladas por especialistas.

La anterior línea de actuación empresarial viene justificando en los últimos tiempos, dentro de la estructura empresarial de nuestro país y de los de nuestro más próximo entorno, un progresivo despegue de nuevos métodos de descentralización productiva (*outsourcing*, *spin off*, semilleros de empresas, etc.) que, unidas a las fórmulas clásicas ya consolidadas en numerosos sectores de actividad (construcción, limpieza, seguridad, etc.), ayudan a componer un panorama que tiende a la desagregación empresarial con el declarado objetivo, como antes apuntábamos, de alcanzar una mayor funcionalidad y eficiencia de las unidades productivas buscando consolidar una más firme posición competitiva en el mercado. No obstante, tanto las nuevas como las ya consolidadas fórmulas empresariales producen un importante impacto sobre las relaciones laborales del sector donde tal realidad se asienta. Las necesidades de trabajo en las empresas contratistas aparecen condicionadas por los sucesivos contratos mercantiles, y no sólo por lo que a la propia actividad de aquéllas se refiere sino, sobre todo, en relación al volumen de trabajo necesario. La proyección de tales necesidades sobre el campo contractual viene planteando especiales problemas cuando las exigencias organizativas empresariales y las limitaciones jurídicas se unen.

Una cuestión que ha suscitado un importante volumen de pronunciamientos judiciales de distinto signo es la de la validez de las cláusulas incluidas en los contratos de obra o servicio, identificando su duración con la de la prestación de servicios mercantiles a otra empresa en régimen de contrata. Como es sabido y antes anunciábamos, en ciertos sectores de actividad existen empresas cuya actividad se centra exclusivamente en la prestación de servicios para otras entidades, lo que conforma el supuesto más clásico de descentraliza-

ción productiva. Para este tipo de empresas de servicios, su necesidad de mano de obra se encuentra, por ello, absolutamente condicionada por el volumen de encargos exteriores actuales, y cualquier variación sobre éstos repercute en la adecuación entre tamaño de plantilla y necesidades de mano de obra.

La jurisprudencia de unificación, en un nuevo ejemplo de inestabilidad en su doctrina, comenzó negando tal posibilidad para terminar, finalmente, aceptándola. La STS de 26 de septiembre de 1992 (RJ 6816), reiterada por las SSTS de 17 de marzo de 1993 (RJ 1866), 10 de mayo de 1993 (RJ 4046) y 4 de mayo de 1995 (RJ 3746), rechazó, en un primer momento, la posibilidad de considerar las contratas como "obras o servicios determinados". Ante una enorme variedad de resoluciones discordantes que habían sido dictadas en suplicación, el Tribunal Supremo unificó doctrina en la primera de las sentencias señaladas. Se trataba, en aquel caso, de un supuesto en el que la empresa –dedicada a la prestación de servicios de limpieza para terceros– consideraba que el contrato del trabajador destinado a una de las contratas era de carácter temporal por obra o servicio. El Tribunal Supremo afirma que la determinación exacta de las tareas a realizar y la indicación de su sustantividad han de ser especialmente rigurosas en supuestos en que la actividad ha de realizarse siempre en centros de trabajo ajenos (pertenecientes a clientes del empresario). La mención del lugar en que haya de trabajarse no dota por sí sola a éstos de autonomía y sustantividad propias ni es, por supuesto, expresiva de una actividad laboral de ejecución limitada en el tiempo pues la limpieza de un centro de trabajo responde a necesidades permanentes. En definitiva, no hay verdadero contrato de duración temporal y el trabajador ha de considerarse fijo de plantilla.

Varias pueden ser las explicaciones que justificaron el referido resultado. En primer lugar, es evidente que pesa en el ánimo del juzgador a la hora de decidir este supuesto la idea de que no está resolviendo sólo acerca de la idoneidad de un tipo contractual, sino también sobre la continuidad o no de todos los contratos implicados, en función de si se produce o no subrogación empresarial. Un segundo argumento se sitúa en la inquietud que genera el hecho de que en el clausulado de la relación jurídica civil o mercantil se contengan, aunque fuera implícitamente, causas por las que pueda extinguirse una relación laboral; más aun si la vinculación entre empresas puede dejar de existir por la mera voluntad de cualquiera de ellas, sin que se haya fijado su extensión temporal como ha admitido algún pronunciamiento aislado, con la carga de inseguridad que para la relación laboral ello supone.

La negativa jurisprudencial a admitir la contratación temporal en estos supuestos sobre la base del carácter indefinido de la necesidad podía dar lugar a ciertas dudas. Si bien es cierto que el servicio prestado responde a una necesidad permanente, la temporalidad de estos contratos no debe buscarse en el objeto de la relación, sino en su causa, de lo que deriva que el dato esencial a considerar no es la actividad desplegada por el propio trabajador, sino la desarrollada por la empresa. Con fundamento en estos y otros razonamientos, la doctrina anterior se vio modificada por la STS de 15 de enero de 1997 (RJ 497).

En este supuesto, los trabajadores fueron contratados bajo la modalidad de obra o servicio determinado para desarrollar la actividad de vigilancia y seguridad de una central nuclear que había asumido una empresa de seguridad privada, estipulándose como duración del contrato la de la propia contrata. A consecuencia de una reestructuración del servicio, se redujeron los puestos a cubrir por determinados vigilantes jurados, siendo afectados los demandantes, que formularon la demanda por despido.

Lo que ahora viene a proclamar la Sala es que, si bien no estamos ante un contrato para obra o servicio determinado en sentido estricto –pues su objeto no es la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa mensurable en el tiempo y en el espacio, dentro de un proceso acotado temporalmente, ni un servicio que concluya y se perfeccione con su total realización–, sin embargo, concurre una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, limitación que era conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un tope temporal previsible en la medida en que el servicio se ejecuta por encargo de un tercero –la empresa comitente– y mientras el mismo subsista. Una contrata para la prestación de servicios de seguridad para otra empresa tiene sustantividad y autonomía propias dentro de la esfera de actuación del empresario, de forma que aunque tal actividad no pudiera incardinarse en el artículo 15.1.a) ET –por mor de una concepción sustancialista de la permanencia del servicio–, sí tendría cabida en los apartados 2 o 3 del artículo 49 ET, como una condición resolutoria –si la vigencia de la contrata actúa con una incertidumbre plena– o como un término atípico –si la incertidumbre afecta sólo al cuándo–, descartándose abuso de derecho en el proceder del empresario que incorpore en los contratos individuales dicha cláusula de temporalidad.

Un factor añadido, señala la referida sentencia, viene dado por el hecho de que los convenios colectivos aplicables al sector de empresas de seguridad y vigilancia recogen la posibilidad de concertar contratos de esta naturaleza durante la vigencia de la contrata, así como su extinción por resolución total o parcial de ésta, lo que implica un reconocimiento por parte de los agentes sociales de la necesidad objetiva que justifica la temporalidad de los contratos en este sector del tráfico empresarial; previsiones de la autonomía colectiva que, por tener su fundamento genérico en la libertad de contenido negocial que reconoce el artículo 85.1 ET en relación con el 49 del mismo texto legal, cabe reputar válidas, aunque se adoptaran antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1994, que, como se sabe, al proporcionar nueva redacción al artículo 15.1.a) ET, permite ya directamente a los convenios colectivos "identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que pudieran cubrirse por contratos de esta naturaleza".

El mencionado fallo judicial fue interpretado doctrinalmente como una posibilidad de que las partes puedan establecer causas de temporalidad –distintas de las expresadas por el artículo 15 ET– mediante las figuras del término resolutorio y, más impropiamente, de la condición resolutoria, siempre que respondan a necesidades objetivas y justificadas, debiéndose otorgar a la negociación un papel principal en la delimitación de tales necesidades. Precisamente por ello, el referido pronunciamiento fue objeto de ciertas críticas fundadas, precisamente, en el riesgo que puede suponer el establecimiento de libres cláu-

sulas de extinción de los contratos temporales. Como se ha recordado, la intervención de la negociación colectiva en esta materia se limita a modalizar y adecuar el contenido legal, de forma que "adaptabilidad no significa renunciar a la causalidad".

Los pronunciamientos posteriores del Tribunal Supremo vinieron a consolidar la doctrina citada. Tómense como ejemplos las SSTS de 8 de junio de 1999 (recurso 3009/1998), 20 de noviembre de 2000 (recurso 3134/1999), 26 de junio de 2001 (recurso 3888/2000) o 22 de octubre de 2003 (recurso 107/2003). A partir de estos pronunciamientos son muchos los que han reiterado y confirmado esta interpretación y han validado numerosos contratos temporales de obra o servicio cuya duración queda vinculada a la de una contrata. Entre ellas puede citarse la STS de 3 de abril de 2007 (recurso 293/2006) en la que se discute si la adjudicación a favor de una empresa de sucesivas campañas de prevención y extinción de incendios en la Comunidad Valenciana constituía causa suficiente para celebrar contratos de obra o servicio con los trabajadores. El Tribunal Supremo reitera su ya conocida argumentación y resuelve que "con independencia del carácter más o menos permanente que la actividad de prevención y extinción de incendios tenga en la Comunidad Valenciana, existe para TRAGSA una necesidad de trabajo temporalmente limitada y objetivamente definida, en cuanto depende de que el órgano competente de la Generalidad le ordene la ejecución de ese servicio".

Partiendo de esta consolidada doctrina, interesa ahora destacar algunos problemas que se están planteando en torno a la extinción de estos contratos temporales o a los efectos que, sobre las relaciones laborales en la contratista, tiene el devenir de la contrata, y que han obtenido respuesta en algunas sentencias recientes de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Se trata, en primer lugar, de valorar los efectos que puede tener sobre el contrato de obra o servicio la decisión, adoptada de común acuerdo, de las empresas principal y contratista de dar por concluida la contrata antes del momento previsto para su finalización.

Por lo que se refiere a esta situación, ya la STS de 8 de junio de 1999, dictada en el caso de una contrata para un servicio de transporte de ropa, advirtió, anticipándose al problema, que la limitación temporal del vínculo contractual sólo se autoriza "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".

Esto es lo que ocurre en la STS de 14 de junio de 2007 (recurso 2301/2006) en la que son hechos relevantes los siguientes: en abril de 2003, Sertel suscribió con Aúna contrato en virtud de cual aquélla se haría cargo del denominado "servicio de Televenta Aúna"; para la prestación de dichos servicios Sertel suscribió, entre otros, contrato de trabajo de duración determinada con una trabajadora el 19 de mayo de 2003, haciéndose constar en la cláusula sexta y en la cláusula adicional primera que el objeto era la realización de la campaña de emisión de llamadas denominada "Televenta Aúna". En el mes de febrero de 2005, Sertel y Aúna acordaron poner fin a la prestación del servicio de Telemárketing

contratado, fijándose como día de finalización el 15 de marzo de 2005. La trabajadora recibió una carta, fechada el 17 de febrero de 2005, mediante la que se le comunicaba que el día 15 de marzo de 2005 se extinguía el contrato de trabajo suscrito por finalización del servicio.

La cuestión que se plantea es si la finalización de la contrata en los términos y condiciones señalados es causa suficiente para extinguir lícitamente el contrato de obra o servicio entre la contratista y la trabajadora. El Tribunal Supremo advierte que, de acuerdo con el artículo 14, apartado c), del III Convenio Estatal para el Sector del Telemárketing, a efectos de la modalidad del contrato por obra o servicio determinado, tienen sustantividad propia todas las campañas o servicios contratados por un tercero para la realización de actividades o funciones de Telemárketing, cuya ejecución en el tiempo es en principio de duración incierta, permitiendo el artículo 15.a) ET a los Convenios Colectivos Sectoriales Estatales y de ámbito inferior, incluidos los de empresa, la identificación de tal actividad como la normal de la empresa que puede cubrirse con contratos de dicha naturaleza, razón por la cual estos contratos tienen una vigencia condicionada a la ejecución de la obra. De este modo, la campaña de emisión de llamadas denominada Televenta Aúna opera como límite temporal válido del contrato de obra o servicio. Pero lo que no es factible, advierte la sentencia, es que antes de llegar el tiempo de finalización de la campaña, quienes concertaron la contrata unilateralmente pongan fin a ésta y como consecuencia extingan el contrato del actor, ya que no estamos ante una finalización de la contrata por causa ajena a la empresa, o por transcurso del plazo contractualmente previsto de duración de la contrata que impusiera la terminación del encargo, sino que fue la voluntad de los contratistas quienes por causa a ellos imputable pusieron fin a la contrata, motivo por el cual no cabe invocar, como causa de la extinción del contrato con el actor, el cumplimiento del término. En definitiva, la mera voluntad de las empresas principal y contratista de dar por concluida la contrata no es causa suficiente de extinción del contrato de obra o servicio.

Un supuesto diferente se plantea en la STS de 7 de junio de 2007 (recurso 191/2006). Este pronunciamiento aborda, en concreto, las consecuencias que la extinción anticipada de una contrata de limpieza produce sobre las relaciones laborales indefinidas en el seno de la empresa contratista. Sin necesidad de transcribir con detalle las circunstancias del caso, sí merece destacarse que, en este caso, la rescisión de la contrata se produjo por decisión unilateral del empresario principal motivada en la necesidad de acometer importantes reformas en el centro de trabajo donde se desarrollaban las tareas de limpieza contratadas. Ante la resolución del contrato mercantil, la empresa contratista procedió a comunicar a sus trabajadores un despido fundado en causas objetivas.

Lo que debe resolver el Tribunal Supremo es, en definitiva, si la extinción de la contrata en estas condiciones es suficiente para justificar un despido objetivo. Al respecto, el Tribunal ya ha admitido en otras ocasiones que la amortización de puestos de trabajo por causas ajenas a la voluntad del empresario constituye causa objetiva justificativa del despido, sin que el hecho de que puedan existir en la empresa otros puestos vacantes determine normalmente la declaración de improcedencia de tal despido (SSTS de 13 de febrero de 2002, 19 de marzo de 2002 y 21 de julio de 2003). La cuestión es si esta doctrina es aplicable a empresas cuya actividad consiste en la prestación de servicios a otras empresas

mediante las correspondientes contratas, toda vez que la finalización o terminación de estas contratas es una situación que se da habitualmente en la actuación de dichas empresas. Afirma el Tribunal que, con carácter general, en este tipo de empresas, estas situaciones son habituales y no constituyen ni suponen que impidan el buen funcionamiento de la empresa".

Pero la excepción viene dada precisamente para supuestos como el controvertido en la STS de 7 de junio de 2007 porque se trata de una prestación de servicios en la que los casos más frecuentes de finalización de las contratas son aquellos en que éstas concluyen por cumplimiento del plazo de duración estipulado en ellas, y en los que la nueva empresa titular de la contrata se subroga en los derechos y obligaciones de la empresa saliente; y esta subrogación implica que en estos casos no existe ninguna amortización de puestos de trabajo, pues tales puestos siguen existiendo, si bien bajo la titularidad de la nueva contratista. De este modo, la amortización de plazas o puestos en las contratas de limpieza comentadas sólo se produce en los casos en que éstas terminan, no por cumplimiento del mencionado plazo, sino por cierre del centro o por cese de la actividad efectuada por la empresa comitente. Éste es precisamente el caso del supuesto planteado de modo que el Tribunal Supremo admite, como excepción a la regla general aplicable a las empresas contratistas de limpieza y similares, que el supuesto encaja de forma clara en los supuestos que prevé el artículo 52.c) ET.

Dos recientes pronunciamientos han terminado de redondear la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta polémica cuestión. El primero de los citados pronunciamientos es la STS de 10 de junio de 2008 (recurso 1204/2007). Ésta considera que no es válida la extinción de la relación laboral de un trabajador por una empresa contratista, fundamentada en el hecho de que la empresa comitente hubiera dispuesto que la contratista destinara a la ejecución de la obra un menor número de operarios que los inicialmente requeridos. En su supuesto de hecho, a la empresa contratista le fueron encomendadas por la comitente las labores de mantenimiento de esta última, motivo por el cual concierta los servicios de un trabajador mediante un contrato para obra o servicio determinado, pactándose en él que su duración se extenderá hasta la terminación de la contrata. Pero, antes de finalizar dicha contrata, la empresa comitente comunica a la contratista que, a partir de un determinado momento, precisará los servicios de un menor número de trabajadores de la contratista. Como consecuencia de ello, la empresa contratista comunica al trabajador la extinción de la relación laboral por la finalización del contrato de trabajo.

La sentencia recuerda la doctrina unificada de la Sala que consagra la licitud de la cláusula que limita el tiempo de duración de esta relación laboral con la empresa contratista a la propia duración de la contrata concertada por parte de ésta con la comitente. Ahora bien, se aclara que la doctrina expuesta no resulta aquí de aplicación, ya que en el supuesto enjuiciado lo que se ha producido no es la finalización de la contrata sino que la empleadora ha acordado poner fin a la relación laboral cuando todavía estaba vigente la contrata para cuyo cumplimiento había contratado los servicios del trabajador como consecuencia del hecho de la comunicación por parte de la comitente de la reducción de la contrata.

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 este tipo de contrato pueda extinguirse por el hecho de que la empresa comitente haya dispuesto que la contratista destine a la ejecución de la contrata un menor número de operarios que los inicialmente requeridos, es claro que este hecho no autoriza a la empleadora a dar por finalizada la relación laboral con el trabajador, pues de lo contrario se dejaría al arbitrio de uno solo de los contratantes la apreciación sobre la validez y el cumplimiento del contrato. Se añade que el hecho al que se ha hecho referencia pudo haberse previsto al concertar la relación laboral, pudiendo haberse consignado una cláusula en el sentido de que la relación laboral terminaría si tal cosa sucediera y, en este caso, el contrato habría quedado extinguido válidamente [artículo 49.1.b) ET]. Incluso, en último extremo, señala el Tribunal Supremo que el empleador podría haber acudido a la extinción por causas objetivas *ex* artículo 52.c) ET.

Un último pronunciamiento posee extraordinario interés. La STS de 17 de junio de 2008 (recurso 4426/2006) viene a modificar la anterior doctrina del Tribunal Supremo relativa a la fecha de extinción del contrato para obra o servicio determinado cuando la contrata se adjudica de nuevo a la misma contratista que había sentado en sus SSTS de 2 de octubre de 2003 (recurso 107/2003) y 4 de mayo de 2006 (recurso 1155/2005). Se sostiene ahora que, cuando la contrata o concesión que lo motiva se nova, renueva o es sustituida por otra posterior en la que el objeto sigue siendo el mismo, el contrato de trabajo no se extingue por no haber transcurrido el plazo pactado para su duración. El citado pronunciamiento posee interés adicional ya que aplica la doctrina del Tribunal Supremo sobre sucesión de empresas en cambios de contrata o "sucesión en la plantilla", sentada en las SSTS de 20 y 27 de octubre de 2004 (recurso 4424/2003 y recurso 899/2002).

El fundamento del citado cambio doctrinal se asienta en los siguientes argumentos. Señala la sentencia que de las disposiciones que regulan el contrato de trabajo que nos ocupa, "se desprende que nos encontramos ante un contrato temporal cuya duración depende del cumplimiento de un plazo que normalmente es indeterminado, lo que supone que al tiempo de firmarse el contrato se sabe que es de duración determinada, pero se ignora cuándo se extinguirá, pues ello dependerá de la ejecución del encargo recibido de un tercero y de la voluntad de éste, de si decide mantener o renovar su encargo. Conviene insistir en que estamos ante un contrato temporal en el que la duración depende del vencimiento de un plazo, la ejecución de la obra o servicio, y no ante un contrato sujeto a condición resolutoria porque, cual se deriva del artículo 1125 CC, cuando el hecho futuro del que depende la subsistencia del contrato es cierto, aunque no se sepa cuándo llegará, estamos ante un plazo (resolutorio), mientras que si es incierta la producción del hecho que extinguirá el contrato nos encontraremos ante una condición (resolutoria). Que el artículo 15.1.a) ET establece un contrato sujeto a plazo resolutorio lo evidencia el que regule un contrato sujeto a un límite temporal cierto, aunque sea incierta su duración concreta. Y lo corrobora el hecho de que tal contratación temporal sólo se autorice en atención a que la empresa contratante necesita temporalmente de trabajadores para atender una actividad concreta, determinada y con autonomía y sustantividad propias, razón por la que se vincula la duración del contrato a la subsistencia de la necesidad que se atiende con él. Por ello, cuando la contrata o concesión que lo motiva se nova, renueva o es sustituida

por otra posterior en la que el objeto sigue siendo el mismo, el contrato de trabajo no se extingue por no haber transcurrido el plazo pactado para su duración: la ejecución de la obra que lo motiva y la consiguiente desaparición de la necesidad temporal de mano de obra que requiere la ejecución de la "obra o servicio" que la empleadora se comprometió a realizar, objetivo que es el que, legalmente, autoriza una contratación temporal que en otro caso no sería acorde con la norma. Así pues, en la modalidad contractual estudiada cabe que se pacte un plazo resolutorio determinado o indeterminado, según las circunstancias de la obra o servicio a ejecutar o de la concesión obtenida, aunque la mayoría de las veces será difícil determinar la fecha exacta de la extinción".

De este modo, "lo que no será posible es que el contrato determine ese plazo resolutorio en contra de la naturaleza de ese contrato y del objetivo perseguido por la ley al admitirlo: cubrir una necesidad temporal de mano de obra que tiene una empresa para ejecutar una obra o servicio temporalmente, en el sentido amplio que tiene esta expresión. Por ello, mientras subsista esa necesidad temporal de empleados, mientras la empleadora siga siendo adjudicataria de la contrata o concesión que motivó el contrato temporal, la vigencia de éste continúa, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface".

Ignacio García-Perrote Escartín
Jesús R. Mercader Uguina

# Nuevas formas de organización productiva y autonomía colectiva: sus recíprocas influencias

AMPARO MERINO SEGOVIA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha

## Resumen

NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN PRODUCTIVA Y AUTONOMÍA COLECTIVA: SUS RECÍPROCAS INFLUENCIAS

*El artículo que se presenta tiene por objeto analizar las posibilidades que se le ofertan a la autonomía colectiva para hacer frente a las nuevas formas de organización del trabajo y de la producción. Una estrategia la que se propone que pasa por una reconsideración de la negociación colectiva, de su estructura y funciones. Los obstáculos son muchos en un espectro organizativo donde lo intangible prevalece sobre espacios locativos perfectamente definidos, donde la identificación del sujeto productivo resulta, cuando menos, complicada y, en fin, donde la segmentación de la clase trabajadora, además de dificultar enormemente una distribución homogénea de condiciones en el sentido más amplio, es caldo de cultivo de la desigualdad social, favoreciendo la pérdida de derechos y garantías. Existen, no obstante, mecanismos que pueden ser útiles para garantizar la uniformidad de las condiciones laborales de los trabajadores pertenecientes a un mismo sector de actividad, así como para frenar la pérdida de cobertura convencional provocada en buena medida por la propia descentralización productiva.*

## Abstract

### NEW FORMS OF PRODUCTIVE ORGANIZATION AND COLLECTIVE AUTONOMY: THEIR RECIPROCAL INFLUENCES

*The article that is presented has for object to analyze the possibilities that are offered to the collective autonomy to face up to the new forms of organization of the work and of the production. The proposed strategy goes by a reconsideration of the collective negotiation, of its structure and functions. The obstacles are many in an organizational spectrum where the intangible prevails over perfectly defined spaces, where the productive fellow's identification is, at least, complicated and, in short, where the segmentation of the hard-working class, besides making very difficult a homogeneous distribution of conditions in the widest sense, is a breeding ground of the social inequality, favoring the loss of rights and guarantees. There are, nevertheless, mechanisms that can be useful to guarantee the uniformity of the labor conditions of the workers belonging to the same activity sector, as well as to slow down the loss of conventional covering caused in a large extent by the own productive decentralization.*

## Sumario:

**1. Autonomía colectiva y reorganización productiva: algunas reflexiones. 2. Incidencias de la descentralización productiva en la estructura de la negociación colectiva. 3. Algunas propuestas para afrontar la descentralización productiva desde la negociación colectiva.** A) Opciones que se le brindan al convenio colectivo de aplicación a empresas auxiliares. B) Posibilidades de actuación del convenio colectivo de aplicación a la empresa principal. C) Una buena solución con algunos inconvenientes: la constitución de unidades transversales de negociación. D) Hacia una redefinición del ámbito funcional del convenio colectivo.

## 1. AUTONOMÍA COLECTIVA Y REORGANIZACIÓN PRODUCTIVA: ALGUNAS REFLEXIONES

Es indudable que las transformaciones habidas en los últimos tiempos en los mercados laborales, inducidas, en lo esencial, por el predominio de un sistema económico que, siguiendo en buena medida la senda marcada por corrientes de tinte neoliberal, han propiciado la emergencia de nuevas formas de organización del trabajo, que paulatinamente han ido desbancando a la otrora paradigmática empresa fordista con un modelo totalizador y centralizado de producción en serie[1].

Esta realidad ejemplifica la necesidad de idear mecanismos y estrategias novedosos y eficaces de adecuación, cuyo peso no parece sino recaer en la acción sindical. Y es que esa tendencia cierta hacia lo que se ha dado en denominar fenómenos de fuga del Derecho del Trabajo, motivados por una cada vez más limitada intervención heterónoma[2], hace que la acción colectiva deba asumir, no pocas veces, esa primigenia función tuitiva, garantista y niveladora que debería ser consustancial al poder estatal. Porque la retirada de la ley, garante por excelencia de los derechos de los trabajadores en la relación laboral, "principal arquitecto del sistema de relaciones laborales en España"[3], alcanza dimensiones que pueden "dejar absolutamente en entredicho el pacto subyacente al Estado social sellado en la Constitución, esto es, un modelo de Estado en que los poderes públicos, forzosamente, están llamados a intervenir y contribuir a la consecución del valor igualdad, originario y definitorio de dicha fórmula de Estado"[4]. Los retos que se le presentan al movimiento obrero son evidentes, como lo son las dificultades con las que topa para, sin perder sus raíces y potenciando su capacidad de respuesta, implantar un sistema coherente, en

LOS RETOS QUE SE LE PRESENTAN AL MOVIMIENTO OBRERO SON EVIDENTES, COMO LO SON LAS DIFICULTADES CON LAS QUE TOPA PARA IMPLANTAR UN SISTEMA COHERENTE

(1) SANGUINETI RAYMOND, W., "Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles", *RDS*, núm. 33 (2006), pág. 219. "El proceso de descentralización productiva ha generado un marco nuevo en el que –aparte de otros muchos factores– la cooperación interempresarial sostenida deja de ser excepción para convertirse en regla en las realidades productivas más avanzadas. La empresa totalizadora que fue el modelo inicial ha ido dejando paso a esquemas organizativos en los que el núcleo central ni siquiera es cuantitativamente el más importante, fragmentándose el proceso productivo y dejando en el centro de la estructura tareas de diseño y estricta dirección del conjunto", FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "El derecho de las contratas. Entre la licitud y la prevención", *RDS*, núm. 36 (2006), pág. 27.

(2) "La progresión de nuestro sistema de relaciones laborales hacia la reducción de relaciones de suplementariedad, liberando a la negociación colectiva de sujeciones inderogables con respecto a la ley, ha provocado la emergencia no sólo de mayores espacios de complementariedad, sino también de supletoriedad en la ordenación de los derechos laborales y condiciones de trabajo en general", RAMOS QUINTANA, M.I., *La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 142.

(3) MARTÍN VALVERDE, A., "Las transformaciones del Derecho del Trabajo en España (1976-1984) y la Ley 32/1984, de reforma del Estatuto de los Trabajadores", en AAVV, *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 24.

(4) RAMOS QUINTANA, M.I., *La garantía de los derechos…*, cit., pág. 149.

un mundo donde lo individual, estandarte de las fuerzas económicas capitalistas, parece imponerse con escasas trabas sobre lo colectivo, por esa progresión al alza que experimenta el poder contractual empresarial.

Precisamente, y aun cuando pudiera resultar paradójico, las empresas no han sido ajenas a la utilidad que les reporta servirse de la negociación colectiva como instrumento de gobernabilidad, posicionándose a favor de ella para eludir un mayor intervencionismo legal. Porque a través del acuerdo –¿colectivo?– la empresa consigue revestir de legitimidad su política de actuación, a la par que refuerza los poderes organizacionales y de dirección, paulatinamente incrementados en la misma progresión que lo hace el poder contractual que aquélla detenta. Ni que decir tiene que a ella –la empresa– le interesa afrontar en su seno, descentralizadamente, lo que en muchas ocasiones no es más que una pseudonegociación o una negociación ficticia e impuesta que, además de debilitar el poder contractual de su interlocutor natural, culmina en una relación individual y directa empresario/trabajador, ausente de todo referente colectivo.

Resulta así que el modelo de negociación colectiva que, diseñado desde la posición empresarial, se persigue implantar responde a un patrón técnicamente desprovisto de contenidos sustanciales de reconocimiento y extensión de derechos de los trabajadores. Se quiere que el convenio colectivo se despoje de su ropaje tradicional y sirva a unos fines concretos exentos, a la postre, de componentes tuteladores y niveladores. La negociación colectiva como instrumento técnico de gestión y administración de recursos, y –aun cuando pueda parecer un contrasentido– individualizador de las relaciones de trabajo, dificulta así el reequilibrio de la posición de las partes y cualquier reparto de poder, porque el poder –se dice–, no es sinalagmático, ha de ser detentado unilateralmente por el empresario, y, en cuanto tal, ni es negociable ni está sometido a codecisión[5].

Reforzar, en esta tesitura, la posición del sindicato como instrumento reivindicativo y de contrapoder es una exigencia que le viene impuesta. Las dificultades y obstáculos que ha de salvar para mejorar su poder contractual y capacidad de respuesta son evidentes en un contexto económico que le es desfavorable por la confluencia de factores de entidad muy diversa que quieren hacer de la unidad, igualdad y solidaridad principios alejados de la realidad actual.

En un entorno tan expansivo e invasivo como el provocado por los nuevos modos y formas de organización del trabajo y de la producción, el sindicato de clase está llamado a la reflexión[6]. Su estrategia ha de pasar por una vuelta a considerar la negociación colectiva;

(5) Sobre los cambios experimentados por la negociación colectiva en los últimos años, en relación con sus contenidos y funciones, NAVARRO NIETO, F. y SÁEZ LARA, C., *Estructura y contenidos de la negociación colectiva en Andalucía. Un estudio sectorial*, CARL, Sevilla, 2002, págs. 15 y ss.

(6) "Con el desarrollo de la externalización de partes del proceso de producción se han planteado complejos problemas de organización del trabajo y de la actividad productiva. También de organización sindical, particularmente de coordinación y solidaridad de la acción sindical en defensa de los derechos y reivindicaciones de colectivos de trabajadores que se encuentran en heterogéneas condiciones de trabajo y de dependencia laboral", BOIX, I., "Contratas y subcontratas en la industria química", *RDS*, núm. 33 (2006), pág. 209.

ante todo, por una redefinición de su estructura y funciones, porque del modo en que se articule, ordene y organice la contratación colectiva dependerá en buena medida el poder contractual del sindicato y, con él, el nivel de garantía de los derechos de los trabajadores. Los obstáculos son muchos en un espectro organizativo donde lo intangible prevalece sobre espacios locativos perfectamente definidos, donde la identificación del sujeto productivo resulta, cuando menos, complicada y, en fin, donde la segmentación de la clase trabajadora, además de dificultar enormemente una distribución homogénea de condiciones en el sentido más amplio, es caldo de cultivo de la desigualdad social, favoreciendo la pérdida de derechos y garantías.

De cómo se organice la negociación colectiva desde la autonomía colectiva dependerán los contenidos de los que habrá de nutrirse el convenio resultante, porque la estructura negocial no es un elemento inocuo o baladí[7]. Por el contrario, una negociación colectiva correctamente ordenada y articulada reforzará el poder contractual de la posición social, ofreciendo mayor cobertura de derechos al conjunto de la clase trabajadora. Qué duda cabe que, en esta labor, la acción sindical y sus estructuras deben adaptarse a los cambios operados en las últimas décadas, con ocasión de la aparición de nuevas formas de organización productiva. De ahí que toda reflexión o reconsideración sindical de la negociación colectiva deba tener unos objetivos bien definidos que, pasando por la creación de un suelo mínimo de reconocimiento de derechos, aborde la igualación de las condiciones de trabajo desde distintos frentes: el sector, de una parte, y la organización de la producción descentralizada, de otra; en este último caso, porque la externalización provoca un desequilibrio entre trabajadores imbuidos en un mismo proceso de actividad productiva, merced a una decisión netamente organizativa de desagregación[8].

El propósito es, en primer lugar, que los trabajadores de un determinado sector de actividad presenten condiciones de trabajo homogéneas y uniformes, a través de una negociación sectorial centralizada en marcos estatales o autonómicos de relaciones laborales. Todo ello sin desdeñar el puesto relevante que, en determinadas circunstancias –cuando se carece de una ordenación sectorial estatal o autonómica–, está llamado a ocupar el convenio sectorial de ámbito provincial como instrumento, unas veces, unificador y amortiguador de una negociación cabalmente descentralizada en el ámbito de la empresa, otras, de ordenación sectorial básica adaptada a la diversidad de la organización del trabajo y de la producción, o, en fin, de integración, cuando su función básica sea la de suplir "la imposibilidad de negociación en los niveles descentralizados en un tejido productivo de empresas de pequeña dimensión (mejorando y complementando o adaptando la negociación sectorial estatal en ausencia de una negociación de empresa)"[9].

(7) Sobre las influencias del contenido del convenio colectivo en la estructura de la negociación colectiva, NAVARRO NIETO, F. y SÁEZ LARA, C., *Estructura y contenidos*…, cit., págs. 17 a 20, especialmente pág. 19: "una cierta eficiencia del sistema de negociación requiere una coordinación de los distintos niveles de negociación atendiendo a sus contenidos y funciones, sin prejuzgar por ello la preferencia hacia un modelo tendencialmente centralizado o descentralizado".

(8) "Esto nos sitúa delante de un modelo de empresa no sólo 'escueta', sino también 'mezquina', en la medida en que basa buena parte de su capacidad competitiva, cuando no toda, en ahorros en los costes de la mano de obra generados a través del empleo masivo del trabajo subcontratado, prestado en régimen de precariedad laboral y salarial", SANGUINETI RAYMOND. W., "Descentralización productiva…", cit., pág. 228.

(9) NAVARRO NIETO, F. y SÁEZ LARA, C., *Estructura y contenidos*…, cit., pág. 21.

Pero, además, se requiere, a la vista de los nuevos e imparables cambios que están experimentando las estructuras productivas, una labor orientada a frenar la pérdida de cobertura convencional que, no pocas veces, trae causa de la propia descentralización productiva; porque el sindicato no puede ser ajeno a un contingente de trabajadores, cada vez más numeroso, que, despojado de convenio colectivo, ocupa en la actualidad una posición de hiper-subordinación basada en una relación directa e inmediata con su empleador, sin intermediación colectiva. Ofrecer, por otra parte, una mejor cobertura negocial a aquellos trabajadores provenientes de empresas auxiliares a quienes se aplica un convenio colectivo con condiciones de trabajo muy inferiores a las que gozan los trabajadores de la empresa principal regulados por otro convenio diferente –habitualmente, de empresa o nacional de sector– y con pactos complementarios, es otro reto que debe ser afrontado sindicalmente, como también la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores de la empresa principal, recortadas y devaluadas en muchas ocasiones por efecto de la fragmentación del proceso productivo; y es que, como es sabido, una de las consecuencias inmediatas de la descentralización productiva ha sido la disminución de las plantillas de la empresa matriz o principal, provocando así un debilitamiento de las estructuras sindicales en los centros de trabajo, de la capacidad negocial y de los derechos colectivos de los trabajadores, lo que, sin lugar a dudas, dificulta un control efectivo del grado de cumplimiento de los compromisos y obligaciones asumidos por las empresas[10]. Se trata, en definitiva de "reducir la enorme distancia que hoy separa a los trabajadores propios de la empresa cliente y a los que se relacionan con ella a través de la subcontratación con otras empresas"[11]. De ahí que la coordinación, información e interacción de las distintas representaciones de los trabajadores que participan, directa o a través de empresas auxiliares, en un mismo proceso productivo deban ser desarrolladas en términos más amplios que los que contempla el recién reformado artículo 42 ET.

No quiere decirse con esto que todo el peso deba recaer sobre la acción colectiva. También el legislador está llamado al cambio y a la reflexión. Adecuar el modelo legal de negociación colectiva a los nuevos tiempos obliga, en primer lugar, a reconsiderar la estructura convencional. El impulso por el legislador reformista de 1994 de una negociación colectiva descentralizada, a través del fortalecimiento del acuerdo de empresa y de una redefinición de las reglas de concurrencia *ex* artículo 84 ET, con incidencia directa en la funcionalidad del acuerdo marco, no parece haber producido cambios significativos en la *praxis* negocial. Sin embargo, a partir de entonces la cultura de la flexibilidad y adaptabilidad, en aras de la mejora de la competitividad, propiciada, por lo demás, por un

(10) En relación con estos procesos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos en las condiciones de trabajo", en AAVV (coord.: Escudero Rodríguez, R.), *Observatorio de la negociación colectiva*, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Madrid, 2002, págs. 45 y ss., especialmente pág. 50, donde el autor incide en la tendencia creciente a "una deliberada elusión de aquellos convenios colectivos caracterizados por dispensar mayor nivel de protección de los derechos de los trabajadores a favor de otros nuevos –o de algunos ya existentes, convenientemente modificados en sus ámbitos funcionales– que tienen un contenido más débil desde el punto de vista de las condiciones de trabajo que ellos garantizan". Los primeros de etos convenios se reservan, "a modo de coto cerrado, a los trabajadores contratados por las empresas principales", pasando los segundos "a ser de aplicación a los de las empresas contratistas".

(11) RIVERO LAMAS, "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo", en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000, pág. 34.

preocupante repliegue estatal en beneficio de la negociación colectiva, parece haberse impuesto en nuestro país; bajo el binomio flexibilidad/descentralización, se invoca al convenio y al acuerdo colectivo en su condición de herramientas que mejor sirven a la adaptabilidad y al cambio para lograr la necesaria mejora de la competitividad de las empresas.

Decía la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que la negociación colectiva "debe ser un instrumento fundamental para la deseable adaptabilidad por su capacidad de acercamiento" a las variadas y cambiantes situaciones de los diversos sectores de actividad y de las empresas. Con este propósito declarado, el legislador modificó con profusión el modelo legal de negociación colectiva. No tuvo en cuenta, en cambio, la emergencia y extensión de nuevas estructuras organizativas que ya entonces se imponían, sin retorno, sobre los modelos de producción clásicos. En efecto, los cambios habidos a la sazón sobre el sistema legal de negociación colectiva fueron numerosos, penetrando el legislador en las reglas de legitimación negocial, pero sin acomodarlas a los nuevos tiempos. Ninguna alusión encontramos a la negociación desarrollada en los grupos de empresa u otras unidades de estructura compleja[12], ni tampoco a la pactación de condiciones de trabajo en contratas y subcontratas a través de la constitución de unidades transversales de contratación. La omisión legal no excluye, naturalmente, la creación de nuevos niveles de negociación colectiva, en virtud de la libertad que tienen las partes para determinar, *ex* artículo 83.1 ET, el ámbito de aplicación del convenio colectivo, pero sí puede plantear dificultades cuando se quieren seleccionar en estas nuevas unidades de pactación los interlocutores, sindical y empresarial. Esta indefinición legal ha activado el ingenio judicial que, con ocasión de la negociación en los grupos de empresa[13], hace recaer, no sin ciertos

**EL LEGISLADOR NO TUVO EN CUENTA LA EMERGENCIA Y EXTENSIÓN DE LAS NUEVAS ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS QUE YA ENTONCES SE IMPONÍAN, SIN RETORNO, SOBRE LOS MODELOS DE PRODUCCIÓN CLÁSICOS**

(12) En la Administración pública es habitual la descentralización, a través de la constitución de entes instrumentales u organismos con personalidad jurídica que se hallan bajo la tutela de un centro directivo común. El principal problema que se plantea en este tipo de unidades con estructura compleja es el de determinar el nivel de negociación apropiado –el sector o la empresa– y, consecuentemente, el régimen jurídico de legitimación aplicable; aspectos estos sobre los que la jurisprudencia no había mantenido un criterio uniforme. La unificación no se producirá definitivamente hasta la STS, Sala General, de 21 de diciembre de 1999 (RJ 2000/528), que llega a la conclusión de que el régimen de negociación más adecuado para este tipo de unidades complejas consiste en aplicar al banco empresarial el sistema de legitimación previsto en el artículo 87.1 ET para los convenios de empresa, y al banco social el establecido para los convenios supraempresariales en los apartados 2 y siguientes del artículo 87 ET. Este criterio mixto conforma en la actualidad la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo, "al margen –dirá la sentencia– de lo que, por excepción, pudiera establecerse para grupos de empresa con una estructura organizativa relativamente simple". Así lo confirmará el Tribunal en sentencias posteriores, tales como la STS de 24 de abril de 2001(RJ 2001/4879), sobre el convenio del personal del Principado de Asturias; STS de 9 de mayo de 2001(RJ 2001/5201), sobre el convenio del personal de la Administración del Estado, y STS de 17 de junio de 2002 (RJ 2002/7906), sobre el convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid.

(13) Ya la STS de 30 de mayo de 1991 (RJ 1991/5233) admitió la posibilidad de negociar convenios de grupos de empresa. Por su parte, la STS de 15 de febrero de 1993 (RJ 1993/1165), aceptó que se pudiera negociar el convenio colectivo para el personal laboral de la Administración de la Seguridad Social, que comprende sus distintas entidades gestoras y servicios

vaivenes, sobre la representación social las reglas de legitimación propias de los convenios de ámbito supraempresarial, "aun cuando exista una sola representación patronal a la que se aplicará la regla propia de los convenios de ámbito de empresa"[14]. Sin embargo, tratándose del desarrollo de la negociación en contratas y subcontratas, la posiciones jurisprudenciales serán discutibles si se opta por aplicar a este tipo de negociación la doctrina judicial que se ha venido gestando en torno a las que ha dado en denominar "unidades artificiales de contratación"; porque esta teoría no hace sino dificultar extremadamente la apertura de un proceso de negociación transversal, cuyo objetivo es una ordenación homogénea y unitaria de condiciones laborales para quienes prestan su fuerza de trabajo en beneficio de una misma empresa principal.

## 2. INCIDENCIAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La estructura negocial no ha permanecido inmune a las nuevas formas de organización del trabajo y de la producción. Bien es cierto que en nuestro país el sistema de contratación colectiva arrastra de atrás un lastre de difícil corrección: una estructura extremadamente descentralizada y, lo que es peor, atomizada y descoordinada[15], falta de unidad y homogeneidad[16], "que sitúa a la empresa en el centro directivo de la regulación de las relaciones de trabajo"[17]. Aun cuando en lo esencial esta situación se mantiene en la actualidad con pequeñas oscilaciones, existen datos significativos de interés que permiten vislumbrar las influencias que los procesos de externalización y descentralización productiva, en sus distintas variantes, ejercen sobre la distribución y cobertura que ofrecen las unidades de contratación. Estos datos, que revelan el impacto de las nuevas formas de organización del trabajo y de la producción en la estructura negocial, se extraen de las conclusiones que ofrece el Consejo Económico y Social –CES– sobre las tendencias del sistema español

comunes. Sobre la negociación colectiva en las empresas de grupo, BAZ RODRÍGUEZ, J., "Participación y negociación colectiva en las empresas de grupo: balance de situación y cuestiones problemáticas", *RDS*, núm. 34 (2006), págs. 200 y ss.

(14) STS de 10 de junio de 2002 (RJ 2002/10643). En la misma dirección, STS de 18 de mayo de 2004 (RJ 2004/4521).

(15) "Esta falta de armonización tradicional en nuestro modelo explica en buena medida la existencia de una serie de patologías características de nuestra estructura de negociación en el período franquista, que ha tenido su continuidad en los años 80 y 90", NAVARRO NIETO, F. y SÁEZ LARA, C., *Estructura y contenidos*…, cit., pág. 20.

(16) El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva –AINC– suscrito por los interlocutores sociales en el marco de la reforma laboral de 1997, alertaba en su Preámbulo sobre esta situación, afirmando que "en nuestro país existen múltiples unidades de negociación colectiva concurrentes entre sí" y proponiendo un nuevo modelo que contribuyera a "racionalizar la estructura de la negociación colectiva, evitando la atomización actualmente existente. Sobre el AINC, CASAS BAAMONDE, M.E., "Diálogo y concertación social: El Acuerdo Interconfederal sobre Estructura de la Negociación Colectiva", *RL*, núm. 10 (1997), págs. 2 y ss. De la misma autora, "El Acuerdo Interconfederal sobre Negociación colectiva: continuidad e innovación de contenidos y propuestas de reforma de la estructura de la negociación colectiva", en AAVV (coords.: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RÉ. F. y CASAS BAAMONDE, M.E.), *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997*, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 191 y ss. BAYLOS GRAU, A., "La negociación colectiva en el Acuerdo Interconfederal", *Gaceta sindical*, núm. 158 (1997), Especial monográfico, págs. 58 y ss.

(17) BAYLOS GRAU, A., "La acción colectiva de los trabajadores en la empresa: reflexiones sobre algunos problemas derivados de la institucionalización sindical en ese espacio", *RDS*, núm. 27 (2004), pág. 14.

de negociación colectiva en los últimos diez años[18] y que, resumidamente, son las que se exponen a continuación:

– Incremento cuantitativo de los convenios colectivos de empresa en el conjunto de la negociación colectiva, pasando del 72,8% en 1996 al 76% en 2006.

– Pérdida de peso relativo del número de trabajadores afectados por convenios colectivos de empresa, que del 13,1% en 1996 desciende aproximadamente al 11% en 2006.

– Disminución de los convenios provinciales de sector, en relación con el porcentaje que en el conjunto de la negociación colectiva representan, pasando del 22,8% en el año 1996 a en torno al 20% en 2006.

– Progresivo incremento del peso de los convenios provinciales de sector en lo que hace al número de trabajadores cubiertos, habiendo pasado del 52% en 1996 a alrededor del 54% en 2006.

– Mantenimiento del porcentaje de convenios nacionales de sector en el conjunto de la negociación colectiva, en torno al 1,6% o 1,7%.

– Pérdida de peso relativo del porcentaje de trabajadores afectados por convenios nacionales de sector, pasando del 27,4% en 1996 a alrededor del 24,5% en 2006.

– Crecimiento porcentual de los convenios autonómicos que han experimentado un aumento que va del 0,7% en 1996 a alrededor del 1,2% en 2006.

– Incremento del porcentaje de trabajadores cubierto por convenios sectoriales autonómicos, que ha pasado del 5,3% en 1996 a en torno al 10% en 2006.

La estructura convencional española expresa, según estos datos, una contraposición de fuerzas, al no existir una correlación entre el incremento o, en su caso, disminución del número de convenios negociados en las distintas unidades de contratación y el aumento o aminoración en cada una de ellas del porcentaje de trabajadores afectados. La razón por la que se da esta circunstancia parece conectar con los modos en que actualmente se organiza la producción. No sorprende que cada vez sean menos los trabajadores que ven reguladas sus condiciones laborales por convenio empresarial, si se repara en el adelgazamiento que en los últimos años están experimentando las plantillas de muchas empresas, tanto de las que tradicionalmente han contado con convenio propio, como de las que han creado en los últimos años una unidad de contratación[19]. La causa responde, en buena medida, a los efectos provocados por la descentralización de las estructuras empresariales. Porque descentralización de la producción implica, por lo común, externalización

(18) CES, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España (año 2006)*, CES, Madrid, 2007, págs. 395 y ss. Fuente: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, a partir de MTAS, *Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo*. Datos a febrero de 2007.

(19) CES, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España (año 2006)*, CES, Madrid, 2007, pág. 398.

de actividades y subcontratación a terceros, también deslocalización industrial. Quien descentraliza su estructura productiva, externaliza y subcontrata –o recurre a una ETT o a otras figuras análogas– las actividades que, salvo supuestos de verdadera especialización –excepcionales, en verdad– otrora desarrollaban sus propios trabajadores. Y quien crea una nueva empresa lo hace, habitualmente, recurriendo ya de partida a las variadas posibilidades y facilidades que actualmente le ofrece el ordenamiento jurídico de contratar a terceros la realización, además de las tareas conexas, de todo o parte de los trabajos que corresponden a su propia actividad.

No extraña por ello que la empresa se dote de recursos humanos propios cada vez más reducidos, y que esta realidad tenga serias incidencias en los procesos de contratación colectiva. ¿Qué ha sido de los asalariados que tradicionalmente regulaban sus condiciones de trabajo a través de un convenio de empresa y que por efecto de la descentralización han cesado en ella como trabajadores de plantilla? Su suerte, al albur de un sinfín de condicionantes, les hará disfrutar de situaciones muy diferentes –presumiblemente inferiores– a las que tenían cuando formaban parte de la empresa principal. Naturalmente que un contingente de los afectados pasará a situaciones de desempleo, de prejubilación, de precariedad absoluta, etc.; los habrá –los menos– que creen su propia empresa, o que pasen a formar parte de otra empresa principal. Pero es previsible que muchos de tales trabajadores se transformarán en autónomos; buena parte en TRADE –trabajadores económicamente dependientes–, con posibilidad tan sólo de desarrollar acuerdos de interés profesional de eficacia muy reducida[20], continuando algunos de ellos prestando servicios para la empresa de la que en origen formaban parte. Otro grupo se incorporará a empresas auxiliares contratadas por ésta u otras empresas principales, debido a que la actividad desarrollada se ha visto afectada por la externalización.

Lo cierto es que quien ayer tenía reguladas sus condiciones laborales por convenio de empresa hoy carece de él; y que tan sólo quien pase a formar parte de la plantilla de otra empresa –principal o auxiliar– como asalariado –no como TRADE– podrá gozar de cobertura convencional. Este tránsito a empresas auxiliares produce, además de la ya significada disminución de trabajadores afectados por convenio de empresa, un aumento de cobertura en los convenios provinciales de sector. De ahí que en los últimos diez años se haya incrementado el porcentaje de trabajadores con convenio provincial, muchos de ellos trabajadores externalizados contratados por empresas auxiliares que, por su limitada dimensión y carecer de estructuras sindicales que les permitan afrontar una negociación colectiva propia, regulan las condiciones con sus asalariados a través de un convenio provincial sectorial, específico para el tipo de actividad que desarrollan.

(20) La Ley 20/2007 (BOE de 12 de julio), Estatuto del Trabajo Autónomo, dedica el Capítulo II del Título II a los trabajadores autónomos económicamente dependientes, y los define como "aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas y profesionales".

La disminución del número de convenios provinciales posiblemente obedezca al incremento experimentado por la negociación en los ámbitos autonómico y de empresa. En efecto, han aumentado los convenios de comunidad autónoma, tanto en su número como en su nivel de afectación. La causa quizá esté en el artículo 84 ET que, por efecto de la reforma laboral de 1994, fomentó la apertura de marcos autonómicos de relaciones laborales[21]. Sea como fuere, hay que tener en cuenta que la mayoría de los convenios autonómicos son uniprovinciales, lo que *de facto* supone un aumento de los convenios provinciales y de la cobertura que ofrecen, en los términos vistos anteriormente.

Una de las razones por la que los convenios nacionales de sector, manteniendo constante su número, afectan a cada vez menos trabajadores podría estar en las incidencias que los procesos de externalización y descentralización proyectan sobre los ámbitos funcionales de contratación. Existen sectores de actividad definidos convencionalmente que no parecen encajar con la actividad desarrollada por empresas auxiliares, sobre todo por empresas con actividades diversificadas que, al ver en su pluralidad una vía de escape, optan por eludir la aplicación de convenio. Esta situación, cada vez más común, ha motivado conflictos que la doctrina judicial ha resuelto, declarando, con buen criterio, que a una misma empresa le pueden ser de aplicación varios convenios colectivos, sin que sea aducible para pretender lo contrario aplicar los principios de unidad de empresa y unidad de convenio[22], por "ser la actividad la que determina la adscripción a un convenio colectivo"[23].

**LOS CAMBIOS HABIDOS EN LA ORGANIZACIÓN DE LA PRODUCCIÓN, ADEMÁS DE PROVOCAR TRASVASES CONTINUOS DE ASALARIADOS DE UNAS UNIDADES A OTRAS, HAN DADO LUGAR AL AUMENTO DEL NÚMERO DE TRABAJADORES SIN CONVENIO**

Ciertamente, la externalización y la descentralización de la producción ejercen serias influencias sobre la estructura de la negociación colectiva, pero también sobre el grado de cobertura que ofrece el convenio. Los cambios habidos en la organización de la producción, además de provocar trasvases continuos de asalariados de unas unidades a otras, han dado lugar a un aumento de trabajadores sin convenio. Es alarmante que en 2006 más del 21% (2.650.000) de los trabajadores asalariados

(21) Por todos, CASAS BAAMONDE, M.E., "La reforma del mercado de trabajo. Diez años de legislación laboral: 1985-1995", *RL*, núms. 1/2. Especial monográfico (1996), pág. 77. SALA FRANCO, T., *La reforma del mercado de trabajo,* 1ª edic., CISS, Valencia, 1994, pág. 244.

(22) STSJ de Aragón de 19 de febrero de 2001 (JUR 2001/117558); STSJ del País Vasco de 2 de marzo de 1998 (RCL 1997/997); STSJ de Cataluña de 24 de abril de 2002 (AS 2002/1923). Este criterio no es incompatible con la aplicación del principio de "actividad empresarial preponderante", SAN de 24 de noviembre de 2005 (AS 2006/929) y STS de 29 de enero de 2002.

(23) STSJ de La Rioja de 22 de junio de 2004 (JUR 2004/191108). En el mismo sentido, STSJ de Andalucía (Málaga) de 8 de noviembre de 1993 (AS 1993/4967) y STS de 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8605).

carecieran de cobertura convencional; porcentaje este que no cuantifica a quienes con mayor frecuencia sufren los efectos más perversos de la externalización: los TRADE[24] y trabajadores en situación de irregularidad.

## 3. ALGUNAS PROPUESTAS PARA AFRONTAR LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA DESDE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Afirmar que la negociación colectiva debe afrontar nuevos desafíos, frente a los efectos negativos que sobre el trabajo proyectan los cambios en las estructuras productivas, puede parecer una obviedad, máxime si se tiene en cuenta la respuesta del legislador español[25], que al día de hoy no ha dotado de un marco normativo adecuado a cada una de estas situaciones.

Resultado de la anomia legislativa y de la inexistencia de un sistema garantista que tutele adecuadamente los derechos de quienes participan en un mismo proceso de actividad productiva es la degradación de las condiciones laborales de quienes prestan servicios en empresas auxiliares, pero también, en ocasiones, de quienes permanecen en la empresa principal. Esta realidad ha provocado situaciones de desigualdad entre unos y otros trabajadores, dando lugar a la emergencia de una nueva clase social marginal que, por su extrema vulnerabilidad, no tiene más opción que aceptar de empresas auxiliares condiciones de trabajo tan precarias que sitúan a este colectivo en una posición de subordinación y dependencia tales que roza el trabajo forzoso u obligatorio.

Las razones de esta desigualdad son conocidas. La dimensión reducida de las empresas auxiliares, unida a los altos niveles de rotación y temporalidad que acusan sus plantillas, dificultan la constitución de organizaciones representativas estables, sólidas y consolidadas capaces de afrontar, no ya una mejora de las relaciones laborales, sino siquiera un control y seguimiento adecuados en la aplicación por parte de la dirección de unos estándares de trabajo dignos. Por otra parte, la descentralización produce una segmentación del trabajo y de las condiciones laborales, en buena medida como consecuencia de la inexistencia de unidad convencional entre la empresa principal y las auxiliares con las que contrata: es frecuente, que la empresa madre regule las relaciones con sus asalariados a través de convenio propio o de convenio nacional de sector; y que las empresas auxiliares, en función de si su actividad está o no diversificada, se autoexcluyan de cualquier convenio o apliquen uno provincial específicamente negociado para actividades típicas

(24) Como se ha visto, los trabajadores autónomos dependientes, tal y como establecen los artículos 3.2 y 13 de la Ley 20/2007, Estatuto del Trabajo Autónomo, tan sólo podrán concertar, a través del sindicato u organización de autónomos a que pertenezcan, acuerdos de interés profesional. La eficacia personal de estos acuerdos se limitará a quienes lo suscribieron y, en su caso, a los afiliados y a los firmantes que hayan prestado expresamente su consentimiento.

(25) Hay, sin embargo, sectores específicos de actividad que ofrecen a los trabajadores provenientes de contratas y subcontratas una cobertura legal más garantista. Es el caso de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción. Sobre el contenido de la Ley, MERCADER UGUINA, J. y NIETO ROJAS, P., "La Ley reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción", *RL*, núm. 4 (2007), págs. 72 y ss. MERINO SEGOVIA, A., *Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*, Bomarzo, Albacete, 2006.

externalizadas, con condiciones inferiores a las del convenio de la empresa matriz. Existe, además, cierta tendencia a concertar en empresas principales acuerdos informales o condiciones más beneficiosas que mejoran la regulación convencional, debido, entre otras circunstancias, a que aquéllas están sometidas a una mayor presión sindical y a que sus márgenes de rentabilidad y los beneficios que obtienen las sitúan en una posición más ventajosa que la de las empresas con las que contratan, muchas de ellas "impelidas" a concertar contratos privados de menor o escasa rentabilidad, y sin más opción que asignar condiciones de trabajo a la baja.

### A) Opciones que se le brindan al convenio colectivo de aplicación a empresas auxiliares

La dificultad que encuentran los trabajadores de empresas auxiliares de constituir canales de representación propios recurriendo a las posibilidades que les brinda el Título II del ET –comités de empresa y delegados de personal–, así como de crear estructuras sindicales en el seno de la empresa, genera distorsiones con incidencia, no sólo en el cumplimiento efectivo de sus condiciones de trabajo, sino también en la posibilidad de que el convenio colectivo de ámbito empresarial integre de forma adecuada los intereses de los trabajadores, afectados éstos en buena medida por la rotación y la temporalidad. Resultado de todo ello es un déficit de tutela de este colectivo de asalariados, que difícilmente puede canalizar la salvaguarda de sus derechos a través de estructuras representativas en red que ensamblen los intereses de todos los trabajadores que, provenientes de empresas auxiliares, participan en un mismo proceso productivo.

Esta situación provoca que, en muchas ocasiones, no exista un referente colectivo para un contingente cada vez más numeroso de trabajadores que basa su posición contractual en una relación directa e individualizada con el empresario, a la par que genera serios inconvenientes cuando se trata de garantizar la aplicación efectiva de las condiciones de trabajo reguladas en convenio colectivo. Sucede con asiduidad que la ausencia de estructuras representativas estables con capacidad convencional dificulta la negociación de un convenio de empresa, al tiempo que surgen dificultades para impeler colectivamente a la empresa auxiliar a que aplique el convenio o convenios sectoriales pertinentes.

Esta realidad, tan generalizada, no impide que, en determinadas circunstancias, los trabajadores de empresas auxiliares puedan ver reguladas colectivamente sus relaciones de trabajo. No es frecuente, en esta tesitura, una negociación en el seno de la empresa sino la pactación sectorial de convenios –por lo común, provinciales–, específicos para actividades típicamente externalizadas[26]. Convenios estos habitualmente distintos y con condiciones de trabajo inferiores a los que aplican las empresas madre para las que prestan servicios las auxiliares.

Es factible, no obstante, una aproximación de las condiciones laborales de unos y otros trabajadores a través de la incorporación en la negociación colectiva de cláusulas que

(26) CRUZ VILLALÓN, J., "Los sujetos y los escenarios de la negociación colectiva: de las unidades clásicas a los nuevos ámbitos convencionales", *XIII Jornadas de estudio sobre negociación colectiva*, MTSS, Madrid, 2001, pág. 247. ROMERAL HERNÁNDEZ, J., *Efectos de la descentralización productiva sobre las relaciones colectivas de trabajo: ETT y contratas*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 111.

obliguen a las empresas auxiliares a garantizar a sus asalariados condiciones similares a las que aplica la empresa principal[27]. Sería inviable, quizá, una equiparación total y absoluta, pero no una igualación en aspectos relativos a retribución, jornada y distribución del tiempo de trabajo, descanso y vacaciones, prevención de riesgos laborales, etc., sobre todo cuando los trabajadores externalizados concurran en el centro de trabajo de la empresa principal[28]. Naturalmente que este tipo de prácticas tendrá usualmente como objetivo satisfacer las necesidades organizativas de la propia empresa y no la equiparación de las condiciones laborales de los trabajadores[29].

Esta opción no impide, por lo demás, a las empresas auxiliares acudir a las posibilidades que ofrece el artículo 92.1 ET a los sujetos colectivos legitimados de suscribir un acuerdo por el que se adhieran al convenio colectivo de la empresa principal. Lo que no es dable es que el convenio colectivo de aplicación exclusiva a empresas auxiliares imponga cargas u obligaciones a la empresa principal, toda vez que, como regla, la norma convencional no puede generar efectos sobre quienes no se hallan representados por quienes fueron parte en su negociación[30].

### B) Posibilidades de actuación del convenio colectivo de aplicación a la empresa principal

Lo ideal sería, en cualquier caso, la inclusión de las empresas auxiliares dentro del ámbito de aplicación del convenio de la empresa madre. Posibilidad ésta, sin embargo, de imposible realización cuando la unidad de contratación sea de empresa; en estas circunstancias, las reglas de legitimación que fija el Título III del ET para la negociación del convenio colectivo de empresa impiden al comité, secciones sindicales o, en su caso, al comité intercentros la selección de un ámbito que, trascendiendo su espacio natural represen-

(27) ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., "Las condiciones de trabajo en las empresas auxiliares", Observatorio de la negociación colectiva (coordinador general Escudero Rodríguez, R., *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pág. 81.

(28) En el sector de limpieza es común la celebración de acuerdos colectivos de empresas típicamente auxiliares orientados, si no a una igualación, sí cuando menos a una aproximación entre las retribuciones que perciben estos trabajadores y los de la empresa principal en los que aquéllos realizan su prestación de servicios. Al respecto, AAVV (coords.: Baylos Grau, A. y Trillo Párraga, F.), *Análisis de la estructura y contenidos de la negociación colectiva del sector de la limpieza de edificios y locales*, Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 59 y ss.

(29) "Es poco probable que este tipo de cláusulas de equiparación se generalice si no vienen impuestas por necesidades organizativas o por la regulación legal, como en el caso de las ETT, y ello porque precisamente las empresas auxiliares cuyos trabajadores necesitan especial protección se encuentran en una posición de cierta subordinación respecto de las principales, o en todo caso se especializan en tareas que están relativamente poco valoradas en las redes empresariales", ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., "Las condiciones de trabajo…", cit., pág. 81. En los criterios para la negociación colectiva de 2004, CCOO proponía para los convenios, sectoriales o de empresa, de afectación a las empresas contratistas: "–Evitar que la extinción de los contratos esté ligada a la duración de la contrata mercantil o de la concesión administrativa (…). –Negociar la conversión de los contratos de obra o servicio en indefinidos; vincular a los trabajadores y trabajadoras a un centro concreto de trabajo de la empresa principal (favorece la estabilidad y la posible subrogación). –Incluir cláusulas que garanticen la subrogación de la plantilla en caso de cambio de contrata por parte de la empresa principal, siempre que se mantenga la actividad o el servicio" (CCOO, *Negociación colectiva 2004. Resumen de los criterios aprobados por la Comisión Ejecutiva Confederal*, 18 de noviembre de 2003).

(30) STS de 28 de octubre de 1996 (RJ 1996/7797). STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de enero de 1999 (AS 1999/195). STSJ de la Comunidad de Madrid de 31 de enero de 2002 (AS 2002/917).

tativo, quiera abarcar además de a la principal, a las empresas auxiliares por ella contratadas[31].

Cuestión distinta es que el convenio de aplicación a la empresa principal sea sectorial, en cuyo caso, la inclusión o no de las auxiliares dependerá de si el ámbito funcional convencional comprende la actividad o actividades desarrolladas por dichas empresas[32]; nuevamente, las reglas de legitimación negocial previstas en el ET dificultan la integración en el espacio aplicativo del convenio a empresas no representadas por quienes fueron parte del mismo. En todo caso, conviene recordar que es criterio jurisprudencial que a una misma empresa le pueden ser de aplicación varios convenios colectivos, lo que puede resultar muy útil en el caso de empresas multiservicios[33].

**ES CRITERIO JURISPRUDENCIAL QUE A UNA MISMA EMPRESA LE PUEDEN SER DE APLICACIÓN VARIOS CONVENIOS COLECTIVOS, LO QUE PUEDE RESULTAR MUY ÚTIL EN EL CASO DE LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS**

No es admisible, por otra parte, que a una empresa auxiliar, excluida del ámbito funcional del convenio aplicable a la empresa principal, se le impongan convencionalmente determinadas cargas orientadas a equilibrar los derechos de sus trabajadores con los de la empresa contratante. En esta dirección, la doctrina judicial califica de extralimitación la implicación o alusión por las partes negociadoras a un tercero que no participó en tal negociación, por cuanto el convenio colectivo "ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación"[34].

No parece, sin embargo, que exista impedimento legal para que el convenio de aplicación a la empresa principal exija a ésta la obligación de imponer determinadas garantías sociales a las empresas auxiliares con las que contrate[35]. Se trataría de

(31) ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., "Las condiciones de trabajo…", cit., pág. 87.

(32) ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., "Las condiciones de trabajo…", cit., pág. 88.

(33) STSJ de Aragón de 19 de febrero de 2001 (JUR 2001/117558); STSJ del País Vasco de 2 de marzo de 1998 (RCL 1997/997); STSJ de Cataluña de 24 de abril de 2002 (AS 2002/1923).

(34) STS de 28 de octubre de 1996 (RJ 1996/7797). En relación con empresas usuarias y una ETT, STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de enero de 1999 (AS 1999/195).

(35) Debe repararse, a su vez, en los criterios que CCOO propone para la negociación colectiva de 2004, con respecto a los convenios que afectan a las empresas principales: "–Identificar las actividades objeto de subcontratación, estableciendo límites a la externalización. –Establecer requisitos o prioridades para las empresas contratistas en relación con el grado de estabilidad de sus plantillas y con la prevención de riesgos laborales. –Establecer limitaciones para que la empresa contratista pueda, a su vez, subcontratar con una tercera y establecer responsabilidades. –Integrar en el ámbito funcional del convenio colectivo a otras actividades conexas a la empresa principal. –Establecer pautas de coordinación sindical. –Incluir a los trabajadores de contratas y subcontratas en los planes de prevención de la empresa principal" (CCOO, *Negociación colectiva 2004. Resumen de los criterios aprobados por la Comisión Ejecutiva Confederal*, 18 de noviembre de 2003).

la inclusión en el contrato –de concesión, de ejecución de obra, de prestación de servicios, etc.– que la empresa principal concierte con la auxiliar un pliego de condiciones o cláusulas sociales, por la que esta última, de aceptar los términos del contrato, se obliga a garantizar determinadas condiciones laborales a sus empleados. Esta opción es factible, siempre y cuando con tal imposición no se prive a la empresa auxiliar de su derecho a la negociación colectiva[36]. Otra opción sería, en fin, que la empresa principal se obligara convencionalmente a garantizar a los trabajadores de la empresa auxiliar con la que contrata ciertas ventajas adicionales a las que ésta otorga; tales beneficios –que no tienen por qué ser equiparables a los que obtienen los trabajadores de la empresa principal– podrían materializarse, por ejemplo, en la obtención por los trabajadores de la empresa auxiliar de determinadas ventajas económicas que sirvan de complemento a los salarios que perciben, o en la puesta en funcionamiento de concretas políticas preventivas de riesgos en el lugar de trabajo en que se desarrolla la prestación laboral.

### C) Una buena solución con algunos inconvenientes: la constitución de unidades transversales de negociación

Que la elección de la unidad de contratación es un poder atribuido *ex lege* a los sujetos con legitimación negocial es una cuestión que no admite discusión. No existe, pues, impedimento legal para seleccionar como centro de imputación normativa un espacio de contratación que, aun siendo inusual en la práctica convencional por no corresponder a una única empresa o a un solo tipo de actividad, responda legítimamente a las particularidades del ámbito afectado[37].

Las facilidades que el artículo 83.1 ET brinda a los futuros negociadores para seleccionar el ámbito del convenio permite a aquéllos crear unidades transversales de contratación que aglutinen a un conjunto de empresas que, perteneciendo a diferentes sectores de actividad productiva, presenten un elemento de cohesión: la prestación de servicios para una misma empresa principal. Este tipo de negociación, escasamente ensayado en la práctica convencional española, permite dar respuesta a las necesidades organizativas de las distintas empresas –de la principal, señaladamente– pero facilita también –y esto es crucial– una igualación de las condiciones laborales de quienes participan en un mismo proceso productivo, si no con carácter general sí, al menos, en relación con determinadas materias que posibiliten tal equiparación.

(36) La inclusión de cláusulas en la licitación pública referidas a la calidad en el empleo –exclusión de ETT y posibilidad de establecer cláusulas sociales como criterio valorativo para la adjudicación de contratos públicos– encuentra algunos inconvenientes en Sevilla. En efecto, el Dictamen 453/2006, de 3 de octubre, de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía considera "contraria a Derecho la precisión de la contratación con empresas de trabajo temporal (…), que llega hasta la exclusión de sus ofertas y viene a funcionar como una prohibición de contratar, lo que va más allá de lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas"; entendiendo, a su vez, que "el Derecho Comunitario impide en la actualidad la introducción de cláusulas sociales como criterios de valoración desconectados del objeto del contrato". Un interesante estudio crítico sobre este pronunciamiento en ROMÁN VACA, E., "Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario. El ejemplo sevillano", *RDS*, núm. 36 (2006), págs. 193-227.

(37) SAN de 26 de abril de 2005 (JUR 2005/232038). STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de octubre de 2005.

En tales circunstancias puede, sin embargo, resultar problemática la determinación de los sujetos con capacidad para convenir en el ámbito seleccionado condiciones de trabajo. Si se asimila la negociación colectiva transversal a la de un convenio colectivo concertado para un conjunto de empresas que, sin conformar un grupo en sentido técnico jurídico, presenta ciertas similitudes en relación con el tipo de actividad desarrollada, y si se repara en cierta línea jurisprudencial que reconoce en tales casos legitimación a los distintos comités de empresa y al conjunto de los empresarios afectados[38], entonces quizá podría reclamarse la aplicación de las reglas previstas en el artículo 87.1 ET para la negociación de empresa. Pero, tal vez, lo conveniente sería equiparar este tipo de negociación al grupo de empresas u otras unidades de estructura compleja, en cuyo caso a la contratación colectiva transversal le sería imputable un criterio mixto que atribuye legitimación al empresario y a los sindicatos.

La ausencia de una ordenación legal en la materia que defina los sujetos con legitimación convencional en un ámbito a la fecha inusual ha llevado a la doctrina laboral a equipar la negociación transversal con la sectorial. Se afirma, así, que este nuevo y poco común modelo de contratación colectiva no encuentra correspondencia con el convenio de empresa, "pues afecta a las empresas con que se contrata o subcontrata por parte de una empresa principal", sino con la "negociación colectiva sectorial", por desarrollarse para "un sector *transversal*" y no comprender, como se acostumbra, "a empresas que se dedican a una misma actividad económica y productiva"[39].

Asimilar la negociación colectiva transversal con el convenio sectorial resulta apropiado, si se repara en la pluralidad, no sólo de los sectores afectados, sino de las empresas que participan en un mismo proceso productivo[40]. Con todo, los problemas que surgen de inmediato, y que pueden llegar a dificultar una negociación de esta naturaleza, tienen que ver con la correspondencia que ha de existir entre el ámbito de contratación seleccionado y los sujetos legitimados para convenir en la unidad negocial de referencia. Ciertamente, la legitimación desde la posición de los trabajadores no parece suscitar excesivas dificultades, por quedar la misma atribuida, en todo caso, a los sindicatos más representativos, con independencia de su nivel de implantación en el ámbito afectado[41]; sin embargo,

(38) STS de 20 de octubre de 1997 (RJ 1997/8083), en relación con el convenio colectivo para el personal laboral de las Universidades públicas de Galicia, suscrito por las Universidades de Santiago de Compostela, Vigo y A Coruña, de una parte, y, de otra, por el personal de estas Universidades representado por los respectivos comités de empresa.

(39) TRILLO PÁRRAGA, F. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., "Crónica del conflicto en REPSOL-YPF", *RDS*, núm. 24 (2003), pág. 194. Así lo entendió la STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de octubre de 2005, con ocasión de un pacto de fin de huelga suscrito, en representación de los trabajadores y empresas contratistas y subcontratistas de REPSOL-YPF en Puertollano, por los dos sindicatos más representativos a nivel estatal –CCOO y UGT– y por la Asociación de Empresarios de Puertollano. Solución judicial que planteó, sin embargo, algunas dificultades con respecto a la legitimación empresarial, debido a que las empresas contratistas y subcontratistas no se consideraron representadas por la asociación empresarial firmante. Un comentario a esta sentencia en MERINO SEGOVIA, A., "Descentralización productiva en el complejo petroquímico Repsol-YPF y constitución de unidades transversales de negociación", *RDS*, núm. 32 (2006), págs. 213-230.

(40) No es factible, por consiguiente, constituir una coalición de representantes unitarios ni una comisión *ad hoc* formada por éstos; tal solución "pugna con lo dispuesto en el artículo 87.2 del Estatuto de los Trabajadores para los convenios de ámbito superior a la empresa (…), al limitar éste la legitimación para negociar, por parte de los trabajadores, a los sindicatos, federaciones o confederaciones sindicales en los que concurra la representatividad mínima que en él se señala", STC 4/1983, de 28 de enero.

(41) Los sindicatos más representativos son idóneos para negociar a nivel supraempresarial, incluso cuando no superen el 1% de representatividad en el sector o sectores afectados, STS de 4 de junio de 1999 (RJ 1999/5068). También están legitimados los sindicatos con, al menos, un 10% de audiencia electoral en el ámbito del convenio.

tratándose de las asociaciones empresariales, éstas no quedan en una cómoda posición, al requerirse de ellas –salvo en el supuesto previsto en el artículo 87.4 ET, convenios supraempresariales de ámbito nacional– que individualizadamente cuenten con un mínimo del 10% de las empresas y trabajadores afectados por el convenio –artículo 87.3 ET–.

Si se repara en la transversalidad de la negociación a desarrollar –en la pluralidad de sectores concurrentes– y en la exigencia legal de que las asociaciones empresariales alcancen determinados umbrales de representatividad "en el ámbito del convenio", los obstáculos pueden ser muchos a la luz de la jurisprudencia que ha interpretado cómo deben computar los porcentajes de empresas y trabajadores exigidos a las asociaciones patronales para negociar convenios de ámbito superior a la empresa.

En esta tesitura, es doctrina judicial que empresas y trabajadores de una determinada rama de actividad económica no pueden dictar normas que afecten a otro ramo diferente[42]; también que un convenio colectivo no puede afectar a empresas que no fueron parte en la negociación[43]; "que los negociadores legitimados son aquellos que verdaderamente representan a las empresas a cuyo ámbito va a afectar el convenio", siendo ésta una condición necesaria para su eficacia[44]; "que una empresa no puede ver sometidas sus relaciones contractuales de trabajo con sus empleados a un convenio colectivo celebrado respecto de un sector de la actividad económica distinto del suyo propio"[45]; que el ámbito territorial y funcional de las representaciones –sindical y empresarial– ha de coincidir con el del convenio[46], por cuanto una de las limitaciones que se imponen a la libre selección de la unidad de contratación viene determinada por las propias reglas de legitimación negocial que impide a los sujetos colectivos negociar fuera de su ámbito territorial y funcional de actuación[47]; que las partes no pueden concretar una unidad de negociación más extensa de la que deriva de su misma legitimación[48]; y que "la libertad que tienen las partes negociadoras de fijar el ámbito de aplicación del convenio colectivo que concierten (…) no puede ser entendida en términos absolutos, sino con relación a la unidad negocial de que se trate y a la representatividad que ostentaren las partes intervinientes en la negociación"[49].

(42) STSJ de Baleares de 13 de julio de 1996 (AS 1996/2542).

(43) Por todas, STS de 28 de octubre de 1996 (RJ 1996/7797). STSJ de la Comunidad de Madrid de 31 de enero de 2002 (RJ 2002/917).

(44) STSJ de la Comunidad de Madrid de 31 de enero de 2002 (AS 2002/917).

(45) STSJ de Baleares de 29 de enero de 2002 (AS 2002/1308).

(46) STC 57/1989. SSTS de 1 de octubre de 1998 (RJ 1998/7801) y de 17 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9750).

(47) STS de 8 de junio de 2005, (rec. 100/2004).

(48) STSJ del País Vasco de 22 de julio de 1996 (AS 1996/2575).

(49) STS de 28 de octubre de 1996 (RJ 1996/7797). STSJ de Andalucía (Sevilla) de 16 de mayo de 2001 (JUR 2001/1238). STSJ de Baleares de 29 de enero de 2002 (AS 2002/1308). STSJ de Extremadura de 11 de julio de 2003 (JUR 2004/55448).

No resulta sencillo, si se atiende a estos pronunciamientos, precisar con exactitud la legitimación para concertar acuerdos o convenios en unidades transversales de contratación, salvo la de los sindicatos más representativos, que no requieren para participar en el proceso de negociación tener implantación ni un determinado índice de audiencia electoral en el ámbito afectado. Las dificultades son, en este caso, de naturaleza endosindical, derivadas de la necesidad de concretar el sujeto negociador –federaciones sectoriales o uniones territoriales–: la opción más plausible sería desplazar en estas circunstancias la negociación hacia las estructuras territoriales del sindicato, que son las que, en verdad, representan la transversalidad; no obstante ello, es muy posible que las federaciones que se corresponden con los sectores afectados reclamen protagonismo y capacidad convencional, llegando a provocar tensiones y perturbaciones en el seno del sindicato.

**NO RESULTA SENCILLO PRECISAR CON EXACTITUD LA LEGITIMACIÓN PARA CONCERTAR ACUERDOS O CONVENIOS EN UNIDADES TRANSVERSALES DE CONTRATACIÓN, SALVO LA DE LOS SINDICATOS MÁS REPRESENTATIVOS**

¿Puede, por otra parte, una federación o asociación empresarial sectorial –o sindicato, si no es más representativo–, a la luz de la jurisprudencia recién esbozada, participar en una negociación de tales características, que excede de su ámbito de representación al ser varios los sectores implicados[50]?; y caso afirmativo, el cómputo de representatividad, ¿ha de hacerse de forma global en el ámbito del convenio –como prescribe el artículo 87 ET– o en el sector de actividad que representa la organización en cuestión?; ¿una empresa auxiliar implicada en un determinado proceso de descentralización productiva que, por cualquier causa, no cuente con una federación o asociación empresarial sectorial que le represente en la negociación, estará vinculada por el convenio cuyo ámbito funcional es transversal[51]?; y, finalmente, la complejidad recién escrita, ¿aconseja que la negociación del lado empresarial sea directamente afrontada por asociaciones patronales no sectoriales sino territoriales, cuyo ámbito locativo de actuación coincida o sea más amplio que el de la unidad geográfica seleccionada?, de ser así, ¿ese tipo de organizaciones territoriales representa,

(50) Es de interés, en este sentido, la STSJ del País Vasco de 2 de diciembre de 2003 (AS 2003/4246), que reconoce legitimación a una asociación empresarial para negociar un convenio provincial, por considerar que goza de representatividad al medirse la misma en "el marco del convenio que se quiere negociar, con independencia de que las empresas representadas circunscriban su actividad a una sola localidad de las integradas en ese ámbito territorial". El asunto planteado es en relación con el convenio para el sector de consignatarios de buques, empresas estibadoras y transitarias de la provincia de Vizcaya y la asociación de consignatarios de buques y estibadores de la provincia de Bilbao. La cuestión a resolver es si esta asociación que suscribió el convenio de referencia estaba facultada o no para negociar convenios provinciales, ya que, al menos en apariencia, el ámbito del convenio excedía de la representatividad que dicha asociación detentaba.

(51) Sostiene la STSJ de la Comunidad de Madrid de 31 de enero de 2002 (RJ 2002/917), que el convenio ha de ser aplicado a las empresas a quienes representa la asociación empresarial firmante, pero no a los demás empresarios del resto de los sectores económicos del territorio.

en verdad, en la negociación a todas las empresas auxiliares a las que se pretende aplicar el convenio resultante?

Existen, además, otros condicionantes conexos que, en la práctica, pueden llegar a dificultar la negociación colectiva en empresas auxiliares que presten servicios para una misma empresa madre. En efecto, la diferenciación que hacen nuestros tribunales entre unidades naturales y unidades artificiales o indeterminadas de contratación, les lleva a considerar dentro de este segundo grupo las no previstas por el legislador de manera expresa[52]. Son muy discutibles las exigencias que, al respecto, impone la doctrina judicial para concertar convenios en estos ámbitos que considera indeterminados, al establecer que la legitimación negocial ha de ir referida a cada una de las unidades que integran el conjunto; "no puede aceptarse un cómputo" global, que supondría que "sindicatos con implantación nula (ni un solo representante) en una de ellas pudieran negociar (…) en nombre de trabajadores" de ese otro ámbito "que no los eligieran o rebasando los límites establecidos en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical"[53]. Considera además la jurisprudencia que no existe obligación legal de negociar convenios de estas características: entender –dice el TS– que todas las empresas siguen obligadas a mantenerse en unidad para negociar un posterior convenio, es llevar el mandato contenido en el artículo 89.1 ET mucho más allá de lo que en él se ordena; este criterio supone mantener por la fuerza la existencia de una unión de empresas, cuando tal unión sólo puede subsistir si se cuenta con la conformidad y voluntad de todas y cada una de las entidades empresariales que la componen[54].

La negociación transversal a la que se ha hecho referencia no está expresamente prevista en el ET, como exigen los tribunales para asignarle el calificativo de natural. En consecuencia, si la doctrina judicial considera indeterminado o artificial este ámbito de contratación, entonces habrá que reclamar una intervención legal que transforme en natural la negociación transversal, al objeto de facilitar una equiparación de las condiciones de trabajo de quienes participan en un mismo proceso productivo.

### D) Hacia una redefinición del ámbito funcional del convenio colectivo

Los cambios habidos en la organización del trabajo y de la producción aconsejan una reordenación de la negociación colectiva que, tomando en consideración la externalización y descentralización, favorezca la incorporación de empresas auxiliares. Una forma de abordar esta cuestión lo es a través de la redefinición y ampliación en la negociación

(52) STS de 17 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9750). STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de noviembre de 2002 (AS 2003/3215).

(53) STS de 17 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9750), en relación con un convenio colectivo negociado para las CCAA del País Vasco y Navarra. En el mismo sentido, STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de noviembre de 2002 (AS 2003/3215), respecto de un convenio "bipolar" que se extiende a una pluralidad de provincias sin correspondencia con una Comunidad Autónoma.

(54) STS de 20 de octubre de 1997 (RJ 1997/8083).

sectorial del ámbito funcional del convenio, mediante una operación expansiva que, tomando en consideración toda la cadena de producción, integre en una misma unidad, además de las actividades que de modo directo ejecuta la empresa matriz, las auxiliares o complementarias desarrolladas por empresas filiales o subcontratadas. La actividad sindical debe ir orientada a "evitar la configuración de convenios colectivos sectoriales horizontales"[55] cuyos ámbitos funcionales se definen por el tipo de empresa, e integrar actividades productivas que, a su vez, comprendan una pluralidad de procesos. De este modo, el convenio, no sólo verá ampliado su espacio de cobertura, sino que también facilitará una equiparación de las condiciones de trabajo de quienes prestan servicios en empresas auxiliares con las de la plantilla de la empresa principal.

En fin, para dar cobertura a espacios actualmente desprotegidos, es conveniente que la propia negociación colectiva revise y redefina sus ámbitos de aplicación, los funcionales, pero también los territoriales, prestando especial atención "a los procesos de segregación de empresas"[56]. No se trata de crear nuevas unidades que favorezcan la dispersión negocial, sino de ampliar la cobertura que ofrece el convenio, sin invadir actividades comprendidas en el espacio funcional de otros preexistentes[57], fundamentalmente los de ámbito nacional.

(55) CCOO, *Negociación Colectiva 2004. Resumen de los criterios aprobados por la Comisión Ejecutiva confederal*, 18 de noviembre de 2003.

(56) CCOO, *Negociación Colectiva 2004*..., cit.

(57) CCOO, *Criterios para la Negociación Colectiva 2006*, Documento aprobado por la Comisión Ejecutiva Confederal, 17 de enero de 2006.

# Descentralización productiva y responsabilidad del empresario principal. Una introducción crítica[1]

ELENA DESDENTADO DAROCA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha

## Resumen

**DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO PRINCIPAL. UNA INTRODUCCIÓN CRÍTICA**

*El presente artículo aborda una exposición crítica del régimen de la descentralización productiva en el derecho español del trabajo, distinguiendo entre las formas de descentralización prohibida, libre y controlada. El estudio comienza con la interposición del contrato –la cesión de trabajadores–, para continuar con un examen más detenido de las formas de colaboración interprofesional a través de las denominadas contratas y otros negocios jurídicos, civiles y mercantiles, con función similar. El estudio comprende tanto el régimen laboral de la responsabilidad (artículo 42 ET), como el de Seguridad Social y la prevención de riesgos laborales, extendiéndose también a la regulación sectorial que la Ley 32/2006 ha establecido para el sector de la construcción.*

*Este análisis de conjunto permite establecer algunas conclusiones críticas que ponen de relieve la falta de coherencia de las distintas regulaciones, la desproporción del recurso a la responsabilidad solidaria en la descentralización laboral, la excesiva extensión de la responsabilidad para las obligaciones en materia de Seguridad Social y la deficiente regulación de las responsabilidades en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.*

(1) Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada por la autora en el seminario italo-español que, bajo el título "Las transformaciones de la figura del empresario", se celebró los días 28 y 29 de junio de 2007 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Cuenca (Universidad de Castilla-La Mancha), en el marco del Proyecto SEJ 2005-25740-E JUR del Ministerio de Educación y Ciencia.

## Abstract

### PRODUCTIVE DECENTRALIZATION AND THE MAIN MANAGER'S RESPONSIBILITY. A CRITICAL INTRODUCTION

*The present article approaches a critical statement of the regime of the productive decentralization in the Spanish working law, distinguishing among the forms of forbidden, free and controlled decentralization. The study begins with the presentation of the contract –the loan of workers–, to continue with a detained exam in the ways of interproffesional collaboration through those denominated outsourcing and other juridical, civil and mercantile business, with similar function. The study covers so the labor regime of the responsibility (Article 42 ET), as the Social Security and the prevention of labor risks, also extending to the sectoral regulation that the Law 32/2006 have settled down for the sector of the construction.*

*This analysis on the whole allows to establish some critical conclusions that highlight the lack of coherence of the different regulations, the disproportion of the resource to the supportive responsibility in the labor decentralization, the excessive extension of the responsibility for the obligations as regards Social Security and the inadequate regulation of the responsibilities in the field of the prevention of labor risks.*

## Sumario:

**1. La descentralización productiva y su impacto en el Derecho del Trabajo. 2. El régimen de la responsabilidad laboral en los fenómenos de descentralización contractual.** A) Descentralización lícita y descentralización prohibida. La interposición como límite a la descentralización. B) La frontera interna entre la descentralización lícita libre y la descentralización lícita controlada. a) La necesidad de distinción y el límite negocial. La calificación de la contrata como contrato de obra por empresa y sus efectos excluyentes. b) El límite objetivo. La propia actividad como requisito para la aplicación del artículo 42 ET. C) La responsabilidad solidaria del empresario comitente impuesta en el artículo 42 ET. a) El esquema general de la protección frente a la descentralización productiva lícita. Los orígenes de la responsabilidad del empresario principal y su fundamento. b) El régimen jurídico de la responsabilidad laboral del empresario principal. **3. Los regímenes especiales de responsabilidad en la descentralización productiva: Seguridad Social, prevención de riesgos laborales y la regulación sectorial de la construcción.** A) Descentralización productiva y Seguridad Social. B) Prevención de riesgos laborales, coordinación empresarial y contratas. a) La regulación legal del régimen de

responsabilidad. Responsabilidades en el ámbito sancionador y en la reparación. b) La construcción jurisprudencial de la figura del empresario infractor más allá de la contrata y de la relación laboral. c) El alcance de la responsabilidad solidaria en la contrata que se ejecuta en el centro de trabajo del empresario principal. C) La regulación específica de la descentralización productiva en el sector de la construcción.

**4. Valoración crítica. La responsabilidad subsidiaria en el ámbito laboral y de Seguridad Social y la noción de empresario infractor como criterio de imputación de responsabilidades directas en el marco de la prevención de riesgos laborales.**

## 1. LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y SU IMPACTO EN EL DERECHO DEL TRABAJO

**LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA ES YA UN TÓPICO EN LA REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO**

La descentralización productiva es ya un tópico en la reflexión crítica sobre las transformaciones del Derecho del Trabajo. Se trata de una noción que, con mayor o menor fortuna, los juristas hemos importado de la sociología económica. El fenómeno ha sido descrito con precisión y cuenta además con iconos y metáforas expresivos. En las descripciones ya clásicas de CASTELLS, REICH y RIFKIN[2] la descentralización aparece como una "red" que sustituye a la "pirámide", como una "dieta de adelgazamiento" (*down sizing*) para eliminar la grasa improductiva o como el tránsito de la producción de "alto volumen" a la producción "de alto valor". Acudiendo también a la metáfora, FRIEDMAN[3] la define como un factor decisivo de "aplanamiento" a través de sus formas típicas (*outsourcing*, *offshoring*, *insourcing*).

CASTELLS ha señalado que la descentralización es un proceso en el que convergen diversas trayectorias organizativas. Por un lado, el paso de la producción en serie a la producción flexible en el marco de un mercado más amplio, más impredecible y más difícil de controlar. Por otro lado, la crisis del modelo de la gran empresa tradicional basada en la integración vertical y

(2) CASTELLS, M., *La era de la información* (1). *La sociedad red*, Alianza, Madrid, 1997, págs. 179 a 227; REICH, R., *El trabajo de las naciones*, Vergara, 1993, págs. 97 a 126 y RIFKIN, J., *La era del acceso*, Paidós, Barcelona, 2000, págs. 29 a 84.

(3) FRIEDMAN, T., *La tierra es plana*, Ediciones Martínez Roca, Madrid, 2006, págs. 57 a 184.

en la gestión funcional jerárquica. Finalmente, la emergencia de las redes que agrupan a unidades empresariales más reducidas, bien en el marco de una coordinación horizontal o bajo la cobertura de una gran empresa.

El desarrollo capitalista se ha producido en su fase de expansión a través de la concentración del capital y del aumento de la dimensión de la empresa. Este período se extiende desde "la primera ruptura industrial" al apogeo de la gran empresa y del capitalismo gerencial[4]. Surgió entonces la empresa "fordista", con sus tres características fundamentales: la producción en masa de bienes estandarizados para una demanda estable, el sistema de trabajo en cadena y la organización jerarquizada. Es este modelo, que expresa un designio de control directo de todo el proceso productivo a través de la organización[5], el que ha entrado en crisis. Pero esto no significa que estemos de regreso a las pequeñas unidades empresariales propias de las primeras fases. Lo que ocurre es que la dimensión del proyecto empresarial se construye de forma más flexible. La coordinación ya no se establece a través de una unidad organizativa sometida a una línea jerárquica común, sino de forma más difusa a través de la red.

La reflexión de COASE formulada para explicar la expansión empresarial, sirve también para dar cuenta del fenómeno contrario. Para COASE[6] la función de la empresa debe contemplarse desde la perspectiva del coste de la utilización de los factores de producción. El empresario puede producir dentro de su organización o acudir a transacciones externas en el mercado. La opción por la organización le da un mayor control sobre el proceso productivo, pero, en definitiva, esa opción dependerá del coste de cada forma de organizar la producción[7]. Una empresa –dice COASE– tenderá a expandirse hasta que los costes por organizar una transacción adicional dentro de ella se hagan iguales a los costes por llevarla a cabo externamente a través del mercado libre[8]. Así la "empresa hueca" se rellena con contratos externos, mientras que la "empresa autárquica" recurre fundamentalmente a su organización.

En el marco de la nueva economía, que inicia "la segunda ruptura industrial"[9], se ha invertido la tendencia: la opción por el desarrollo de la organización se sustituye por el recurso a la contratación externa. La externalización de funciones sale del marco tradicio-

(4) MICKLETHWAIT, J. y WOOLVIDGE, A., *La empresa. Historia de una idea revolucionaria*, Mondadori, Barcelona, 2003, págs. 84 y ss. y VALDALISO J.M. y LÓPEZ, S., *Historia económica de la empresa*, Crítica, Barcelona, págs. 271 y ss.

(5) La clave era, según MICKLETHWAIT, J. y WOOLDRIGE A. (*La empresa. Historia de una idea revolucionaria*, Mondadori, Barcelona, 2003, pág. 94), que la empresa controlara la mayor parte del proceso de producción. De forma expresiva los autores afirman que "Ford era dueño de la tierra donde pastaban las ovejas con cuya lana se hacía la tapicería de sus coches".

(6) COASE, R.H., "La naturaleza de la empresa", en *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza, Madrid, 1994, págs. 33 a 49.

(7) COASE advierte que los contratos no desaparecen por la existencia de una empresa, pero con ella su número se puede reducir de forma importante.

(8) COASE, R.H., *op. cit.*, pág. 41.

(9) VALDALISO y LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 459 a 503. *Vid.* también PIORE M.J. y SABEL, C.F., *La segunda ruptura industrial*, Alianza, Madrid, 1984 y CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F., "La descentralización productiva y la realidad económica", en AAVV (GIL SUÁREZ, L. dir.), *Descentralización productiva*, Madrid, 2000, págs. 185 a 207.

nal de las actividades accesorias (limpieza, vigilancia, restauración,…) para vincularse a una exigencia general de flexibilidad. Esta exigencia general surge de la necesidad de una adaptación permanente a unas demandas muy variables frente a las que no cabe oponer un soporte productivo con vocación de permanencia. La descentralización es ciertamente el denominador común de esta nueva fase capitalista, pero en un marco peculiar de "concentración sin centralización", que presenta, en la práctica, fórmulas organizativas muy variables. Estas fórmulas, en la clasificación de VALDALISO y LÓPEZ, van desde la gran empresa organizada a través de una red jerárquica de productores y proveedores, hasta la experiencia de los distritos industriales con redes de organización jerárquica o cooperativa, pasando por las fórmulas de los grupos o alianzas de empresas o las descentralizaciones *ad hoc*.

En la nueva estrategia empresarial la descentralización productiva constituye, así, un instrumento esencial[10], hasta tal punto que ha sido definida como "el nuevo paradigma de la empresa"[11]. Es un fenómeno complejo[12], que consiste, básicamente, en "reducir el tamaño de la empresa, mediante la técnica de transferir al exterior (…) actividades que podrían realizarse internamente"[13]. Esta transferencia al exterior se lleva a cabo bien sea a través de otras empresas o mediante la transformación, más o menos voluntaria, de los trabajadores propios en autónomos o en trabajadores a domicilio[14], en la nueva versión del teletrabajo[15].

¿Cómo afecta la descentralización productiva al Derecho del Trabajo? A pesar de la atención que el fenómeno de la descentralización ha provocado desde hace tiempo tanto en la doctrina científica, como en la jurisprudencia, el impacto de estos fenómenos en el ámbito laboral sigue presentando lagunas importantes. Hay un recelo general ante la descentralización, que se asocia a la existencia de riesgos importantes para las garantías de los trabajadores. Estos riesgos suelen vincularse básicamente con: 1º) la degradación de las condiciones de trabajo de la empresa contratista con respecto a las que rigen en la empresa principal, 2º) la posibilidad de situaciones de insolvencia en la actuación patrimonial de los contratistas, 3º) la utilización fraudulenta de las formas de contratación externa y 4º) las exigencias específicas de coordinación cuando se produce la prestación

(10) CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F., en su espléndido estudio de la descentralización productiva, hace una exposición detallada de las ventajas estratégicas y operativas que, en la nueva economía, ofrece al empresario la utilización del *outsourcing* (*op. cit.*, págs. 195 a 197).

(11) VALDES DAL RÉ, F., "La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa", *RL*, núm. 18, 2001, págs. 59 a 66. *Vid*. también del mismo autor "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo", RL, núm. 20, 2001, págs. 79 a 88 y "La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo", en AAVV (PEDRAJAS, A., dir.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Lex Nova, 2002, págs. 23 a 45.

(12) Para el estudio económico de las diversas manifestaciones de descentralización productiva *vid*. CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F., *op. cit.*, págs. 190 a 194.

(13) BLAT GIMENO, F., "El marco socioeconómico de la descentralización productiva", en AAVV, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, págs. 19 y 20.

(14) DESDENTADO DAROCA, E., *La personificación del empresario laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2006, págs. 103 y ss.

(15) Un panorama general de estos procesos puede encontrarse en RIVERO LAMAS, J., "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTASS, Madrid, 2000, págs. 69 a 76.

de servicios de los trabajadores de la contratista en el ámbito productivo de la empresa principal[16].

No es posible abordar aquí estos desafíos en toda su extensión, ni examinar con detalle la respuesta que a ellos ha dado el ordenamiento laboral español. Por ello, la exposición que se sigue se centrará exclusivamente en la descentralización contractual y, dentro de ella, en una materia específica: la responsabilidad de la empresa principal. Como es sabido, la regulación de esta materia se ha abordado en nuestro ordenamiento de forma fragmentada, distinguiendo según el ámbito concreto en el que se manifiesta. Existe, en efecto, una normativa específica en materia laboral, otra en materia de Seguridad Social y otra distinta en materia de prevención de riesgos laborales. A ello hay que añadir un régimen jurídico especial para la subcontratación en el sector de la construcción, previsto en la Ley 32/2006, de 18 de octubre.

## 2. EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD LABORAL EN LOS FENÓMENOS DE DESCENTRALIZACIÓN CONTRACTUAL

### A) Descentralización lícita y descentralización prohibida. La interposición como límite a la descentralización

El régimen laboral de la descentralización contractual ha girado históricamente en torno al artículo 42 ET. Pero lo que contempla este precepto es sólo la parte visible de un fenómeno más amplio. En el ámbito laboral debe distinguirse entre una descentralización productiva libre, amparada en la libertad de empresa (artículo 38 CE)[17], una descentralización productiva prohibida (la del artículo 43 ET) y una descentralización lícita pero controlada, que es la que contempla el artículo 42 ET[18].

El problema está en determinar con claridad cuál es el ámbito propio de cada una de estas manifestaciones. Se trata, básicamente, de trazar, en primer lugar, una frontera entre la descentralización lícita y la prohibida, para, después, diferenciar, dentro de la lícita, entre la descentralización libre y la controlada. Así delimitado el régimen laboral estaremos en condiciones de valorar si la normativa actual es suficiente y en qué sentido puede ser mejorada.

La distinción entre la descentralización productiva lícita y la prohibida es un tema ya clásico y probablemente superado. Es sabido que la descentralización no puede implicar

(16) Sobre los riesgos que la descentralización productiva tiene para las garantías de los trabajadores *vid.*, SANGUINETTI RAYMOND, W., "Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?", *RDS*, núm. 33, 2006, págs. 219 a 258. En materia sindical, *vid.* GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., "La descentralización productiva. Algunos comentarios desde la perspectiva sindical", en AAVV (GIL SUÁREZ, L., dir.), *Descentralización productiva*, cit., págs. 211 a 229.

(17) PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "Descentralización productiva y libertad de empresa", en AAVV (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, 2005, págs. 201 a 213.

(18) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar" en AAVV, *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Trotta, Madrid, 2004, pág. 83.

un mero suministro de mano de obra. La descentralización tiene ahí un límite infranqueable[19]. El problema en la práctica es determinar cuándo hay un contrato lícito entre empresarios y cuándo dicho contrato no es más que una simulación que encubre una cesión de trabajadores[20].

Para abordar este problema la jurisprudencia ha adoptado varios criterios, que no se excluyen, sino que se complementan[21], actuando como indicios en el caso concreto planteado. El objetivo es esclarecer, a través de estos indicios, quién es el empresario real de acuerdo con el artículo 1.2 ET. La jurisprudencia acude, por un lado, a criterios que podríamos calificar como externos a la relación laboral. A través de estos criterios se pretende descubrir si el empresario es real o si, por el contrario, es sólo aparente. Se exige, en este sentido, que el empresario que aparece formalmente como contratista tenga

(19) Con la única excepción de la actividad desarrollada por las empresas de trabajo temporal. La aceptación por nuestro ordenamiento de las empresas de trabajo temporal a partir de 1994 constituye sólo una excepción –polémica, desde luego– a la regla general sobre el carácter material de la determinación del empresario. No podemos, sin embargo, detenernos en el análisis de este fenómeno. Remitimos, pues, para el estudio de este tema al trabajo colectivo dirigido por RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *El impacto de las empresas de trabajo temporal en España: de la legalización a la reforma*, Tecnos, Madrid, 2000.

(20) Sobre esta distinción y el régimen de protección de las contratas en el régimen anterior al Estatuto de los Trabajadores, *vid.* los trabajos ya clásicos de ALONSO GARCÍA, M. ("Contrato de trabajo, subcontratación y cesión de mano de obra", *Cuadernos de Política Social*, núm. 45, 1960); RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. ("La protección del trabajo en las contratas", *Revista de Política Social*, núm. 93, 1972; "Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia", en AAVV, *Estudios en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, págs. 69 a 93), y de MARTÍN VALVERDE, A. ("Interposición y mediación en el contrato de trabajo", *Revista de Política Social*, núm. 91, 1971). Sobre el régimen del Estatuto de los Trabajadores son básicos los trabajos de MARTÍN VALVERDE, A. ("Comentarios a los artículos 42 y 43 del ET", en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. VIII, Edersa, Madrid, 1982, págs. 221-312; el primero también en la edición de 1988); MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (*El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en el caso de subcontrata de obras y servicios*, Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1980); GARCÍA MURCIA, J. ("Comentario al artículo 43 ET", en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. VIII, Edersa, Madrid, 1988, págs. 279 y ss.; "El trabajo en contratas y la cesión de trabajadores en el Estatuto de los Trabajadores", *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981, y "Contratas y subcontratas", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004); CRUZ VILLALÓN, J. ("Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, 1992, t. I, págs. 114 a 162; "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 13, 1994); MONEREO PÉREZ, J.L. (*La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Ibidem, Madrid, 1994); aparte de las obras colectivas ya citadas (*Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, *Descentralización productiva y relaciones laborales*, y *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*) y las monografías de GARCÍA PIQUERAS, M.C. (*Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998); LLANO SÁNCHEZ, M. (*Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, La Ley, Madrid, 1999); OLMO GASCÓN, M. (*Los derechos laborales del trabajo en contratas*, Comares, Granada, 2003); MOLERO MARAÑÓN, M.L. (*La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, La Ley, Madrid, 2003); MONTOYA MEDINA, D. (*Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004), y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, Grupo Difusión, Madrid, 2007.

(21) Una relación de estos criterios se contiene en la STS de 16 de junio de 2003 (RJ 2003/7092). Los criterios no son excluyentes, sino complementarios. Se atiende a la justificación técnica de la contrata, a la autonomía de su objeto, a la aportación de medios de producción propios [STS de 7 de marzo de 1988 (RJ 1988/1863)], al ejercicio de los poderes empresariales [SSTS de 12 de septiembre de 1988 (RJ 1988/6877); 16 de marzo de 1989 (RJ 1989/874); 17 de enero de 1991 (RJ 1991/58); 19 de enero de 1994 (RJ 1994/352)] y a la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico: capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva... [SSTS 17 de enero de 1991 (RJ 1991/58) y 11 de octubre de 1993 (RJ 1993/7586)]. Los elementos externos son la realidad empresarial del contratista y la autonomía técnica de la contrata; el ejercicio de poderes de dirección es interno. Falta la referencia a la ajenidad y a la retribución, que normalmente no se tienen en cuenta porque aparentemente el trabajador presta servicios para el contratista. La reforma del artículo 43 ET realizada en 2006 ha tratado de incorporar estos criterios jurisprudenciales –como se reconoce en el preámbulo de las normas correspondientes (RDL 5/2006 y Ley 43/2006)–, pero la redacción final, que opera a través de la la yuxtaposición de elementos de calificación independientes de diverso signo (el objeto del contrato de colaboración interempresarial; la actividad, organización y los medios productivos de la empresa, y el ejercicio de funciones empresariales en el marco del contrato de trabajo) puede resultar demasiado rígida y confusa frente al carácter más flexible de la elaboración empresarial. *Vid.* sobre esta cuestión MERCADER UGUINA, J.R., "La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida", en AAVV (CRUZ VILLALÓN, J., coord.), *La reforma laboral de 2006*, Lex Nova, Valladolid, 2006, págs. 157 a 175.

solvencia y una organización empresarial propia. Si el contratista carece de este soporte patrimonial, habrá un indicio de interposición. Ahora bien, este indicio no tiene por qué ser concluyente. Hay que tener en cuenta que en el marco de algunas prestaciones de servicios se aporta un utillaje mínimo o incluso puede que no se aporte prácticamente ninguno, como en el caso de las empresas de limpieza y de seguridad[22]. El propio Tribunal Supremo cita el ejemplo de este tipo de empresas que prestan sus servicios dentro del ámbito de organización de la principal y sin medios propios relevantes, para argumentar que están fuera del artículo 42 ET, porque es la naturaleza del servicio la que exige esta forma de prestación[23]. Por otra parte, es posible, y, de hecho, cada vez más frecuente en la práctica, que la cesión se produzca aun cuando la empresa cedente sea una empresa real, con un soporte patrimonial y una infraestructura empresarial propia. El Tribunal Supremo ha precisado que si esta organización empresarial propia no se pone en juego, limitándose la aportación del empresario a un mero suministro de mano de obra existirá, a pesar de todo, cesión ilegal y deberá ser aplicado el artículo 43 ET[24]. Los criterios externos no son, pues, definitivos, ya que la cesión puede actuar "completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas"[25]. Se trata únicamente de indicios que tienen una función auxiliar.

Lo decisivo es establecer quién es el empresario real y para ello hay que recurrir a criterios internos a la relación laboral. Se trata de analizar si, en el caso concreto, quien aparece formalmente como contratista está actuando realmente como empresario de los trabajadores, cumpliendo con las notas típicas que el artículo 1.2 ET atribuye al empleador. En definitiva, el empresario será, a pesar de toda apariencia formal, *quien reciba* la prestación, *dirija* la ejecución de esa prestación y quien *se apropie* de su utilidad patrimonial, como se deduce de la remisión implícita del número 2 de artículo 1 al número 1 del mismo precepto. Es este "test" el que resultará definitivo. Si la empresa es solvente y tiene su propia organización productiva, pero, en el caso concreto, se limita a ceder trabajadores a otro empresario, que es quien, realmente, ejercita los poderes empresariales y quien hace suyos los frutos del trabajo, existirá interposición.

La aplicación de los criterios externos e internos se ilustra en la STS de 18 de marzo de 1994[26]. Se trataba de la prestación de un servicio de locutorio telefónico. Una gran

(22) RAMÍREZ, J.M. y SALA FRANCO, T., "Contratas de obras y servicios y cesión de trabajadores", en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, cit., pág. 117.

(23) STS de 16 de junio de 2003 (RJ 2003/7092).

(24) La irrelevancia relativa de la realidad y la necesaria puesta en juego de la organización empresarial se pone de manifiesto en la sentencia del caso "*marketing* telefónico" [STS de 19 de enero de 1994 (RJ 1994/352) y en el caso TESA-TSC STS de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9315)].

(25) STS de 16 de junio de 2003 (RJ 2003/7092). Esta sentencia menciona a su vez las SSTS de 16 de febrero de 1989 (RJ 1989/874); 19 de enero de 1994 (RJ 1994/352); 12 de diciembre de 1997 (RJ1997/9315) y 14 de noviembre de 2001 (RJ 2001/582).

(26) RJ 1994/2548. Tratan del tema también las SSTS de 17 de julio de 1993 (RJ 1993/5688) y 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8693), aunque, para evitar las reiteraciones y facilitar la exposición nos centraremos en la sentencia de 1994.

empresa del sector concierta una concesión[27] con un particular, que a su vez recluta y contrata a los trabajadores, estableciéndose así una relación triangular. En el contrato de concesión la empresa de telefonía cede al particular concesionario el uso de un local y el conjunto de aparatos, muebles y enseres necesarios para la prestación del servicio. Ante los usuarios y el público en general, el locutorio se presenta como un establecimiento de la empresa de telefonía y es ésta la que fija el precio que el concesionario debe exigir a los usuarios. El concesionario contrata al personal, pero es la empresa de telefonía la que determina el número de trabajadores contratados en el locutorio, pudiendo reducir o aumentar ese número. El contratista, además, debe informar sobre las altas y bajas de los trabajadores, indicando sus circunstancias personales, "así como si tienen o no la condición de familiares suyos" y está obligado también "a justificar" la idoneidad de las personas a su servicio. Si alguno de estos trabajadores o familiares no realiza su labor en la forma debida la empresa concesionaria "puede ordenar que se proceda a su cese". Por otra parte, la empresa de telefonía percibe la recaudación total del locutorio y abona al particular concesionario los siguientes conceptos: 1º) una cantidad fija mensual "como beneficio", 2º) el importe total de los salarios abonados al personal del locutorio y 3º) las cuotas de la Seguridad Social de los trabajadores y del propio concesionario en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

El caso planteado es un supuesto claro de interposición. La decisión judicial que declara la existencia de cesión no es, en este sentido, sorprendente. Pero lo importante es destacar cómo la sentencia razona esta decisión. Para ello, comienza aplicando los criterios externos a los que antes hacíamos referencia. Así, se afirma que una empresa real debe contar con una "organización de capital y trabajo destinada a la producción y a la intermediación de bienes o de servicios para el mercado" y en el caso concreto el concesionario carecía de dicha organización. La ausencia de soporte patrimonial pone de relieve la falta de realidad empresarial del concesionario. En el caso concreto, dada la simulación tan clara que se había realizado, con estos criterios externos era suficiente para concluir afirmando la existencia de una interposición. Ahora bien, la valoración de la sentencia va más allá y analiza también los criterios internos de la relación laboral. Este análisis muestra con claridad que el concesionario no sólo no era un empresario real sino que, además, no cumplía las notas de calificación del artículo 1.1 ET. La empresa de telefonía era la que retribuía y se apropiaba de los frutos del trabajo, al ingresar la recaudación total del locutorio. Lo que percibía el concesionario era sólo una compensación de los gastos y una retribución de su trabajo, que se presentaba al exterior como un beneficio empresarial. En cuanto a la intervención del concesionario en la dirección de la prestación laboral, el Tribunal Supremo considera que debe entenderse como una mera delegación de poderes que no afecta al carácter empresarial, especialmente cuando las decisiones importantes de política de personal se tomaban por la empresa principal[28]. En estas circunstancias, la valoración de

(27) No estaría, por tanto, incluido en el artículo 42 ET, porque, como se verá más adelante, los contratos de distribución comercial no encajan en este precepto. En todo caso, lo interesante es ver cómo el Tribunal Supremo destruye el juego de la simulación e identifica al empresario real. Sobre el difícil encaje de los contratos de distribución comercial en el artículo 42 ET *vid.* GOERLICH PESET, J.M., "Actividades laborales externalizables: régimen jurídico", en AAVV (PEDRAJAS, A., dir.), *La externalización de actividades laborales…*, cit., págs. 125 a 128.

(28) Las SSTS de 14 de febrero de 2001 (RJ 2002/82) y 17 de enero de 2002 (RJ 2002/3755), en el caso Sabico, afirman ya abiertamente que "el ejercicio del poder de dirección empresarial por el contratista" no es "suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal". Este criterio se reitera por

los criterios externos completa la argumentación, pero, en realidad, no es concluyente, e incluso podríamos afirmar que es innecesaria, pues, aunque el concesionario hubiese sido titular de los medios de producción el resultado hubiera sido el mismo. Esto pone de relieve que en la doctrina jurisprudencial reciente la cesión no se ve sólo como un problema de garantías frente a empresarios insolventes o con condiciones de trabajo inferiores, sino que se plantea con un mayor alcance en el marco de una auténtica reconstrucción subjetiva del contrato de trabajo.

Esta nueva tendencia se sintetiza en la STS de 20 de julio de 2007[29], en un supuesto particularmente complejo de cesión internacional recíproca[30]. Esta sentencia afirma que "la finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden". La sentencia, no obstante, añade que "ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores", por lo que "debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio". El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, "entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios" y "puede producirse también sin finalidad fraudulenta", lo que no impide que el trabajador pueda deshacer el fenómeno interpositorio, recuperando la auténtica realidad contractual. Por eso lo importante para determinar si existe o no cesión ilegal es comprobar si el que aparece formalmente como empresario reúne o no las notas de calificación del artículo 1.1 ET. Ni la falta de un soporte patrimonial ni la existencia de fraude son, en este sentido, determinantes.

La delimitación entre la descentralización productiva lícita y la prohibida resulta, así, teóricamente clara, aunque, en la práctica, sea en muchos casos difícil desenmascarar las estrategias simulatorias. Actualmente, los problemas de la interposición no son ya proble-

la STS de 16 de junio de 2003 (RJ 2003/7092), en el caso del *marketing* telefónico: "no resulta decisivo que la contratista retenga unas facultades empresariales (las de carácter disciplinario, la ordenación de las vacaciones y el control de acceso y salida del personal....), porque (...) esa disociación o retención de facultades empresariales –una auténtica delegación de la gestión empresarial derivada del propio negocio interpositorio– es compatible en determinados casos con la cesión". En la misma línea *vid*. SSTS de 30 de noviembre de 2005 (RJ 2006/1231) y 14 de marzo de 2006 (RJ 2006/5230).

(29) RJ 207/6961.

(30) Una empresa de aviación civil española permitía que sus pilotos prestaran servicios para una empresa americana durante el período de actividad baja de la primera, transfiriendo la empresa americana a la empresa española sus pilotos cuando ella, a su vez, se encontraba en temporada alta. De esta forma se evitaba que los períodos de reducción de la actividad de las empresas causaran una pérdida temporal de empleo. La sentencia reconoce que la cesión no es fraudulenta, sino que probablemente persigue la finalidad de mantener el empleo, pero declara la cesión para los trabajadores americanos transferidos a la empresa española, porque la posición empresarial de ésta queda oculta durante la cesión, lo que no ocurre en el caso de la empresa americana que retribuye a los trabajadores españoles cedidos. Lo que caracteriza la cesión ilegal no es, según la sentencia, el mero "trasvase de una empresa a otra", sino que ese trasvase "se produzca ocultando la posición empresarial real de quien percibe la prestación de servicios, de manera que el vínculo laboral formal oculta el vínculo laboral real".

mas jurídicos de delimitación, sino, más bien, problemas relacionados con los límites de la actividad inspectora y con la dificultad de la prueba.

### B) La frontera interna entre la descentralización lícita libre y la descentralización lícita controlada

#### a) La necesidad de distinción y el límite negocial. La calificación de la contrata como contrato de obra por empresa y sus efectos excluyentes

Especialmente difícil resulta establecer una frontera interna en los fenómenos de descentralización productiva lícita. La descentralización lícita, como ya se ha señalado, puede estar controlada o puede desarrollarse libremente. Está controlada cuando se somete a lo dispuesto en el artículo 42 ET; es libre cuando queda fuera del campo de aplicación de este precepto.

El artículo 42 ET, entre otros aspectos a los que ahora no se puede hacer referencia, dispone que los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad responderán solidariamente de las obligaciones salariales que, durante el período de la contrata, hayan podido contraer los empresarios contratistas con sus trabajadores. Se trata de un régimen de responsabilidad severo. Pero, ¿qué manifestaciones de descentralización productiva están sometidas a este régimen de responsabilidad y cuáles escapan del precepto para desarrollarse libremente?

**RESULTA ESPECIALMENTE DIFÍCIL ESTABLECER UNA FRONTERA INTERNA EN LOS FENÓMENOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA LÍCITA**

La delimitación de los supuestos incluidos en el artículo 42 ET no es, en absoluto, una tarea fácil. La redacción del precepto es confusa y la terminología que utiliza carece de rigor jurídico. El artículo, además, resulta demasiado simple frente a la complejidad del fenómeno que regula. No obstante, de su lectura se puede extraer una primera conclusión: el legislador no ha pretendido someter al artículo 42 ET todas las manifestaciones de descentralización lícita. Muy al contrario, sólo están incluidas en el precepto las que cumplan dos exigencias: 1) la descentralización debe realizarse a través de un determinado tipo de negocio (las contratas y subcontratas de obras y servicios) y 2) el servicio u obra contratado debe referirse a la propia actividad de la empresa que contrata. Todas las descentralizaciones productivas lícitas que no cumplan estas condiciones serán descentralizaciones libres.

El límite que deriva del tipo negocial exige acudir a las categorías generales del Derecho de contratos, pues la referencia legal a las contratas o subcontratas carece de la necesaria precisión. La doctrina es pacífica a la hora de relacionar la contrata con el contrato de ejecución de obra, regulado, con carácter general, en los artículos 1588 y siguientes del Código Civil[31]. Este tipo contractual tiene su versión mercantil en el llamado por la doctrina mercantilista "contrato de obra por empresa", cuya particularidad se encuentra en que el contratista o subcontratista no lleva a cabo personalmente la realización de la obra o servicio contratado, sino que, para ello, pone en marcha su propia organización empresarial. En cuanto a la subcontrata, es el mismo negocio jurídico, aunque en este caso es el contratista inicial el que encarga la ejecución de determinadas unidades de obra, o incluso su totalidad, a otros empresarios, bien por la mayor especialización de éstos, bien por la acumulación de encargos de aquél o bien, sencillamente, porque le resulta favorable esta modalidad. De esta forma, el subcontratante asume la investidura de comitente, mientras que quien recibe el encargo tiene, frente a él, el carácter de contratista, aunque en el tráfico se le conozca como *subcontratista* para resaltar su condición de contratista sucesivo. Hay que precisar que no hay subcontrata en el caso de la llamada "concurrencia de contratistas", que se produce cuando, por la complejidad de la obra, un mismo comitente concierta contratas con varios empresarios para que ejecuten, por separado y bajo sus respectivas responsabilidades, distintas partes de una obra. La subcontrata supone la ejecución de una obra por empresario distinto al que recibió el encargo del comitente, uniéndole con aquél y no con éste una relación contractual, pudiendo producirse una cadena de subcontratas en sentido descendente.

La contrata y subcontrata son contratos de *tracto sucesivo*[32] cuyo objeto es una prestación de resultado que el comitente encarga y que el contratista se compromete a elaborar y entregar en las condiciones y con las características pactadas. Esta prestación puede ser muy variada. En realidad, la contrata no es una concreta relación negocial, sino un género de contratos, muchos de los cuales tienen regulación y problemática propias. La contrata que contempla el artículo 42 ET puede ser mercantil, civil o incluso administrativa, pues aunque el precepto se refiere al contratista como "empresario" se está refiriendo únicamente al concepto laboral de empresario, que se identifica con empleador. Lo importante es que el contratista se compromete a realizar una obra o un servicio de cuyo resultado se adueña el comitente a cambio del pago de una retribución.

En sus orígenes la prestación de la contrata se limitaba a la creación de una *res nova* o a la reparación o modificación de cosas preexistentes, pero posteriormente se amplió a los servicios, cuyas variedades son inmensas. Las contratas de servicios clásicas son las de la

(31) GOERLICH considera el contrato de obra como el paradigma de la contrata ("Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios", en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, cit., pág. 84). En el mismo sentido, DEL REY GUANTER, "Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo previstos en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores", en *Descentralización productiva y relaciones laborales*, cit., pág. 29 y MONTOYA MEDINA, *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, cit., págs. 66 y ss.

(32) Desde que se formula y acepta el encargo hasta que el contratista remata la ejecución de la obra encomendada transcurre un plazo, normalmente fijado por las partes, que está en relación con la naturaleza del resultado a lograr. En este punto, el contrato se diferencia de la compraventa ordinaria, con la que, en otros aspectos, mantiene ciertas semejanzas.

limpieza, seguridad y transporte; después fueron surgiendo otras formas más modernas, como el *outsourcing* informático, el *engeeniering*, la colaboración financiera y gestión de cobros, *marketing* y *merchandising*, etc.[33]. En los últimos tiempos, incluso, se ha hecho habitual contratos con objeto complejo, que incluyen prestaciones heterogéneas. Es el caso, por ejemplo, de los contratos "llave en mano" que acumulan a cargo del contratista una variedad de prestaciones, diversas en su contenido y naturaleza, pero que se armonizan y complementan, dando lugar a un resultado final, que es el que se eleva a objeto del contrato[34]. En muchos casos, con estos contratos se trata de entregar al comitente un proyecto de negocio perfectamente acabado, que permita a éste ponerlo en marcha de forma inmediata. Las prestaciones que asume el contratista pueden incluso extenderse hasta la selección y contratación del personal de dicho negocio, actuando aquí el contratista no como empleador sino como simple delegado del empresario real, que es el comitente.

Esta breve aproximación a la contrata nos permite realizar ya una primera delimitación del ámbito de aplicación del artículo 42 ET. Éste sólo es aplicable a tipos contractuales que tengan por objeto obligaciones de hacer y no de dar. Quedan excluidos, por tanto, los contratos de compraventa y suministro. Esta exclusión es, además, lógica, pues, en realidad, este tipo de contratos no suponen ninguna manifestación de descentralización productiva. Se trata, simplemente, de relaciones comerciales comunes entre empresarios.

No obstante, hay que señalar que la distinción entre el contrato de compraventa y el contrato de empresa es problemática cuando se trata de bienes muebles y el contratista pone los materiales. Como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN lo importante en estos casos será determinar si, en el supuesto concreto, predomina la obligación de hacer o la obligación de dar[35]. Así, cuando el encargo se proyecta sobre bienes que el presunto contratista fabrica en serie y vende sobre muestras o catálogo, sin duda predomina la obligación de dar y el contrato es la compraventa. Sólo la fabricación "a medida", según especificaciones del comitente, lo mantendrá en los esquemas de la figura del contrato de obra[36]. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una empresa constructora que encarga a otra la elaboración de las puertas del edificio que está construyendo. Si las puertas son las que, normalmente, fabrica el contratista, que incluso las tiene disponibles en su local, para su entrega, parece que predomina la obligación de dar. Pero si las puertas se encargan con determinados detalles que las individualizan y el contratista las fabrica especialmente para el principal, se estará ante un encargo en el que predomina el hacer, por lo que existirá un contrato de obra y no un contrato de compraventa.

(33) Para una relación de los distintos tipos aplicables *vid*. GARCÍA-MORENO GONZALO, J.M., "Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen jurídico básico", en *La externalización de actividades laborales...*", cit., págs. 68 y siguientes.

(34) PÉREZ DE LA CRUZ, A., "El contrato de obra por empresa en general", en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Civitas, Madrid, 1999, pág. 236. El autor pone como ejemplo la construcción, instalación y montaje de un edificio para su explotación como hotel por el comitente al que se le entrega perfectamente acabado en el orden material y administrativo, para la inmediata recepción de los clientes.

(35) *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 434.

(36) PÉREZ DE LA CRUZ, *op. cit.*, págs. 234 y 235.

Además, la contrata del artículo 42 ET no incluye tampoco los contratos de distribución comercial, que responden a una finalidad completamente distinta. En el contrato de obra por empresa, al que se refiere el artículo 42 ET, una empresa incorpora al resultado final de su proceso productivo una obra o servicio que procede de otra empresa distinta. Se trata de prestaciones "hacia dentro", que ayudan a completar el ciclo productivo del empresario comitente. Por el contrario, en los contratos de distribución se trata de "prestaciones hacia fuera". El empresario, que ya ha completado ese ciclo productivo y ha conseguido obtener el resultado esperado, busca la forma de dar salida a sus bienes o servicios suscribiendo contratos de distribución con otros empresarios. Son, pues, contratos completamente distintos. Es cierto que las redes de distribución en muchos casos suponen contratos de colaboración muy intensa, incluso de subordinación, pero la respuesta del legislador laboral a estos problemas no está en el artículo 42 ET. Hay pues que excluir también del artículo 42 ET todas las modalidades contractuales de distribución comercial: contrato de agencia, concesión comercial y franquicias.

**b) El límite objetivo. La propia actividad como requisito para la aplicación del artículo 42 ET**

El campo de aplicación del artículo 42 ET ya se ha reducido bastante a través de los límites derivados del tipo negocial. Pero el legislador todavía lo reduce más exigiendo que la obra o servicio contratado corresponda a la propia actividad de la empresa comitente.

Se trata de un requisito ciertamente oscuro, que ha dado lugar, básicamente, a dos interpretaciones. Una amplia, de acuerdo con la cual estarían incluidas dentro de la expresión "propia actividad" todas aquellas tareas que resulten necesarias para alcanzar los objetivos empresariales del comitente, incluidas las actividades accesorias, siempre que se requieran de una forma permanente. Y una segunda interpretación, mucho más estricta, que tan sólo admite como "propia actividad" aquellas operaciones inherentes al proceso productivo de la empresa comitente. Así, por ejemplo, actividades como la limpieza, la seguridad o la contabilidad serían "propia actividad" de una empresa informática de acuerdo con la primera interpretación, pero no lo serían conforme al segundo criterio[37].

La jurisprudencia, tras algunas vacilaciones, ha adoptado el criterio de la actividad inherente al proceso productivo. Esta doctrina, actualmente consolidada, arranca con la STS de 18 de enero de 1995[38], en la que se planteó el caso de una contrata suscrita por la Junta de Castilla y León para los servicios de vigilancia de sus edificios e instalaciones. El Tribunal Supremo rechaza el criterio de la actividad indispensable, que había sido acogido por la sentencia de suplicación, afirmando que, al exigir el artículo 42 ET que la obra o servicio contratado coincida con la propia actividad del empresario comitente "el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favora-

(37) DEL REY GUANTER, *op. cit.*, págs. 34 a 43. Un panorama completo de las distintas posiciones puede consultarse en MONTOYA MEDINA, *op. cit.*, págs. 118 a 139.

(38) RJ 1995/514.

ble a cualquier clase de actividad empresarial". Dicho esto, el Tribunal afirma que "resulta obvio que la actividad de la Junta de Castilla y León no es la prestación de servicios de seguridad y protección, propia de las empresas demandadas, sin que dicha actividad tenga tampoco el carácter de complementaria absolutamente esencial para el desarrollo de la principal desarrollada por la Junta". Aunque la argumentación del Tribunal se limita al examen del caso concreto, sin establecer generalidades, puede advertirse fácilmente que el criterio acogido es el de la actividad inherente al proceso productivo. Este criterio se confirma posteriormente en la STS de 24 de noviembre de 1998[39], en la que, aplicando esta interpretación, se acepta que los servicios de comedor y cafetería prestados en un colegio mayor por una empresa contratista forman parte de la "propia actividad" de aquél. A juicio del Tribunal "los servicios de un Colegio Mayor comprenden tanto la colaboración en la formación de los alumnos como su alojamiento y manutención, proporcionándoles desayuno, comida y cena", de forma que "de no dispensarse la prestación alimenticia a los colegiales, quedaría incompleta la labor del Centro". El mismo criterio se aplica en la STS de 22 de diciembre de 2002[40], en la que se establece que la instalación del tendido aéreo de líneas telefónicas por medio de postes colocados a lo largo de su trayecto está incluida en la "propia actividad" de la empresa de telefonía comitente. La argumentación de la sentencia es clara al respecto, afirmando que "lo que determina que una actividad sea propia de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo" y, en este caso, "no se concibe el desarrollo de la actividad de telefonía sin las propias líneas, que requerirán siempre de mantenimiento para la correcta prestación del servicio telefónico.

**LO QUE DETERMINA QUE UNA ACTIVIDAD SEA PROPIA DE LA EMPRESA ES SU CONDICIÓN DE INHERENTE A SU CICLO PRODUCTIVO**

También aplica el criterio de la actividad inherente la STS de 20 de julio de 2005[41] para, en este caso, negar que la actividad de una empresa constructora coincida con la actividad propia de una promotora inmobiliaria. La sentencia afirma que "aunque insertas en el mismo sector de la edificación, las actividades empresariales de los promotores y de los constructores son distintas, pues mientras el promotor desarrolla una serie de acciones de iniciativa, coordinación y financiación de los proyectos de edificación que tienen carácter básicamente ad-

(39) RJ 1998/10034.

(40) RJ 2003/510.

(41) RJ 2005/5595. Un comentario crítico a esta sentencia en SOBRINO GONZÁLEZ, G.M., "La noción de propia actividad en la subcontrata de obras y servicios", *Relaciones Laborales*, 2006, t. I, págs. 501 a 509.

ministrativo y comercial, la labor del constructor es fundamentalmente física y productiva". La sentencia *obiter dicta* añade una reflexión polémica. Para el Tribunal "el supuesto de hecho del artículo 42 ET (…) 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". Esta "implicación" se pone, además, en relación "con el elemento locativo de la contrata" que parte de la doctrina considera requisito implícito del artículo 42 ET. El Tribunal está haciendo, con ello, una clara alusión a la tesis mantenida por RODRÍGUEZ-PIÑERO, según la cual un "uso razonable del Derecho debe llevar a entender como implícito en el artículo 42 ET el requisito de que los trabajos se presten en el interior de la empresa principal o en instalaciones o actividades externas propias de la empresa"[42]. No obstante, el Tribunal valora ese elemento locativo de forma flexible, de acuerdo con las condiciones que ofrecen "las nuevas tecnologías", que permiten una implicación entre organizaciones de trabajo sin presencia física en el centro o instalaciones de la empresa principal. La implicación a la que se refiere la sentencia va, pues, más allá de lo físico, para centrarse en el marco del poder de dirección.

### C) La responsabilidad solidaria del empresario comitente impuesta en el artículo 42 ET

#### a) El esquema general de la protección frente a la descentralización productiva lícita. Los orígenes de la responsabilidad del empresario principal y su fundamento

El artículo 42 tiene una estructura compleja. Comienza en su número 1 estableciendo para el empresario principal el deber de comprobar el cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones en materia de Seguridad Social. El número 2 contiene la regla general de la responsabilidad solidaria del empresario principal, con una posible excepción objetiva que puede afectar a las obligaciones de Seguridad Social y otra subjetiva que se aplica de manera concreta a la obra encargada por un cabeza de familia. Los números 3, 4 y 5 se refieren a las obligaciones de información y los números 6 y 7 contienen previsiones específicas en materia de representación de los trabajadores.

Nuestro análisis se limita al régimen de la responsabilidad laboral[43], que se recoge en el número 2 del precepto estudiado y a tenor del cual "el empresario principal (…), durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores (…) durante el período de vigencia de la contrata". La norma establece un régimen de responsabilidad especialmente riguroso, tratándose de una descentralización

(42) "El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1996, pág. 34. *Vid.* también SERRANO OLIVARES, R. ("El elemento locativo en el marco de la contratación y subcontratación de obras y servicios: significación y funciones", en *Descentralización productiva y relaciones laborales*, cit., págs. 87 a 112), que se pronuncia a favor de una interpretación actualizada del requisito locativo.

(43) La responsabilidad en materia de Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales se examinará *infra*; en el epígrafe 3. También se analizará el régimen especial aplicable a la subcontratación en la construcción.

lícita, por lo que es conveniente comenzar con una referencia a sus orígenes históricos, siguiendo para ello los análisis de RODRÍGUEZ-PIÑERO y MARTÍN VALVERDE[44].

La protección de los trabajadores que prestan sus servicios para empresarios contratistas tiene un antecedente remoto en el artículo 1597 CC, que otorga a quienes "ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista" una acción directa contra "el dueño de la obra" hasta "la cantidad que éste adeude a aquél". Como ha puesto de manifiesto la doctrina, el artículo 1597 CC es, en realidad, una norma pensada para una época en la que las contratas de obras o servicios solían realizarse habitualmente por mediación de una empresa, sino a través del trabajo personal del contratista, auxiliado eventualmente por algunos trabajadores. No obstante, el tenor literal del precepto permite incluir a los trabajadores entre los titulares de esta acción directa, pues, al igual que el contratista autónomo, el trabajador por cuenta ajena también pone "su trabajo personal" en la obra. Además, como el precepto no ha sido expresamente derogado y en ningún caso contradice lo dispuesto en la normativa laboral específica, puede todavía considerarse aplicable para aquellas contratas en las que no juegue la responsabilidad solidaria del artículo 42 ET[45]. El fundamento de esta acción directa está en la máxima civil "el deudor de mi deudor es también mi deudor". En todo caso, el precepto no establece una responsabilidad subsidiaria, sino solidaria. El empresario principal y el contratista responden frente al trabajador *in solidum*, de forma que éste no necesita obtener la previa declaración de insolvencia de su deudor principal. Lo que ocurre es que el empresario principal sólo responderá hasta la cantidad que adeude al contratista. Se trata, pues, de una responsabilidad limitada[46].

Ya a mediados del siglo xx comienzan a surgir normas específicas para la protección del trabajo en contratas. Ciñéndonos a la responsabilidad estrictamente laboral, el antecedente más directo lo encontramos en la normativa sectorial de la construcción[47]. Como recuerda RODRIGUEZ-PIÑERO la primera medida tendió a eliminar del mercado de trabajo a empresas insolventes. Con este objetivo, el Decreto de 26 de noviembre de 1954 instauró, para las empresas del sector de la construcción y obras públicas, el llamado carné de empresa con responsabilidad, que se otorgaba por la Organización Sindical. En ejecución de este Decreto, la Orden de 29 de marzo de 1956 estableció dos medidas de extraordinaria importancia. En primer lugar, ese carné debía ser renovado anualmente y, para ello, la empresa debía justificar que "sus trabajadores disfrutan de todos los derechos que por su trabajo les otorgan las disposiciones laborales y de Previsión social en vigor"[48]. En segundo lugar, la Orden disponía que "las empresas de la construcción u obras públicas son subsidiariamente responsables de todas las obligaciones laborales y de previsión que

(44) RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "La regulación protectora del trabajo en las contratas", cit., págs. 8 a 24; MARTÍN VALVERDE, A., "Comentario al artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores", cit., págs. 231 a 236.

(45) MONTOYA MEDINA, *op. cit.*, pág. 85.

(46) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 446.

(47) El Real Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952 había establecido ya una regla de responsabilidad solidaria, pero limitada a la cesión de trabajadores.

(48) No se especificaba, sin embargo, cómo debía acreditarse esta conducta diligente de la empresa, sobre todo en lo que se refiere al pago de los salarios.

contraigan los destajistas o subdestajistas con los que hubiese establecido los correspondientes conciertos". Se establece así, por primera vez respecto a las obligaciones laborales, la responsabilidad del empresario principal frente a los trabajadores del contratista; responsabilidad de segundo grado, que sólo entra en juego cuando éste resulte insolvente. Años después, la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica de 29 de agosto de 1970 confirma este régimen de responsabilidad. La Ordenanza impone a las empresas que subcontraten con otras la realización de obras o trabajos la obligación de exigir a éstas el citado carné, añadiendo que "en todo caso, las empresas que subcontraten serán responsables subsidiariamente de las obligaciones contraídas por los subcontratistas respecto de sus trabajadores".

Pocos meses después de esta Ordenanza, se aprueba el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, cuyo artículo 4 sin duda constituye el antecedente más directo del artículo 42 ET. El precepto disponía que "las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o trabajos correspondientes a su propia actividad deberán exigir a éstas que se hallen en posesión del carné de empresa con responsabilidad, en los supuestos en que esté legalmente previsto y que los subcontratistas estén al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social". Se añadía, además, que "en todo caso, la empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas por la subcontratista con sus trabajadores (…) durante el período de vigencia de la subcontrata". Esta regulación pasa después, sin modificaciones, a la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 (artículo 19.2)[49] y de ahí, con algunos cambios apreciables, al artículo 42 ET.

Del estudio de estos antecedentes se observa cómo se ha pasado de un régimen de responsabilidad mínimo (la acción directa del artículo 1597 CC), a un régimen de responsabilidad subsidiaria –aplicable únicamente al sector de la construcción–, para finalmente establecer, ya con carácter general, una responsabilidad más intensa, de carácter solidario, pero con un ámbito de aplicación limitado a las contratas de "la propia actividad". Este régimen de responsabilidad solidaria, iniciado con el Decreto 3677/1970, se mantiene en el artículo 42 ET, aunque la cobertura se ha restringido aún más, pues ya no alcanza a todas las obligaciones laborales, sino únicamente a las que tienen naturaleza salarial[50].

El fundamento de este sistema de responsabilidad está, sin duda, relacionado con la lucha contra el fraude y la prevención de situaciones de insolvencia[51]. La obligación del empresario principal de pedir al contratista la exhibición del carné de empresa con responsabilidad y de comprobar la regularidad de su situación ante la Seguridad Social tenía también

(49) Posteriormente, el Decreto 358/1978, de 17 de febrero, suprimió la exigencia del carné de empresa con responsabilidad como condición para el ejercicio de determinadas actividades. Este carné, ligado a la existencia de la OSE, ya no tenía ningún sentido ante la instauración de un régimen de libertad sindical. No obstante, este mismo Decreto previó la exigencia de un documento de calificación empresarial para el ejercicio de determinadas actividades empresariales, documento que se implantó para la construcción, industrias eléctricas, industrias agrarias y explotación forestal.

(50) La primera redacción del artículo 42 ET era todavía más restrictiva, pues la responsabilidad del empresario principal no podía sobrepasar "lo que correspondería de haberse tratado de su personal fijo en la misma categoría y puesto de trabajo".

(51) *Vid.*, por todos, MARTÍN VALVERDE, "Comentario al artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores", cit., pág. 226.

este objetivo. Pero no hay que olvidar que la responsabilidad del principal se producía "en todo caso", es decir, aun cuando actuara diligentemente en la selección del contratista. Por esta razón la doctrina buscó otras justificaciones. RODRÍGUEZ-PIÑERO señalaba que "la valoración normativa viene a decir que quien se beneficia de una prestación laboral no puede quedar fuera por completo de las responsabilidades derivadas de la posición de empleador"[52] y MARTÍN VALVERDE se refería más genéricamente a que "el despedazamiento excesivo del proceso entre distintos contratistas y subcontratistas presenta para los trabajadores dos inconvenientes muy graves: pérdida de la fuerza del número y menor solvencia y capacidad económica de los empresarios parcelarios", aunque posteriormente insiste en la función de "exclusión profiláctica del mercado de los contratistas insolventes o morosos" y en "la protección reforzada de los trabajadores de ciertas contratas", aparte de la apropiación indirecta por el principal del resultado del trabajo de los trabajadores del contratista[53].

**NO HAY QUE OLVIDAR QUE LA RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL SE PRODUCÍA "EN TODO CASO", ES DECIR, AUN CUANDO ACTUARA DILIGENTEMENTE EN LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA**

### b) El régimen jurídico de la responsabilidad laboral del empresario principal

La aparente sencillez del artículo 42 ET envuelve graves problemas aplicativos que se han ido manifestando a lo largo del tiempo. Aquí nos interesa especialmente el propio carácter de la responsabilidad y su fundamento. Pero una adecuada comprensión de ésta no puede aislarse de otros aspectos de la regulación. Ya hemos aludido a algunos de ellos, como el negocio jurídico a través del cual se instrumenta la descentralización productiva y la limitación de la protección de las contratas correspondientes a la propia actividad. Ahora hay que completar estas referencias examinando los límites subjetivos, objetivos y temporales del régimen de responsabilidad.

La letra de la ley ha sido bastante confusa a la hora de deslindar subjetivamente el alcance de la responsabilidad. La norma, en la redacción introducida por la Ley 12/2001[54], se limita a indicar que el empresario principal debe responder solidariamente

(52) RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La regulación protectora del trabajo en las contratas", cit., pág. 48.

(53) MARTÍN VALVERDE, "Interposición y mediación…", cit., pág. 55 y "Comentario al artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores", cit., págs. 233 y 237.

(54) Antes se refería sólo a la responsabilidad de los subcontratistas (en realidad, de contratistas), por lo que resultaba más coherente entender que la responsabilidad estaba limitada a cada escalón de la cadena: cada principal con su contratista. La redacción actual parece contemplar varios escalones de la responsabilidad del principal: principal-contratista; principal-subcontratista; aparte de la que se produce en cada escalón, pues cada contratista que subcontrata es también principal de su contratista.

de las obligaciones contraídas por los contratistas y subcontratistas. Esta falta de precisión suscita problemas en las contratas en cadena, donde se pueden defender dos soluciones distintas: una responsabilidad "general" o "ascendente", que se proyectaría sobre toda la cadena de contratas y subcontratas que ligan al empresario principal con sus contratistas, o una responsabilidad "limitada" o "bipolar", que se circunscribiría a la relación que une a cada principal con su contratista[55]. Los argumentos fundamentales a favor de la generalización son dos: por un lado, la letra de la ley, que se refiere tanto a contratistas como a subcontratistas, utilizando además el plural; y, por otro lado, la necesidad de evitar un fraude de ley que de otra forma sería muy fácil de instrumentar, pues basta que el contratista recurra a una subcontrata para desplazar la responsabilidad del empresario principal. A favor de la limitación de la responsabilidad juega, por su parte, la propia restricción del vínculo contractual: el primer empresario principal no debería responder de las obligaciones que pueda contraer frente a sus trabajadores un tercer empresario con el que no ha contratado y del que puede desconocer incluso su posición en la cadena de contratas[56].

La Sala IV del Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la generalización de la responsabilidad en la STS de 9 de julio de 2002[57]. Esta sentencia, que resuelve un caso anterior a la reforma de 2001, señala que el precepto en cuestión ha de interpretarse "en el sentido de entender que en la modalidad de descentralización productiva en que consiste la contratación o subcontratación del todo o parte de una misma obra, lo que realmente se patentiza es la existencia de una realidad fáctica que es la obra en sí misma considerada en la que concurren varias empresas con un interés compartido y común y en el que las unas actúan como auxiliares de las otras en cadena descendente, pero bajo el control económico y técnico prevalente del dueño de la misma o, en su caso, del contratista principal". A tal efecto se valora la necesidad de evitar que "que quien se halla mejor situado en esa cadena de contratación (comitente, dueño de la obra o contratista principal), que es quien controla realmente su ejecución y quien en definitiva asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros en todo o en parte, quede inmune ente las posibles deudas de estos últimos frente a sus trabajadores". Pero también se hace referencia a la doctrina del lucro, al señalar que "quien está en condiciones de

(55) *Vid.*, en especial, RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "Cadena de contratos y responsabilidad del empresario principal", *Relaciones Laborales*, 1996, t. I. págs. 43 a 50; MARTÍN VALVERDE, "El régimen laboral de la subcontratación en el Estatuto de los Trabajadores: de la Ley 8/1980 a la Ley 12/2001", en AAVV (GARCÍA PERROTE, coord.), *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el año 2002*, Lex Nova, Valladolid, 2002, págs. 183 a 226; LLANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 175 a 182; MONTOYA MEDINA, *op. cit.*, págs. 177 a 188, y GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 252 a 264.

(56) LLANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 177 a 182. GORELLI (*op. cit.*) objeta, sin embargo, que si se trata de una subcontrata que opera en el centro de trabajo no cabe entender que el empresario principal ignora esta circunstancia. Ahora bien, hay que tener en cuenta que ni toda contrata de la propia actividad opera en el centro de trabajo, ni, aunque fuera así, el empresario principal tendría que conocer que los trabajadores externos están al servicio de un subcontratista y no de su contratista. Las obligaciones de información de los números 3, 4 y 5 del artículo 42 ET no comprenden la información del contratista al principal sobre la plantilla del subcontratista de aquél.

(57) RJ 2002/10538. Resulta interesante detenerse en el supuesto decidido. Se trata de una obra encargada por el Teatro del Liceo. El primer contratista era una UTE formada por Dragados y OSHA, el primer subcontratista era la empresa Auxiliar de Construcciones, que a su vez contrata con la empleadora directa del trabajador, la empresa Alex. Resultan condenadas todas menos el Teatro Liceo, que no había sido demandado. Hay, por tanto, responsabilidad por toda la cadena y dentro de cada eslabón.

obtener un beneficio debe estar también dispuesto a responder de los perjuicios que se puedan derivar del mismo".

En todo caso hay que dejar claro que se trata exclusivamente de una responsabilidad entre empresarios. Ello se pone de relieve en la propia formulación legal, que se refiere "a los empresarios que contraten o subcontraten con otros", aparte de la mención a la "propia actividad", que ha de ser entendida obviamente como una actividad empresarial, civil o mercantil. En este sentido, puede desconcertar la referencia del número 2 del artículo 42 ET a las obras contratadas por un cabeza de familia para la construcción o reparación de su vivienda, sobre todo cuando esta mención va seguida de una exclusión general de aquellos encargos de obras realizados por personas que no actúan en condición de empresario. Se trata, simplemente, como ha apuntado la doctrina científica, de una exclusión puramente redundante[58]. En todo caso, la responsabilidad juega únicamente entre empresarios y, a estos efectos, hay que incluir a la Administración pública en la medida en que actúe como empresario laboral.

Pasando al plano objetivo, la responsabilidad laboral se encuentra con un límite importante, pues no se extiende al conjunto de las obligaciones laborales, sino exclusivamente a las que tienen naturaleza salarial, según precisa el artículo 42.2 ET[59]. Quedan incluidos en la protección los distintos conceptos salariales y excluidos los que no tienen esa naturaleza conforme al artículo 26.2 ET. El problema se ha planteado a la hora de determinar la naturaleza salarial o no de algunos conceptos, especialmente en relación con los salarios de tramitación[60]. La STS de 7 de julio de 1994[61] los asimiló al salario. Pero, a partir de la STS de 14 de julio de 1998[62], el Tribunal Supremo, volviendo a la doctrina tradicional, ha afirmado su carácter indemnizatorio y su exclusión del ámbito de la responsabilidad del empresario principal, argumentando que estos "salarios de tramitación" no son retribución del trabajo prestado, sino compensación por la ausencia de trabajo y de su correspondiente retribución[63]. Solución distinta se ha aplicado a otro concepto controvertido, la compensación dineraria de la falta de disfrute de las vacaciones, que se ha asimilado al salario[64].

(58) GARCÍA MURCIA, "Contratas y subcontratas", cit., pág. 29.

(59) En la versión anterior a la reforma de 2001 la responsabilidad estaba limitada por lo que hubiera correspondido al empresario principal si los trabajadores hubieran sido personal fijo de su empresa en la misma categoría o puesto de trabajo. Para una aplicación de este límite, que no suele ser frecuente, puede consultarse la STS de 3 de mayo de 2005 (RJ 2005/4964). La razón de esta reforma probablemente responda a una simplificación técnica, pues lo normal es que el límite no juegue, al ser superior el nivel del comitente, como señala MARTÍN VALVERDE ("El régimen laboral en la subcontratación…", cit., págs. 202 a 204).

(60) *Vid.* con carácter general, MONTOYA MEDINA, *op. cit.*, págs. 188 a 216; LLANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 229 a 239; GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 150 a 152, y MOLERO MARAÑÓN, *op. cit.*, págs. 130 a 167; esta última favorable al cómputo de los salarios de tramitación.

(61) RJ 1994/2057.

(62) RJ 1998/8544.

(63) En el mismo sentido, SSTS de 10 de julio de 2000 (RJ 2000/7175); 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/8351); 16 de diciembre de 2000 (RJ 2001/1880), y 26 de diciembre de 2006 (RJ 2006/5489).

(64) SSTS de 23 de diciembre de 2004 (RJ 2004/1062); 9 de marzo de 2005 (RJ 2005/3499); 23 de diciembre de 2006 (RJ 2006/924), y 24 de abril de 2006 (RJ 2006/5864). Queda pendiente de resolver otro concepto polémico –el interés por mora en el pago de salario– respecto al que se aprecia falta de contradicción en la STS de 23 de diciembre de 2004 (RJ 2004/4964).

Pero la responsabilidad tiene también un límite temporal, en la medida en que la misma se extiende exclusivamente al período de vigencia de la contrata (artículo 42.2 ET). Este límite opera con independencia del plazo para formular la reclamación, que, según el precepto, es de un año contado desde la terminación del encargo. Se trata de una regla especial de prescripción[65] que plantea un problema de coordinación con los plazos de prescripción de los derechos laborales del artículo 59 ET. Lo más razonable será entender que existen dos plazos de prescripción: el inherente al derecho y el que afecta a la posibilidad de exigirlo frente al empresario principal.

Queda ya únicamente por examinar el tipo de responsabilidad que se establece para el empresario principal. Se trata, como sabemos, de una responsabilidad solidaria. Ahora bien, es importante precisar que esta responsabilidad es por deuda ajena, pues el vínculo obligatorio con los trabajadores lo tiene únicamente el contratista. El empleador es éste y no el principal. El empresario comitente tan sólo responde del incumplimiento del contratista. Por ello, el contenido de su responsabilidad es simplemente indemnizatorio del interés del acreedor, como una especie de fianza *ex lege*[66]. Esta particularidad lleva a que el carácter solidario de la responsabilidad tenga características especiales que la aproximan a lo que la doctrina alemana conoce como "obligaciones solidarias impropias"[67]. En efecto, dado que el empresario principal responde del incumplimiento del contratista será necesario que, previamente, haya un incumplimiento de éste[68]. Además, en las relaciones internas entre los empresarios es lógico que el principal pueda regresar contra el contratista exigiendo el reembolso de todo lo abonado al trabajador, al igual que sucede con el fiador *ex* artículo 1838 CC. Por otra parte, el alcance de esta responsabilidad por deuda ajena se extiende no sólo a las obligaciones contraídas por el contratista frente a sus trabajadores, sino también a las que hayan podido contraer los subcontratistas, según la interpretación que prevalece por el momento en este punto y a la que ya se ha hecho referencia.

El examen realizado hasta ahora muestra un régimen contradictorio. Por un lado, la garantía que establece el artículo 42 ET para la descentralización controlada tiene un ámbito de aplicación muy limitado: sólo se aplica a aquellas formas de descentralización que puedan ser encuadradas en el marco de los negocios jurídicos asociados a las contratas, siempre y cuando, además, se refieran a la actividad propia del proceso productivo de la empresa y presenten una implicación productiva[69]. Las limitaciones respecto al alcance concreto de la garantía son menores, pero también significativas, en la medida en que en el ámbito laboral sólo afecta a las obligaciones salariales. Ahora bien, siendo el ámbito de aplicación limitado, la garantía que se ofrece es extraordinariamente fuerte en cuanto a

(65) Aunque se sostiene también que puede tratarse de un plazo de prescripción. Para las distintas posiciones *vid.* LLANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 265 a 267; también MONTOYA MEDINA, *op. cit.*, págs. 296 y ss.

(66) PAZ-ARES, C., "Comentario al artículo 1698 del CC", en AAVV (PAZ-ARES, DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR, dirs.), *Comentarios al Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1487 y 1488. *Vid.* también DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. II, Civitas, Madrid, 1996, pág. 206, y RODRÍGUEZ PIÑERO, *op. cit.*, pág. 55.

(67) DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., págs. 205 y ss.

(68) RODRÍGUEZ PIÑERO, "La regulación protectora…", cit., págs. 57 y ss.

(69) De acuerdo con la versión renovada del elemento locativo de la contrata que se ha examinado.

su intensidad: un régimen de responsabilidad de carácter solidario que se extiende a lo largo de toda la cadena de contratas. Protección limitada respecto a su alcance pero intensa respecto a la forma que adopta. ¿Es éste el sistema de garantías más conveniente para los nuevos fenómenos de descentralización productiva? Es dudoso, pero antes de ofrecer una valoración definitiva es necesario examinar los regímenes especiales en materia de Seguridad Social y prevención de riesgos laborales, así como la regulación sectorial que se ha establecido para la construcción.

## 3. LOS REGÍMENES ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD EN LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA: SEGURIDAD SOCIAL, PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y LA REGULACIÓN SECTORIAL DE LA CONSTRUCCIÓN

### A) Descentralización productiva y Seguridad Social

**SI SE CONTRATA PESE A LA CONSTANCIA DE LA EXISTENCIA DE DESCUBIERTOS, LA EMPRESA PRINCIPAL RESPONDE SOLIDARIAMENTE DE LAS OBLIGACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL DURANTE EL PERÍODO DE VIGENCIA DE LA CONTRATA**

En materia de Seguridad Social la complejidad aumenta como consecuencia del cruce de regulaciones[70]. La primera regulación es la que contiene el artículo 42 ET, que impone, en su número 1, al empresario principal la obligación de comprobar el cumplimiento de las obligaciones de cotización por parte de los empresarios con los que contrate o subcontrate la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad. Para ello, el empresario principal debe solicitar la correspondiente certificación a la TGSS, que ésta, a su vez, deberá librar en el plazo de 30 días. Si la certificación es positiva en cuanto a la existencia de descubiertos de cotización, el legislador no establece una prohibición de contratar con el empresario incumplidor, pero, si se contrata pese a la constancia de la existencia de descubiertos, la empresa principal responde solidariamente de las obligaciones de Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata; responsabilidad que puede exigirse no sólo mientras se mantiene la contrata, sino durante el año siguiente a su terminación. Por el contrario, si no se expide el certificado o si éste es negativo en cuanto a la existencia de descubiertos, la empresa principal no incurre en esta responsabilidad. Por tanto,

(70) El cruce de regulaciones es hoy mayor, pues el artículo 7.2 de la Ley 32/2006, sobre la subcontratación en el sector de la construcción, prevé también una responsabilidad solidaria en materia de Seguridad Social por incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro. La exposición que sigue se centrará, sin embargo, en las regulaciones del artículo 42 ET y de la LGSS, que son las que tienen un alcance general, dejando para más adelante el análisis de la regulación especial (*vid. infra* epígrafe 3.2).

el certificado es sólo un elemento instrumental de la regulación que contiene el precepto comentado; lo importante es la responsabilidad solidaria que se establece y que el certificado permite evitar si es negativo o si no se expide en el plazo legal.

Pero junto a esta regulación hay que tener también en cuenta la prevista en los artículos 15, 104 y 127 LGSS. El artículo 15, relativo a la cotización, después de establecer la responsabilidad de las personas a quienes las normas aplicables impongan directamente la obligación de cotizar, prevé que también responderán de forma subsidiaria, solidaria o como sucesores los que lo sean "en aplicación de cualquier norma con rango de ley"[71]. Se trata, por tanto, de una norma de mera remisión con alcance para todo el Sistema. Para el Régimen General hay una regulación más concreta que, también en materia de cotización, se contiene en la segunda norma citada: el artículo 104.1.2º LGSS. De acuerdo con este precepto del pago de las cotizaciones "responderán ( ) solidaria, subsidiariamente o por *mortis causa* las personas o entidades sin personalidad a que se refieren los artículos 15 y 127.1 y 2 de esta ley"[72]. En este último artículo, que afecta a la acción protectora, la regulación acaba de perfilarse en su número 1. Éste prevé que "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 ET para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente", con la única excepción de "las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto de su vivienda"[73].

La regulación prevista en el ET y la dispuesta en la LGSS presentan puntos comunes. Ambas se refieren al fenómeno de la descentralización y en concreto a las contratas, aunque el ámbito subjetivo del régimen previsto en la LGSS es más amplio que el del artículo 42 ET. Se hace, pues, necesaria una interpretación conjunta que permita una visión completa del régimen de responsabilidad en materia de Seguridad Social.

En el plano objetivo, la responsabilidad del empresario afecta a las obligaciones de la Seguridad Social, pero la extensión de estas obligaciones no es pacífica. Quedan excluidas, no sin alguna duda, las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Así lo ha señalado reiteradamente la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo para la responsabilidad solidaria del artículo 42 ET[74] y así se desprende también del artículo 127.1 LGSS para la

(71) Redacción de la Ley 52/2003.

(72) Redacción de la Ley 52/2003.

(73) Estas normas se completan con las reglas de procedimiento que se contienen en los artículos 12, 13 y 15 del Reglamento de Recaudación de Recursos de la Seguridad Social, aprobado por el RD 1415/2004. La confusión inicial creada por el Reglamento aprobado por el RD 1637/1995 –que refería también la responsabilidad subsidiaria a las contratas de la propia actividad– fue superada por la modificación del RD 1426/1997. Sobre esta confusión *vid.* LLANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 279 y 280.

(74) SSTS, Sala Cuarta, de 19 de mayo de 1998 (RJ 1998/4730); 16 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7226); 14 de febrero de 2000 (RJ 2000/2036), y 22 de diciembre de 2000 (RJ 2001/1873). En contra de la exclusión de las mejoras *vid.*, por todos, MONTOYA MEDINA (*op. cit.*, págs. 229 a 241) y MOLERO MARAÑÓN (*op. cit.*, págs. 195 a 207).

responsabilidad subsidiaria[75]. También se excluye el recargo de prestaciones[76], que no es una prestación de Seguridad Social, sino una indemnización con un cierto alcance punitivo[77].

Dentro de las obligaciones de Seguridad Social, además, hay que introducir algunas precisiones. ¿A qué obligaciones se está refiriendo la ley? ¿Únicamente a las obligaciones contraídas con la Administración de la Seguridad Social o también a las contraídas con el beneficiario? La tesis que parece imponerse en alguna sentencia es la que identifica estas obligaciones únicamente con las contraídas con la Seguridad Social entendida como Administración de la Seguridad Social. Así parece entenderlo el Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias, aunque se trata, en todo caso, de valoraciones realizadas *obiter dicta*. El Tribunal Supremo distingue a estos efectos entre el régimen del artículo 42 ET y el de los artículos 104 y 127 LGSS. Así, la STS de 19 de mayo de 1998[78] señala que las obligaciones que regula el artículo 42 ET "están referidas a las cuotas, como ocurre en el párrafo primero de este precepto y como se desprende del enlace entre las dos partes del artículo". De ahí se sigue, según esta sentencia, que el artículo 42 ET "está enumerando obligaciones referidas a *la Seguridad Social, entendida como Ente gestor de prestaciones*", y que por ello "únicamente pueden referirse a esas cuotas o a prestaciones anticipadas por la Seguridad Social", pues "el precepto en esta materia de Seguridad Social *no se refiere a deudas con el trabajador, sino a obligaciones con la Seguridad Social*, que, como veremos, son subsidiarias cuando se trata de las prestaciones del sistema". Para la sentencia la responsabilidad solidaria se limita a las obligaciones con la Administración de la Seguridad Social, mientras que para las obligaciones frente al beneficiario[79] hay que aplicar el artículo 127 LGSS[80]. Esta interpretación es restrictiva y no puede compartirse por razones que afectan tanto a la letra del precepto como a su finalidad[81]. El razonamiento de la sentencia está basado en el núm. 1 del artículo 42 ET, pero este número no está definiendo el ámbito de la responsabilidad –las obligaciones garantizadas con ella–, sino los términos en que se puede producir su exoneración en atención a la situación regular de la empresa contratista ante la Seguridad Social. Por ello, el número 1 menciona sólo la situación en relación con el pago de las cuotas. Este pago es

(75) El artículo 127.1 LGSS prevé que la responsabilidad del empresario principal opera cuando el contratista es declarado responsable de la prestación conforme al artículo 126 LGSS, responsabilidad que sólo es aplicable para las prestaciones de Seguridad Social.

(76) El recargo puede entrar, sin embargo, en la responsabilidad de la empresa principal, pero no por la vía de las obligaciones de Seguridad Social, sino por la de la prevención de riesgos laborales, como se verá en el apartado 3.2. *Vid.* MOLERO MARAÑÓN, *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, cit., págs. 207 a 222.

(77) SSTS, Sala Cuarta, de 8 de marzo de 1993 (RJ 1993/1714); 16 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9069); 7 de febrero de 1994 (RJ 1994/809); 9 de febrero de 1994 (RJ 1994/820); 23 de marzo de 1994 (RJ 1994/2627), y 22 de abril de 2004 (RJ 2004/4391). Dice esta última que el recargo de prestaciones "no es una prestación de la Seguridad Social, sino un incremento a cargo del empresario, que no se incluye en la acción protectora de la Seguridad Social, aunque tome como módulo de cálculo el importe de la prestación".

(78) RJ 1998/4730.

(79) Estas obligaciones serán las correspondientes a las prestaciones de cuyo pago haya sido declarado responsable el empresario, pero no están sometidas a anticipo o a garantía por la Entidad Gestora, conforme al régimen del artículo 126 de la LGSS.

(80) La misma doctrina aparece en las SSTS de 16 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7226) y 22 de diciembre de 2000 (RJ 2001/1873).

(81) A favor de la misma *vid*., sin embargo, ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 181, y GIL SUÁREZ, "La descentralización productiva y la Seguridad Social", en AAVV (GIL SUÁREZ, dir.), *La descentralización productiva*, cit., págs. 145 y 146.

sólo un indicador de la regularidad de la situación del contratista ante la Seguridad Social. El legislador toma como referencia las cotizaciones porque es el dato más significativo y el más fácil de comprobar. Pero con ello no se quiere limitar la responsabilidad, como se advierte en la norma realmente aplicable en esta materia, que no es el núm. 1 del artículo 42, sino el núm. 2 de este precepto, en el que claramente se dice que se responde de "las obligaciones referidas a la Seguridad Social"; no de las contraídas con la Administración de la Seguridad Social. Desde la perspectiva de una norma que lo que pretende garantizar es la efectividad de los derechos de los trabajadores en los supuestos de descentralización productiva no tendría sentido establecer una garantía limitada sólo para los créditos de los organismos gestores de la Seguridad Social, dejando fuera la protección de los beneficiarios, que es la finalidad última y esencial de un sistema público de cobertura[82]. Puede objetarse que esa protección no es necesaria, pues ya está garantizada por el artículo 127 LGSS, pero ésa es una cuestión diferente, pues la misma reflexión debería también aplicarse a los créditos de la Administración de la Seguridad Social. La extensión de la responsabilidad en los dos regímenes es la misma y comprende todas las obligaciones de Seguridad Social: obligaciones frente a la Administración de la Seguridad Social y obligaciones frente a los beneficiarios. Normalmente se tratará de cuotas y prestaciones, pero podría extenderse en determinados casos a otros recursos públicos de la Seguridad Social, tal como se definen en el artículo 1 del Reglamento General de Recaudación.

La determinación de las cuotas a las que se extiende la responsabilidad no plantea problemas: serán las devengadas durante la vigencia de la contrata. Más problemático resulta determinar el ámbito material de la responsabilidad en materia de prestaciones. En la medida en que se trata de una responsabilidad que deriva de un incumplimiento, hay que situar en el ámbito temporal de la vigencia de la contrata tanto el incumplimiento de las obligaciones que determinan la responsabilidad como el hecho causante de ésta. Por ejemplo, si se trata de una pensión de incapacidad permanente, será necesario que la pensión se haya causado durante la vigencia de la contrata y que los incumplimientos que generan la responsabilidad también se hayan producido durante esa vigencia. Ahora bien, si los incumplimientos de la empresa contratista son superiores habrá que aplicar un criterio de ponderación que tenga en cuenta: 1º) Que los incumplimientos producidos durante la vigencia de la contrata tienen por sí mismos relevancia para determinar la responsabilidad con independencia de los incumplimientos del contratista que se hayan producido fuera de la contrata y 2º) que la responsabilidad del principal debe ser proporcional a los incumplimientos producidos dentro de la contrata. En el caso de las pensiones esa responsabilidad se medirá en términos de participación en el capital coste, pero si se trata de subsidios la proporcionalidad deberá jugar también. En esta línea, la STS de 17 de mayo de 1996[83] ha seguido el criterio de aplicar la responsabilidad de la empresa principal a todo el período de percepción, incluso para los períodos de incapacidad temporal

(82) En la misma línea, MOLERO MARAÑÓN, *op. cit.*, págs. 185 a 190. También MONTOYA MEDINA, *op. cit.*, págs. 223 a 229.

(83) RJ 1996/4472.

que excedan de la vigencia de la contrata[84]. El criterio parece correcto: la responsabilidad no debe limitarse por la relación entre duración de la prestación y vigencia de la contrata, pero tiene que moderarse aplicando la proporcionalidad para ponderar los efectos del incumplimiento que se haya producido durante la contrata. En efecto, sería desproporcionado, por ejemplo, que un incumplimiento de un día de cotización durante la vigencia de la contrata diera lugar al abono de toda la prestación con cargo a la empresa principal.

En el ámbito temporal, la extensión de responsabilidad está acotada por la vigencia de la contrata. El artículo 42 ET reconoce expresamente esta limitación respecto a la responsabilidad solidaria. En cuanto a la responsabilidad subsidiaria, los artículos 104 y 127 LGSS no contienen una previsión específica de esta limitación temporal, aunque se deduce claramente de la propia naturaleza de la institución, pues, como se ha señalado, carece de sentido hacer responsable al comitente de hechos acontecidos antes o después de ese período[85] (lo que, por otra parte, pone de nuevo de relieve la distinción entre el ámbito de la responsabilidad y el ámbito del certificado del núm. 1 del artículo 42 ET).

**LA RESPONSABILIDAD TIENE QUE MODERARSE APLICANDO LA PROPORCIONALIDAD PARA PONDERAR LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO**

Pasemos ahora a las diferencias entre los dos regímenes. La primera se encuentra en el carácter de la responsabilidad. En el artículo 42 ET la responsabilidad es solidaria, lo que supone que el acreedor –la TGSS o el beneficiario– podrá dirigirse contra cualquiera de los responsables solidarios para exigirle el pago del total de la deuda o contra todos simultánea o sucesivamente (artículo 1144 CC)[86]. Si paga la empresa principal, ésta tendrá acción sobre la contratista para reintegrarse de lo abonado, pues la solidaridad en el pago no afecta al fundamento de la deuda, que es sólo del empresario directo. Por su parte, la responsabilidad subsidiaria de los artículos 104 y 127 LGSS únicamente afecta a la empresa principal cuando ha existido una previa declaración de insolvencia del contratista (artículo 127 LGSS y artículo 14 RGRRSS) y también en este caso hay acción de reintegro del empresario principal frente al contratista.

(84) La incapacidad se inició en abril de 1990 y se mantuvo hasta el mes de agosto. La contrata, sin embargo, había terminado en mayo. La empresa principal pedía que su responsabilidad quedara limitada a los meses de abril y mayo.

(85) GIL SUÁREZ, *op. cit.*, pág. 147.

(86) Esta regla, que afecta a las relaciones externas, se matiza en el ámbito de la Seguridad Social conforme a las normas de procedimiento sobre las reclamaciones por derivación (artículo 13 del RGRRSS).

La segunda diferencia se refiere al ámbito subjetivo de la responsabilidad. En el régimen del artículo 42 ET la responsabilidad sólo afecta a las contratas de la propia actividad[87]. Por el contrario, el régimen de los artículos 104 y 127 LGSS se extiende a todas las contratas[88]. La única excepción prevista a este régimen es el de las reparaciones que pueda contratar un amo de casa en relación con su vivienda[89]. Esta excepción resulta mucho más restrictiva que la dispuesta en el artículo 42 ET, que, como se vio, alcanza también a todo comitente que no tenga la condición de empresario, con lo que estamos ante una nueva diferencia.

Otra diferencia –la cuarta– afecta a la posibilidad de exoneración. La responsabilidad solidaria del artículo 42 ET puede evitarse solicitando el certificado del número 1 de este artículo y absteniéndose de contratar con un empresario que esté en una situación irregular en la cotización a la Seguridad Social. Esto no sucede en el régimen de los artículos 104 y 127 LGSS, en el que no hay posibilidad de excluir la responsabilidad mediante un control previo de la situación del contratista ante la Seguridad Social: se puede contratar con un empresario que está en regla en el momento de la suscripción de la contrata y responder de un incumplimiento que se produce durante la vigencia de ésta.

Por último, la quinta diferencia se produce en relación con el período de tiempo en el que puede exigirse la responsabilidad a la empresa principal: este período es el de la duración de la contrata y durante el año siguiente a la terminación de su vigencia para la responsabilidad solidaria del artículo 42 ET, con lo que se acortan los plazos de prescripción de cuatro y cinco años de los artículos 21 y 43 LGSS.

La existencia de dos regímenes de responsabilidad para los fenómenos de descentralización productiva plantea dos problemas: la necesidad de su coordinación a la hora de aplicar las normas correspondientes y la justificación de las diferencias de tratamiento.

La coordinación puede establecerse de tres formas distintas: 1ª) eliminando una de las normas concurrentes mediante la derogación y, en este sentido, se planteó en su momento si la regulación del artículo 42 ET había derogado la contenida en las normas específicas de Seguridad Social; 2ª) manteniendo la concurrencia, pero estableciendo una aplicación separada de los dos regímenes, en virtud de la cual el artículo 42 ET se aplicaría a las contratas de la propia actividad y la regulación de la LGSS a las contratas que no son de la propia actividad, o 3ª) estableciendo una concurrencia parcialmente acumulativa, en virtud de la cual el artículo 42 ET se aplica sólo a las contratas de la propia actividad, pero el régimen de la LGSS se aplicaría tanto a las contratas que no son de la propia acti-

(87) En el sentido precisado en el apartado 2.2.b).

(88) Pero sólo a las contratas. Es aplicable aquí todo lo que en su momento se dijo sobre el límite que deriva del tipo negocial. Por tanto, no quedan afectados por el régimen de responsabilidad en materia de seguridad social aquellos contratos que no puedan calificarse como contratas: contratos de compraventa y suministro, y todas las modalidades contractuales de distribución comercial (contrato de agencia, concesión comercial y franquicias).

(89) Se amplía, así, de manera desproporcionada, el ámbito de aplicación de estos preceptos, incluyendo a comitentes que no tienen la condición de empresarios. *Vid.* sobre el particular LLANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 283 y 284.

vidad, como a las que se refieren a la propia actividad cuando éstas quedan excluidas de la regulación del artículo 42 ET.

La primera solución ha sido siempre descartada[90], pues, como señaló en su momento MARTÍNEZ EMPERADOR, no hay derogación, porque no hay incompatibilidad entre las dos regulaciones: ambas pueden ser objeto de aplicación separada[91]. En realidad, las dos regulaciones coexistían antes del ET, pues tanto el artículo 4 del Decreto 3677/1970[92], como el artículo 19.2 LRL establecían la responsabilidad solidaria para las contratas de la propia actividad, mientras que los preceptos correspondientes de la Ley Articulada de la Seguridad Social[93] y LGSS[94] se aplicaban a todas las contratas –incluidas también las de la propia actividad– estableciendo una responsabilidad subsidiaria. MARTÍNEZ EMPERADOR justificó también la aplicación parcialmente acumulativa de los dos regímenes a las contratas de la propia actividad señalando que incluso en el ámbito coincidente las dos regulaciones mantenían vigencia paralela. Para este autor la regulación "laboral" de la responsabilidad solidaria[95] no absorbe la regulación de Seguridad Social sobre la responsabilidad subsidiaria. La razón está en que en la regulación laboral se establecen unas garantías adicionales que no son conciliables con la aplicación exclusiva de este régimen a las contratas de la propia actividad. Si así fuera, señala, cabría una posibilidad de exoneración –a través del certificado– sólo aplicable, paradójicamente, a quienes incurren en una responsabilidad más grave, dado que para las otras contratas la exoneración por la vía del certificado no es posible[96]. De esta forma, en el caso de las contratas de la propia actividad la empresa principal responde: en primer lugar, solidariamente por la vía del artículo 42 ET; pero, en segundo lugar, si escapa a esta responsabilidad –por la existencia de una certificación negativa, por la no expedición en plazo del certificado o por el transcurso del plazo de un año después de terminada la contrata– responderá subsidiariamente de acuerdo con el régimen común.

La interpretación de MARTÍNEZ EMPERADOR se ha ido imponiendo en la doctrina científica[97] y judicial. En este sentido hay que citar la STS, Sala Tercera, de 6 de julio de 2005[98], según la cual los dos regímenes de responsabilidad concurrentes no contemplan situaciones exactamente iguales, pues no existe "una absoluta coincidencia entre las responsabili-

(90) También quedó siempre descartada, pese a la confusión creada por la redacción inicial del RGRSS, la tesis según la cual los dos regímenes se referían únicamente a las contratas de la propia actividad con aplicación prioritaria de la responsabilidad solidaria.

(91) MARTÍNEZ EMPERADOR, "El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios", cit., págs. 36 y 37.

(92) Anulado por *ultra vires* por la STS de 23 de noviembre de 1977 (RJ 1977/4642). La anulación se produjo cuando ya la norma reglamentaria había sido sustituida por el artículo 19.2 de la LRL.

(93) Artículos 68.1 y 97.1.

(94) Artículos 68.1 y 97.1.

(95) Artículo 19.2 LRL y artículo 42.2 ET.

(96) MARTÍNEZ EMPERADOR, *op. cit.*, págs. 37 y 38.

(97) *Vid.*, para un panorama general, CALVO GALLEGO ("La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios", *Temas Laborales*, págs. 76 a 78); LLANO SÁNCHEZ (*op. cit.*, págs. 276 a 282) y MONTOYA MEDINA (*op. cit.*, págs. 302 a 306).

(98) RJ 2005/9535.

dades previstas en uno y otro precepto, ni en cuanto a los conceptos a que se extienden, ni tampoco en cuanto a las circunstancias que pueden exonerar de las mismas". Si hubiera sido así, habría que aceptar una aplicación separada de los dos regímenes "de forma tal que la responsabilidad solidaria del artículo 42 se limite a los supuestos en que así ocurra, mientras que la subsidiaria proclamada en los artículos 104 y 127 se refiera a los casos en que no existe esa identidad de actividad". La sentencia rechaza esta posibilidad y considera que el artículo 127.1 LGSS no establece "un régimen de responsabilidad excluyente del sentado en el artículo 42, sino complementario y acumulativo del mismo, arbitrando una fórmula que permita demandar al propietario de la obra el abono de las cotizaciones impagadas por el subcontratista declarado insolvente, siempre que concurran las circunstancias previstas en el artículo 127 y con absoluta independencia de que la responsabilidad prevista en el artículo 42 del Estatuto pudiese resultar optativamente exigible". Esto significa, en definitiva, que no hay una preferencia legal por la responsabilidad solidaria, sino que la aplicación de cada régimen depende de la opción del acreedor.

### B) Prevención de riesgos laborales, coordinación empresarial y contratas

#### a) La regulación legal del régimen de responsabilidad. Responsabilidades en el ámbito sancionador y en la reparación

El régimen de responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales presenta todavía mayor complejidad. No está incluido en el artículo 42 ET, que se refiere únicamente a las obligaciones salariales y a las de Seguridad Social, y obviamente tampoco en las previsiones de la LGSS que hemos examinado en el apartado anterior. El precepto básico en esta materia es el artículo 42.1 LPRL, a tenor del cual "el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención por riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que pudieran derivarse de dicho incumplimiento"[99]. Pero, en este artículo no hay, sin embargo, una referencia explícita a la responsabilidad de la empresa principal. ¿Cuál es, pues, el fundamento normativo que permite extender a esta empresa la responsabilidad por los riesgos laborales? Para responder a esta cuestión resulta conveniente comenzar con un examen de la evolución normativa.

El precepto comentado arranca de la Ley 8/1988, de infracciones y sanciones. El número 2 del artículo 40 de esta ley incluía una norma según la cual "los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad responden del incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de seguridad e higiene durante el período de vigencia de la contrata, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal, aun cuando

(99) Los números 2, 4 y 5 fueron derogados en las circunstancias que se mencionarán más adelante; el número 3 establece la regla de la compatibilidad de las responsabilidades.

afecte a los trabajadores del contratista o del subcontratista"[100]. La LPRL derogó el artículo 40 de la Ley 8/1988, pero incorporó esa regulación en su artículo 42.2[101], aunque con variaciones significativas: 1º) la empresa principal responde ahora solidariamente con los contratistas y subcontratistas, y 2º) la responsabilidad de la empresa principal sale del ámbito del régimen sancionador para convertirse en una responsabilidad más amplia: por una parte sancionadora[102], pero, por otra, resarcitoria[103]. El nuevo Texto Refundido de la LISOS, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000[104], vuelve a convertir la norma sobre responsabilidad general en una norma sobre responsabilidad en materia sancionadora[105], al incorporar la regla del artículo 42.2 LPRL al artículo 42.3 LISOS, derogando aquél[106].

**EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES PRESENTA TODAVÍA UNA MAYOR COMPLEJIDAD**

De esta forma, el cuadro de responsabilidades se complica y debe ser abordado desde diferentes planos: en primer lugar, es necesario tomar como base la propia regulación de la LPRL respecto a las obligaciones específicas en los supuestos de coordinación de actividades empresariales; pero, en segundo lugar, esta regulación tendrá que ponerse en relación, por una parte, con la norma general sobre responsabilidad del artículo

(100) Adviértase, sin embargo, que no se trata de una responsabilidad solidaria del empresario principal, sino de responsabilidad propia del principal por un incumplimiento que le es imputable, aunque afecta a los trabajadores de otro empresario.

(101) Añadiendo además una referencia a la responsabilidad de la empresa usuaria en caso de cesión por empresas de trabajo temporal; referencia que recogía lo establecido en el artículo 16 de la Ley 11/1994.

(102) La responsabilidad en el ámbito administrativo sancionador es compleja, pues, por una parte, comprendía la cláusula general de responsabilidad solidaria en los términos ya examinados y, por otra, había que tener también en cuenta los incumplimientos tipificados en los apartados 13 y 14 de la Ley (hoy incluidos en los mismos apartados del artículo 12 de la LISOS). Dentro de este esquema y ante la exigencia de un elemento culpabílistico para el juego de la responsabilidad solidaria en materia sancionadora (STC 76/1990), la responsabilidad del artículo 42.2 de la LPRL tenía que referirse a la infracción por la empresa principal del deber que le imponía el artículo 24.3 de la misma Ley.

(103) Para un examen del régimen jurídico antes de la modificación introducida por el Real Decreto Legislativo 5/2000, que aprueba el texto refundido de la LISOS, *vid*. LLANO SÁNCHEZ (*op. cit.*, págs. 295 a 359); GOERLICH PESET, J.M., "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos de laborales", *AL*, núm. 8, 1997, y CALVO GALLEGO, F.J., *La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador*, Aranzadi, Pamplona, 1998, en especial, págs. 107 a 146. En contra de la extensión de la responsabilidad del artículo 42.2 LPRL fuera del ámbito de las sanciones *vid*. LLANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 346. A favor, APARICIO TOVAR, J. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 106.

(104) El texto refundido se aprueba en uso de la habilitación contenida en la Disposición Adicional de la Ley 55/1999.

(105) En contra, sosteniendo el carácter general –en materia de sanciones y de reparación– de la regla del artículo 42.3 de la LISOS de 2000 *vid*. MONTOYA MELGAR, A., "Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo", *Revista del Misterio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004, pág. 316 y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales*, Tecnos, Madrid, 2006, págs. 171 y ss.; ÍDEM, *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, Grupo difusión, Madrid, 2007, págs. 161 y 162 y 205 a 207. *Vid*. también sobre el tema GARCÍA MURCIA, J., "La responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales en los supuestos de pluralidad de empresarios", *Alcordemgo, Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales*, julio 2004, núm. 1, págs. 93 y ss.

(106) Disposición Derogatoria Única 2.c) LISOS. Es, sin embargo, muy discutible que en los términos de la habilitación de la Disposición Adicional Primera de la Ley 55/1999 se incluyera esta modificación, salvo que se entendiera que la norma del artículo 42.2 de la LPRL era una norma referida exclusivamente a la responsabilidad en las sanciones administrativas.

42 LPRL y, por otra, con las previsiones de la LISOS en materia de sanciones administrativas.

Comencemos por las obligaciones específicas en materia de prevención en caso de coordinación de actividades empresariales[107]. El artículo 24 LPRL distingue a estos efectos tres supuestos. El primero se aplica a la mera concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo[108]. Es un supuesto de gran amplitud que va más allá de la descentralización, pues comprende no sólo las contratas correspondientes a la propia actividad, como las contratas ordinarias, sino en general cualquier forma de coexistencia de las actividades laborales de varias empresas en un centro de trabajo, de forma que son irrelevantes los vínculos jurídicos que puedan existir entre las empresas, pues la norma atiende únicamente al elemento locativo: compartir el mismo centro de trabajo[109]. Se imponen en este supuesto lo que GOERLICH denomina obligaciones de *coordinación horizontal*: se parte de un deber general de "cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales", del que derivan dos obligaciones también bastante genéricas: la de "establecer los medios de coordinación necesarios" para lograr las finalidades de prevención[110] y la de informar sobre esas medidas de coordinación a sus trabajadores[111].

El segundo supuesto al que se refiere el artículo 24 LPRL es el de la concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo del que es titular un empresario. Estamos aquí ante una *coordinación vertical*[112], pues el empresario titular del centro adquiere una especial relevancia. Pero, objetivamente, el supuesto es tan amplio como el anterior: el empresario titular del centro debe proporcionar a los otros empresarios información sobre los riesgos del centro de trabajo que pueden afectar a sus actividades laborales[113] y tiene también que cursar instrucciones a estos empresarios para la prevención de esos riesgos[114]. Los empresarios concurrentes deben tener en cuenta esa información en la evaluación de riesgos y en la planificación de la actividad preventiva[115] y además tienen

(107) El sistema de coordinación sigue las previsiones del artículo 6.4 de la Directiva CEE 89/391 y del artículo 17 del Convenio 155 OIT.

(108) El desarrollo reglamentario de este supuesto se aborda en los artículos 4 y 5 del Real Decreto 171/2004. Para la construcción rigen las normas especiales del Real Decreto 1627/1997, cuya vigencia mantiene expresamente el Real Decreto 171/2004 en su Disposición Adicional Primera, que también contiene algunas precisiones en orden a su aplicación en ese sector.

(109) GOERLICH, *op. cit.*, págs. 128 y 129.

(110) Esos medios se regulan también en los artículos 11 a 14 del RD 1721/2004, en los que además se mencionan medios que corresponden a otros supuestos de coordinación, como las instrucciones.

(111) El artículo 4.2 del RD 171/2004 se refiere también a la obligación de las empresas de informarse entre sí sobre los riesgos.

(112) GOERLICH, *op. cit.*, pág. 133.

(113) Artículo 24.2 LPRL y artículo 8.1 del RD 171/2004.

(114) Artículo 24.2 LPRL y artículo 2 del RD 171/2004.

(115) Artículo 9.1 del RD 171/2004.

que cumplir las instrucciones del titular, con lo que parece establecerse una relación jerárquica bastante cuestionable entre empresarios[116].

El tercer supuesto es el de las *contratas relativas a la propia actividad* que se desarrollen en el centro de trabajo del empresario principal. El papel de este empresario se intensifica, pues tiene que vigilar el cumplimiento por los contratistas y subcontratistas de las normas de prevención[117]. El empresario principal se convierte, así, en una especie de inspector de los contratistas y subcontratistas, aunque sin contar con facultades de control y de propuesta de sanción, lo que supone, en cierto modo, un desplazamiento bastante discutible de funciones públicas al ámbito privado[118].

Éstas son las obligaciones establecidas legalmente en materia preventiva para los supuestos de coordinación empresarial. Más adelante se insistirá sobre su insuficiencia. Ahora hay que pasar a examinar el régimen de las responsabilidades. En materia de prevención de riesgos laborales las responsabilidades son de dos tipos: 1) las responsabilidades de carácter sancionador, que, a su vez, se dividen en responsabilidades penales (los delitos de peligro de los artículos 316, 317 y 350 del Código Penal y los delitos de homicidio y lesiones imprudentes)[119] y responsabilidades administrativas, y 2) las responsabilidades de orden resarcitorio, que se concretan en las prestaciones de la Seguridad Social[120], el recargo de prestaciones y la indemnización por responsabilidad civil.

Como ya adelantamos, el régimen de responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales tiene su precepto central en el artículo 42 LPRL, que carece de una regla general sobre la extensión subjetiva de la responsabilidad al empresario principal en los supuestos de contratas y subcontratas. Habrá que examinar, por tanto, cada supuesto concreto: por un lado, la responsabilidad administrativa y, por otro, la responsabilidad resarcitoria. Respecto a la responsabilidad penal, no resulta necesario entrar en ese examen, pues en ella rigen las reglas generales sobre autoría, coautoría y otras formas de participación.

En lo que se refiere a las sanciones administrativas, la regla general del artículo 2.8 LISOS impone la responsabilidad a los empresarios titulares del centro de trabajo que incumplan

(116) Artículo 9.2 del RD 171/2004. El establecimiento de esa jerarquía opera *ultra vires*, pues ni está previsto en la ley, ni pueden obviamente generarse obligaciones preventivas por las instrucciones de un sujeto privado. Las obligaciones en materia de prevención sólo pueden establecerse conforme al sistema de fuentes del artículo 1 de la LPRL, que obviamente no incluye los actos singulares de sujetos privados. El empresario concurrente tiene que informar a sus trabajadores de la información y de las instrucciones del empresario titular.

(117) Artículo 24.4 LPRL. El empresario principal debe exigir a los contratistas y subcontratistas que acrediten haber realizado la evaluación y planificación de riesgos y que han cumplido sus obligaciones de información e información; también le corresponde controlar el establecimiento efectivo de los mecanismos de coordinación (artículo 10 del RD 171/2004).

(118) El artículo 24 LPRL contiene en su núm. 4 otra regla sobre la extensión de las obligaciones de información del artículo 41.1 LPRL a los supuestos de contratación o subcontratación. Por su parte, el núm. 5 del artículo de referencia aclara que las obligaciones de cooperación e información serán aplicables también respecto a los trabajadores autónomos.

(119) Una exposición general del régimen penal en BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BAZOCO, J., *Derecho Penal del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1997, págs. 104 a 126.

(120) En la medida en que se acepte que cubren la responsabilidad objetiva del empresario por las contingencias profesionales. Sobre esta posición y en general sobre las distintas vías de reparación de las contingencias profesionales, *vid.* DESDENTADO BONETE, A., "La responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo. Estado de la cuestión y reflexión crítica sobre el desorden en el funcionamiento de los mecanismos de reparación", en AAVV, *Congreso de Magistrados del Orden Social: el futuro de la jurisdicción social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 405 a 499.

las obligaciones que dicha ley establece. Es importante subrayar que la responsabilidad no se refiere al *empresario en la relación laboral*, como en el número 1 del mismo artículo, sino al *empresario titular del centro de trabajo*, con lo que se está indicando la importancia del elemento locativo y el salto de la responsabilidad en esta materia por encima de los límites de la relación laboral. El precepto citado señala además como posibles sujetos responsables de la infracción de la normativa de prevención a los promotores y a los propietarios de obra, incluyendo también a los trabajadores autónomos. Por su parte, el artículo 42.3 LISOS establece la responsabilidad solidaria de la empresa principal cuando se cumplan determinadas condiciones.

Cabe preguntarse a qué tipo de responsabilidad se refieren estos preceptos: ¿es una responsabilidad directa por infracción propia o también incluye una responsabilidad indirecta por infracción ajena? La responsabilidad directa surge con la realización de la acción tipificada como infracción. El sujeto susceptible de incurrir en esta responsabilidad puede ser el empresario titular del centro, el promotor, el propietario de la obra o el trabajador autónomo, dependiendo de la infracción de que se trate[121]. También son responsabilidades directas las previstas en los números 13 y 14 del artículo 12 LISOS por incumplimiento de las obligaciones de coordinación empresarial, aunque, en este supuesto, la responsabilidad puede proyectarse sobre una pluralidad de sujetos activos. Si se produce un incumplimiento colectivo, resultará aplicable el artículo 130.3.1º LRJAPC, que establece la responsabilidad solidaria para las infracciones y las sanciones. Esta solución resulta discutible, pues si hay autoría la sanción tendría que afectar a todos los autores y no convertirse en un mero mecanismo de garantía del cobro para la Administración que sanciona[122]. No obstante, hay que tener en cuenta que no siempre se tratará de una infracción colectiva, pues el deber de cooperación puede cumplirse por algunos de los obligados y no por otros, y además la infracción del núm. 14 se refiere únicamente a la conducta de la empresa titular del centro[123].

La responsabilidad es distinta para el supuesto de la contrata de la propia actividad que se realiza en el centro de trabajo de la empresa principal (artículo 24.3 LPRL). Para este supuesto de coordinación el incumplimiento del deber de vigilancia por parte del empresario principal no se tipifica como una infracción propia. No obstante, el artículo 42.3 LISOS le adjudica, como sabemos, una responsabilidad solidaria "durante el período de la contrata" respecto a las sanciones que se impongan a los contratistas y subcontratistas cuando se trate de contrata de la propia actividad y la infracción se haya producido en el

(121) Por ejemplo, las infracciones de los artículos 12.29 y 13.8.a) para el promotor; la infracción del artículo 11.3 para el empresario titular del centro; las infracciones de los números 6 y 7 del artículo 11 para el contratista y subcontratista.

(122) La doctrina administrativista es crítica respecto a este precepto. *Vid.* en este sentido PARADA VÁZQUEZ, R., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 391 y 392; SUAY RINCÓN en AAVV, *Comentarios a Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común*, Comunidad de Madrid, pág. 218; GONZÁLEZ PÉREZ J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Común*, Civitas, 1994, pág. 1327; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Civitas, 2002, pág. 179.

(123) GOERLICH, *op. cit.*, págs. 138 y 139. Para LLANO SÁNCHEZ (*op. cit.*, págs. 312 y 313) también es preciso ponderar en cada caso si hay un supuesto de responsabilidad individual o colectiva. *Vid.* también MONTOYA MEDINA (*op. cit.*, págs. 352 a 354).

centro de trabajo del principal. La naturaleza de esta responsabilidad es polémica[124], pero lo que parece claro es que la solidaridad opera aquí con una función mixta, que, por una parte, pondera la posición de garantía del principal, pero que, por otra parte, tiene también en cuenta el eventual incumplimiento del deber de vigilancia del artículo 24.3 LPRL por el principal. Como afirma LLANO SÁNCHEZ[125], la regla del artículo 42.3 LISOS responde al modelo del artículo 130.3.2º LRAJPC: la solidaridad es consecuencia del incumplimiento por el principal de su deber de vigilancia.

Junto a las responsabilidades de carácter sancionador, en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de coordinación empresarial existen también –aunque no se encuentren definidas en el artículo 42.3 LISOS ni en la LPRL– responsabilidades de orden resarcitorio[126]. Lo que sucede es que en este campo nos desplazamos al régimen común de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil. La realización de actividades por distintos empresarios en el mismo centro de trabajo supera el esquema contractual en el que se desarrollan las obligaciones de seguridad en el ámbito laboral[127]: las obligaciones de seguridad alcanzan a los empresarios obligados a coordinarse y, en especial, al empresario titular del centro donde se desarrolla el trabajo, tenga o no la condición de principal en una contrata. En el caso del deber de vigilancia del principal estaremos ante la responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1903 CC en la modalidad de culpa *in vigilando*, con las consecuencias que de ello se derivan en orden al carácter directo de la responsabilidad, la exoneración cuando se pruebe la aplicación de la diligencia debida y la posibilidad de acción de regreso contra el empresario directo que incumplió la norma de seguridad[128]. Para los restantes supuestos de incumplimiento de los deberes de coordinación habrá que analizar el caso concreto para determinar la relevancia –en el marco de la relación de causalidad– de las infracciones concurrentes en la producción del daño, sin desconocer que

**LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES POR DISTINTOS EMPRESARIOS EN EL MISMO CENTRO DE TRABAJO SUPERA EL ESQUEMA CONTRACTUAL EN EL QUE SE DESARROLLAN LAS OBLIGACIONES DE SEGURIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL**

(124) *Vid.*, por todos, GORELLI, *La tutela de los trabajadores…*, cit., págs. 207 a 216.

(125) LLANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 343.

(126) Para el régimen anterior a la reforma de la LISOS de 2000 *vid.* GOERLICH, *op. cit.*, págs. 139 a 141, 151 y 152; LLANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 321 a 329 y 347 a 349. Para el régimen actual *vid.* GORELLI, "La tutela de los trabajadores...", cit., págs. 205 y ss. y MONTOYA MEDINA, *op. cit.*, págs. 352 a 362, 367, 368, 382 y 383.

(127) En contra, CALVO GALLEGO (*La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 47 y 48). Para este autor el hecho de que las obligaciones de seguridad social se establezcan entre un tercer empresario y el trabajador accidentado no debe impedir la calificación como contractual de la responsabilidad resultante porque lo importante es la preexistencia de la obligación, no su origen contractual.

(128) ROCA, E., *Derecho de Daños. Textos y materiales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, págs. 136 a 140.

en algunos supuestos del artículo 24 LPRL se trata de obligaciones unilaterales y que en otros el incumplimiento de uno de los empresarios implicados podría exonerar a otro de las consecuencias de la infracción. Si hay efectivamente coautoría la responsabilidad será normalmente solidaria, conforme a los criterios que prevalecen en la jurisprudencia civil[129].

La reparación debe cubrir de forma íntegra el daño causado. En el marco normal de la responsabilidad por los accidentes de trabajo la obligación del empresario responsable de reparar el daño está, como se sabe, fragmentada por razones históricas. Existen, así, tres vías diferentes de reparación: 1ª) las prestaciones de la Seguridad Social por las contingencias profesionales, 2ª) el recargo de prestaciones y 3ª) la indemnización civil[130]. El trabajador accidentado o sus causahabientes reciben las prestaciones de la Seguridad Social, el recargo y la indemnización civil adicional. A la hora de calcular la cuantía de la indemnización civil, el recargo no se deduce del importe total del daño[131], pero sí se deducen las prestaciones de la Seguridad Social.

Este esquema tiene lógica cuando el empresario infractor es el empleador del trabajador accidentado. ¿Pero qué ocurre cuando el infractor es la empresa principal? La doctrina jurisprudencial ha extendido la responsabilidad del empresario principal infractor al recargo[132]. En cuanto al cálculo de la indemnización civil, la deducción de las prestaciones de Seguridad Social causadas no parece que sea posible. La Seguridad Social actúa como un seguro público y obligatorio de la responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo; pero este empresario es el empleador del trabajador, no el empresario principal. Este último es un tercero a los efectos del artículo 127.3 LGSS. Según este precepto "cuando la prestación tenga su origen en supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones (…), sin perjuicio de aquellas responsabilidades". La norma añade que "el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente". La víctima percibirá, por tanto, del tercero infractor la indemnización completa del daño. De la indemnización no se podrán descontar ni el recargo, de acuerdo con la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, ni las prestaciones de la Seguridad Social, porque estas prestaciones cubren una parte de la responsabilidad del empresario directo que ha establecido la correspondiente cobertura, pero no la responsabilidad del tercero. Se produce así una situación extraña: el accidente sufrido es un accidente de trabajo y genera la correspondiente protección de la Seguridad Social porque se produce cuando se trabaja por cuenta del empresario que tenía concertada esa protección y en razón de ese trabajo, aunque intervenga en su producción la culpa de un tercero; pero a esa protección se

(129) ROCA, E., *op. cit.*, págs. 250 a 252.

(130) DESDENTADO BONETE, A., *op. cit.*, págs. 409 y ss.

(131) *Vid.* SSTS de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/9673) y 24 de julio de 2006 (RJ 2006/7312), entre otras.

(132) Sentencias de la Sala Cuarta del TS de 18 de abril de 1992 (RJ 1992/4849), 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9320), 5 de mayo de 1999 (RJ 1999/4705), 11 de mayo de 2005 (RJ 2005/6026) y 26 de mayo de 2005 (RJ 2005/9705).

acumula el recargo y una indemnización por daños, en la que no cabrá practicar deducción alguna, pues la Seguridad Social –a diferencia de lo que ocurre con el empresario directo– no "asegura" la responsabilidad del tercero. Hay así un *plus* de protección, no sólo como consecuencia del recargo, sino también por la falta de descuento de las prestaciones de la Seguridad Social. En realidad, si se siguiera el esquema general del seguro de daños –al que pertenece el seguro de responsabilidad civil– la entidad gestora o la mutua se subrogarían en los derechos de la víctima contra el tercero responsable del daño[133]. Pero el artículo 127.3 LGSS sólo prevé esta solución para el coste de la asistencia sanitaria[134]; para el resto de las prestaciones la víctima puede acumular la reparación obtenida de la Seguridad Social a la que obtenga del tercero causante del daño[135].

**b) La construcción jurisprudencial de la figura del empresario infractor más allá de la contrata y de la relación laboral**

El sistema legal de extensión de la responsabilidad se centra, como se ha podido observar, en la coordinación de actividades empresariales y, aun en este punto, contiene una regulación bastante incompleta. La jurisprudencia, por el contrario, se ha orientado en otra dirección, incluso antes de que se produjera la regulación de la LPRL.

La primera sentencia que se enfrentó a un supuesto de infracción de las normas de prevención de riesgos laborales por la empresa principal fue la STS de 18 de abril de 1992[136]. Esta sentencia resuelve una reclamación de recargo de prestaciones dirigida tanto contra la empresa principal como frente a la contratista. En el caso planteado un trabajador había fallecido a causa de una caída sufrida mientras estaba llevando a cabo la reparación de una línea eléctrica; servicio de reparación que su empleador tenía contratado con la compañía eléctrica. La caída que determinó la muerte se produjo cuando el poste en el que estaba el trabajador se partió por su base. La sentencia confirma la resolución del INSS que había declarado la responsabilidad solidaria de los dos empresarios (el directo del trabajador fallecido y el principal de la contrata). Para ello parte del artículo 93.2 LGSS de 1974 (hoy artículo 123.2 3 LGSS), que establece la responsabilidad del empresario infractor. Pero, a la hora de determinar quién tiene esta condición, admite que puede serlo tanto el empresario directo del trabajador accidentado, como la empresa principal en cuyo ámbito se ejecuta la prestación de trabajo. La sentencia afirma que aunque en las contratas y subcontratas los empleados de la empresa contratista o subcontratista mantienen su vínculo laboral exclusivamente con ésta, "en muchas ocasiones desarrollan su trabajo 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 repercuten en ella" y "así es perfectamente posible que una actuación negli-

(133) Artículos 43 y 76 de la Ley del Contrato de Seguro. En tal caso, se descontaría de la indemnización civil las prestaciones de la Seguridad Social.

(134) Conforme al artículo 127.3 LGSS, la gestora o la mutua que haya abonado las prestaciones sanitarias tendrá derecho a reclamar al tercero responsable el coste de las prestaciones sanitarias que hubiere satisfecho.

(135) BUENAGUA CEBALLOS, O., "Seguridad Social y responsabilidad civil. Algunas reflexiones sobre el artículo 127.3 de la Ley General de la Seguridad Social", *AL*, núm. 19, 2002.

(136) RJ 1992/4849.

gente 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". La sentencia reconoce que la situación resultante es compleja, pero añade que "lo que no parece correcto es excluir, por sistema y en todo caso, de responsabilidad a la empresa principal (…), pues esta simplista solución en primer lugar prescinde de la realidad en la que siempre es posible que la causa del siniestro se encuentre en la conducta negligente o culposa de ese empresario principal". Y esto es lo que sucede en el caso, pues la empresa principal era la titular de la línea eléctrica, que actúa como un centro de trabajo a estos efectos[137], y era esta empresa la que estaba obligada a cuidar de su adecuada conservación y buen estado. Se incumplió esta obligación y, por ello, la empresa principal es, como empresario infractor, la que está obligada a abonar el recargo, sin perjuicio de que también deba responder el empleador directo del accidentado[138], porque nunca debió permitir el trabajo en esas condiciones. Hay un exceso en la argumentación de esta sentencia que ha sido puesto de manifiesto en algún comentario[139], pues la sentencia se funda asimismo en el artículo 42 ET, apoyándose en que se trata de una contrata relativa a la propia actividad. Pero realmente esta cita del artículo 42 ET perturba más que confirma el razonamiento de la sentencia, porque ni este precepto sería aplicable al recargo, ni el régimen de responsabilidad que de él se deriva es compatible con la idea del empresario infractor: en el artículo 42 ET se responde por el mero hecho de contratar "la propia actividad", es decir, por *externalizar*[140]; en materia de prevención de riesgos se responde porque se ha incumplido una norma de seguridad[141].

La doctrina jurisprudencial posterior ha ido más lejos y en cierto sentido desarrolla la mención que la STS de 18 de abril de 1992 contiene al artículo 1902 CC, reconociendo que estamos ante una responsabilidad extracontractual. Es interesante, en este sentido, la STS de 16 de diciembre de 1997[142], en la que se plantea el caso de un accidente sufrido por un trabajador cuando realizaba la carga de tableros de un camión. El trabajador era empleado de la empresa transportista pero estaba desarrollando su labor en el centro de trabajo de la empresa que había encargado el trasporte. La sentencia vuelve a afirmar que cuando se desarrolla la prestación de servicios en el centro de trabajo de la empresa principal, con sus instrumentos de producción y bajo su control, esa empresa puede ser

(137) "Una interpretación racional y lógica obliga –dice la sentencia comentada– a equiparar estas instalaciones a la idea de 'centro de trabajo'".

(138) Como aclara el FJ 4º.

(139) MOLERO MARAÑÓN, *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, cit., págs. 213 y 214.

(140) Se responde además por el incumplimiento de otro, no por el propio incumplimiento.

(141) También se apoya la sentencia en el artículo 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene del Trabajo, a tenor del cual "la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que impone esta Ordenanza respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal". Pero este precepto tiene, en primer lugar, problemas de rango –una norma reglamentaria no puede ampliar la responsabilidad– y, en segundo lugar, su ámbito queda limitado a las sanciones administrativas, sin comprender el recargo.

(142) RJ 1997/9320.

"empresario infractor" a efectos del artículo 93.2 LGSS de 1974[143], y aclara que "aunque esta conclusión se estableció por la STS de 18 de abril de 1992 para una contrata para una obra o servicio correspondiente a la propia actividad, lo decisivo no es tanto esta calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad". Por su parte, la STS de 5 de mayo de 1999[144], después de reiterar la doctrina de la STS de 18 de abril de 1992, señala que lo decisivo 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" y añade que, aunque la doctrina inicial se estableció en "un caso de contrata para una obra o servicio correspondiente a la propia actividad, lo importante no es tanto esta calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad".

**LA RESPONSABILIDAD SE DERIVA DEL INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE SEGURIDAD ANTE UNA PERSONA QUE NO TIENE NINGÚN VÍNCULO CONTRACTUAL CON EL AGENTE PRODUCTOR DEL DAÑO**

Se trata de una responsabilidad directa del empresario infractor al margen de su relación con el empleador del trabajador accidentado y al margen también de la relación laboral, por lo que entramos en el marco de la responsabilidad extracontractual, como, de hecho, apuntaba ya la STS de 18 de abril de 1992 con su cita al artículo 1902 CC[145]. La responsabilidad se deriva del incumplimiento de un deber de seguridad ante una persona que no tiene ningún vínculo contractual con el agente productor del daño. Esta conclusión plantea problemas a la hora

(143) Hoy artículo 123 de la LGSS.

(144) RJ 1999/4705. Se trata en este caso de un accidente que se produce cuando el empleado estaba prestando sus servicios en las instalaciones del comitente, en labores de pintura, a unos 13 metros de altura, cayendo desde el andamio apoyado en el carro de una grúa puente.

(145) *Vid.* en este sentido la STS, Sala Primera, de 23 de octubre de 2006 (RJ 2006/8929). Esta sentencia decide un caso de un accidente que tiene lugar cuando un jubilado estaba desarrollando un trabajo irregular para una empresa. La sentencia no se pronuncia sobre la consideración de esta actividad como la propia del contrato de trabajo, pero aprecia la responsabilidad empresarial en el accidente a partir del artículo 1902 CC, apoyándose en los siguientes elementos: "a) el servicio se realiza en beneficio e interés de la entidad a la que se reclama, en cuyo desarrollo se produce el accidente; (b) el hecho de ocurrir el evento dañoso dentro del recinto donde se produce la actividad empresarial; (c) la circunstancia, indudable, de corresponder a la empresa el cuidado y la aplicación de las normas sobre seguridad en el ámbito de su actividad y en el concreto espacio en que tenían lugar". Con tales elementos, la sentencia entiende que se "ha de producir la imputación de los daños, ya que se da un factor de imputación no sólo ni predominantemente en base a la creación de un riesgo por razón de una actividad cuyo resultado se prevé en beneficio del responsable, sino fundamentalmente en la asunción del riesgo por la actividad con imputación por culpa, en razón de la presumible omisión de los deberes de vigilancia y de seguridad".

de determinar el carácter antijurídico del daño[146] si, como dice DÍEZ-PICAZO, se quiere salir de la anfibología de decir que "se trata de un daño antijurídico porque se ha violado la obligación de no causar un daño antijurídico". El problema surge porque si estamos ante una responsabilidad extracontractual ya no serían en principio aplicables las obligaciones de prevención que la LPRL define y construye en el marco de la relación laboral como obligaciones de este carácter. ¿Cuáles son las obligaciones de seguridad de un empresario frente a quien trabaja en su centro de trabajo pero no es un trabajador a su servicio? La LPRL no aclara esta cuestión: establece, en atención a esta condición, determinadas obligaciones de coordinación, información, instrucciones y vigilancia, pero no aborda directamente con carácter general este problema. Falta una norma que establezca que el empresario en cuyo centro presten servicios trabajadores empleados por otro empresario responderá frente a estos trabajadores del cumplimiento de las obligaciones de seguridad que se refieran a las instalaciones y los medios de trabajo que están bajo el control del titular del centro. Esa norma la ha formulado la doctrina jurisprudencial a partir del artículo 1902 CC. Sin embargo, no es posible mantenerse en ese plano general y en la práctica habrá que determinar qué deberes de seguridad tiene el empresario titular del centro frente a los trabajadores "externos", lo que dependerá de si la medida de prevención queda o no incluida en su esfera de control. En el caso planteado en la STS de 18 de abril de 1992 la empresa principal es responsable no por tener esta condición en el marco de la contrata, sino porque era la que tenía la titularidad de las instalaciones y debía mantenerlas en unas condiciones de seguridad que impidieran la quiebra y caída del poste con la producción del accidente. Pero si el accidente se hubiera producido por la falta de un elemento de protección personal o por el fallo en un medio de trabajo la infractora ya no sería la empresa principal, sino la contratista y la eventual extensión subjetiva de la responsabilidad a aquélla tendría que buscar otro fundamento, como veremos en el apartado siguiente.

### c) El alcance de la responsabilidad solidaria en la contrata que se ejecuta en el centro de trabajo del empresario principal

Hay otras sentencias del Tribunal Supremo que, aunque reiteran la doctrina del empresario infractor, parecen fundarse también en el antiguo artículo 42.2 LPRL, hoy incorporado al número 3 del mismo artículo de la LISOS[147]. En esta línea hay que citar las SSTS de

(146) Sobre el debate en la doctrina civilista en relación con la exigencia del carácter antijurídico del daño, *vid.* ROCA, E., *Derecho de daños*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, págs. 89 y 90. También DÍEZ-PICAZO (*Derecho de daños*, págs. 290 a 305). Para DÍEZ-PICAZO el criterio de la injusticia del daño cumple la función de circunscribir el área de los daños resarcibles y evitar una propagación irracional de los mecanismos de tutela indemnizatoria. Por ello, para determinar los daños resarcibles es preciso encontrar en el ordenamiento un criterio de valoración, que para este autor está integrado por juicios tanto formales como materiales de valor. De esta forma, el elemento de antijuridicidad propio del Derecho de daños implica un juicio de desvalor del resultado, que comprende también un juicio de desvalor de la conducta que lo ha producido, con independencia de que estimemos ese juicio como un elemento autónomo de antijuridicidad o como un juicio que se integra en la culpabilidad (págs. 290 a 298).

(147) Para una evolución de esta regulación *vid.* MONTOYA MEDINA, *op. cit.*, págs. 335 a 337. La regulación parte del artículo 153.2 de la Ordenanza General de de Seguridad e Higiene ya comentada; pasa después al artículo 40.2 de la LISOS de 1988 y de ahí al artículo 42.3 LPRL, para finalmente terminar en la LISOS de 2000. El artículo 40.2 de la LISOS de 1988 establecía una responsabilidad directa y no solidaria.

22 de noviembre de 2002[148], 11 de mayo de 2005[149] y 26 de mayo de 2005[150]. La primera y la segunda guardan alguna semejanza con el caso resuelto en la STS de 18 de abril de 1992: en ambas se trata de accidentes ocurridos en la instalación de líneas eléctricas, instalación que se realizaba mediante una contrata[151]. La tercera sentencia se pronuncia sobre un accidente ocurrido en obras de construcción realizadas por la contratista en un jardín donde prestaba servicios un trabajador de la empresa subcontratista; el accidente se produce por el vuelco de una máquina carretilla elevadora, apreciándose un incumplimiento de las obligaciones de información y formación.

En las tres sentencias citadas la responsabilidad del empresario principal no se razona a partir de su carácter de empresario infractor. El problema debatido consiste en determinar si hay una contrata de la propia actividad que se realiza en el centro de trabajo de la empresa comitente. Todas las sentencias llegan a la misma conclusión afirmativa, razonando que, aunque los lugares de trabajo eran espacios abiertos, son centros de trabajo de la empresa principal, por lo que tratándose también de contratación referente a la propia actividad, juega la regla de la responsabilidad del artículo 42.2 LPRL o del artículo 42.3 LISOS. Pese a la continuidad en la que se mueve el discurso de la sentencia ya no estamos aquí ante la responsabilidad del empresario infractor, sino ante una extensión subjetiva de la responsabilidad en las contratas dentro del límite del centro de trabajo del principal.

¿Puede servir de base el artículo 42.3 LISOS a esta construcción? GOERLICH ya señaló bajo la vigencia de la primera redacción del artículo 42.2 LPRL algunas dificultades y vinculó la responsabilidad solidaria a la obligación de vigilancia del artículo 24.3 LPRL. Para este autor el artículo 42.3 LISOS establece una responsabilidad solidaria del empresario principal por las infracciones cometidas por los contratistas y subcontratistas que deberían haber sido evitadas si hubiera existido una vigilancia suficiente por su parte[152]. LLANO SÁNCHEZ, al ocuparse del anterior artículo 42.2 LPRL, ya puso reservas a la aplicación de esta responsabilidad fuera del ámbito sancionador y consideró que su extensión a la reparación debía basarse en la noción jurisprudencial de empresario infractor[153]. Por su parte, MONTOYA MEDINA, tomando en consideración la norma vigente de la LISOS, se pronuncia a favor de la aplicación de la regla del artículo 43.2 LISOS únicamente a las responsabilidades administrativas[154]. Esta conclusión parece la correcta: la única responsabilidad que establece el artículo 43.2 LISOS es una responsabilidad en materia de sanciones y, por tanto, esa responsabilidad no cabe extenderla a la empresa principal en el ámbito de la reparación. La responsabilidad de la empresa principal en estos casos tiene que fundarse

(148) RJ 2003/510.

(149) RJ 2005/6026.

(150) RJ 2005/9702. Las SSTS de 11 y 26 de mayo de 2005 se refieren a una reclamación de recargo; la STS de 22 de noviembre de 2002 a la reclamación de una indemnización.

(151) En la primera el poste no cae por ningún defecto, sino por una maniobra de arraste ejecutada por el grupo de trabajo de la empresa contratista; en la segunda es el poste el que gira, pero la causa del accidente se relaciona con el hecho de no haberse asegurado previamente el equilibrio del poste mediante el correspondiente arrostamiento.

(152) GOERLICH, "Coordinación…", cit., pág. 150.

(153) LLANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 321 a 329.

(154) MONTOYA MEDINA, *op. cit.*, pág. 381.

en el incumplimiento por su parte del deber de vigilancia del artículo 24.3 LPRL en los términos ya examinados.

### C) La regulación específica de la descentralización productiva en el sector de la construcción

El estudio hasta ahora expuesto debe completarse con una breve referencia a las garantías específicas que en materia de descentralización productiva se han introducido en el sector de la construcción a través de la Ley 32/2006 y del RD 1109/2007[155]. Es ésta, por el momento, la respuesta normativa a una serie de problemas que se habían ido detectando en el sector: su alta tasa de temporalidad, un grado elevado de subcontratación y crecimiento inquietante del número de accidentes de trabajo[156].

La ley ha relacionado la negativa evolución de la siniestralidad en el sector con los excesos en la subcontratación y con su secuela: la aparición de empresas sin una mínima estructura organizativa y con deficiente preparación técnica para afrontar los retos de la prevención de riesgos laborales. La reacción contra estas tendencias se ha abordado en tres frentes: 1º) exigiendo una serie de requisitos de calidad o solvencia a las empresas que vayan a actuar en este sector; 2º) limitando la cadena de subcontrataciones, y 3º) estableciendo lo que la ley califica como "mecanismos específicos de transparencia", a través de la denominada "documentación de la subcontratación". Para instrumentar estas medidas se revisa el régimen sancionador de la LISOS.

Se ha dicho expresivamente que la Ley 32/2006 es "una nueva vuelta de tuerca"[157] en el control de la prevención de riesgos en el sector de la construcción, en la línea de especialidad que ya marcaba el RD 1627/1997. Pero la nueva regulación va más lejos y actúa sobre lo que podríamos calificar de "variables externas" de la prevención. La finalidad de la intervención normativa consiste en evitar que la falta de control "ocasione situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores", aunque las formas de acción son más complejas. Estamos ante una norma sectorial que afecta a la construcción y dentro de ésta a las obras especificadas en el artículo 2[158], aunque no siempre será posible mantener esta acotación cuando hay normas que se proyectan sobre la empresa en su conjunto.

(155) Sobre la Ley existen ya varios estudios colectivos entre los que pueden citarse AAVV (MERCADER UGUINA, coord.), *La nueva ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Lex Nova, Valladolid, 2007 y AAVV *La subcontratación en el sector de la construcción*, Thompson-Aranzadi, 2007; aparte de los "Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción" de MERINO SEGOVIA, A., Bomarzo, Albacete, 2006. Sobre el RD 1109/2007 es esencial el trabajo de CALVO GALLEGO, F.J., "El desarrollo reglamentario de la Ley de subcontrata en el sector de la contratación", *Temas Laborales*, núm. 93, 2008.

(156) MECADER UGUINA, J.R., "La Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2007; también MERINO SEGOVIA, A., *op. cit.*, págs. 14 a 20.

(157) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "El derecho de las contratas entre la licitud y la prevención", *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, pág. 39.

(158) Excavación, movimiento de tierras, construcción, montaje y desmontaje de elementos prefabricados, acondicionamientos o instalaciones, transformación, rehabilitación, reparación, desmantelamiento, derribo, conservación y trabajos de pintura y limpieza, saneamiento.

La primera medida consiste en determinadas exigencias impuestas para poder actuar como contratista o subcontratista en el sector. Estas exigencias son de carácter material y de carácter formal. Las exigencias de carácter material son, a su vez, de dos clases: las que afectan a la empresa considerada en sí misma y las que se refieren a la prevención de riesgos y al nivel de empleo. Así, la ley dispone, en primer lugar, que la empresa contratista o subcontratista debe ser una empresa con una organización productiva propia, que asuma los riesgos, obligaciones y responsabilidades inherentes a su actividad empresarial y que ejerza directamente las facultades de organización y dirección del trabajo. Se trata de requisitos relacionados con la doctrina jurisprudencial sobre la consistencia de la realidad empresarial como garantía frente a los fenómenos meramente interpositorios[159]. Por esta razón se ha dicho que, en gran medida, el artículo 4.1 de la Ley 32/2006 es una reiteración parcial del artículo 43 ET en la versión de la reforma de 2006; precepto este último que ya era una síntesis de aquella doctrina[160]. Si es así, pocas garantías se añaden al régimen ya vigente y la efectividad del nuevo precepto quedará limitada a operar en la distinción entre descentralización productiva lícita y cesión[161]. Pero, en segundo lugar, se establecen dos exigencias más relativas al cumplimiento de las medidas de prevención y al nivel de empleo indefinido. La exigencia relativa a la necesidad de "acreditar" que se dispone de recursos humanos con la formación necesaria en prevención y de una organización preventiva adecuada tampoco parece que tenga demasiada efectividad. Obsérvese que lo que se establece es simplemente la necesidad de acreditar la concurrencia de requisitos de organización y formación y no el cumplimiento de esos requisitos, cuya obligatoriedad deriva de las normas legales y reglamentarias en materia de prevención, lo que ha llevado a la necesidad de formular previsiones específicas en el régimen de sanciones en la Disposición Adicional Primera. La innovación más importante es la relativa al nivel de empleo indefinido, que establece el núm. 4 del artículo 5 de la Ley y que se desarrolla en el artículo 11 del RD 1109/2007. Las empresas que actúen habitualmente en la contratación y subcontratación dentro del

**LAS EMPRESAS QUE ACTÚEN HABITUALMENTE EN LA CONTRATACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN DENTRO DEL SECTOR DEBERÁN CONTAR CON UN PORCENTAJE MÍNIMO DE TRABAJADORES CON CONTRATO INDEFINIDO**

(159) *Vid., supra* epígrafe 2.1.

(160) *Vid.* en este sentido GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción", en AAVV, *La nueva ley reguladora de la subcontratación*, cit., pág. 72, y GARCÍA BLASCO, J., "El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas", en AAVV, *La subcontratación en el sector de la construcción*, cit., pág. 31.

(161) En el mismo sentido apunta a que no haya sanciones previstas para el incumplimiento de estas exigencias en las nuevas normas sobre sanciones de la Disposición Adicional Primera de la Ley 32/2006.

sector[162] deberán contar con un porcentaje mínimo de trabajadores con contrato indefinido[163] que va del 10% para los 18 primeros meses de vigencia de la Ley al 30% a partir del tercer año. La función de la norma puede relacionarse con la finalidad de la mejora de la prevención en la medida en que la temporalidad es uno de los factores que influyen en el nivel de siniestralidad[164]. Pero la norma, que tendrá una aplicación complicada[165], parece apuntar de forma más directa a la garantía de un mínimo de fijeza en las plantillas, que, sin embargo, sólo operará en los supuestos de contratación y subcontratación. No quedan claras las consecuencias de la infracción de esta norma, que no está comprendida en el régimen especial de responsabilidad del artículo 7. No parece que esa infracción pueda afectar al carácter temporal de los contratos suscritos y tampoco invalidará los negocios jurídicos de contratación o subcontratación, por lo que su sanción se limita a la que procede de acuerdo con su calificación como infracción administrativa muy grave, conforme a la nueva redacción del artículo 8 de la LISOS por la Disposición Adicional Primera de la Ley 32/2006.

Como exigencia de carácter formal, se establece que las empresas que se dedican a la contratación y subcontratación deberán estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas regulado en el artículo 6. Esta exigencia puede ponerse en relación con la extraña norma que contiene el número 3 del artículo 4, a tenor de la cual las empresas contratistas y subcontratistas acreditarán el cumplimiento de los requisitos a que se refieren los apartados 1[166] y 2.a) del propio artículo 4 mediante una simple declaración formulada por su representante legal ante el Registro de Empresas Acreditadas[167]. Es obvio que el cumplimiento de exigencias de orden sustantivo no podría nunca acreditarse con la mera declaración de que la exigencia se ha cumplido hecha por quien está obligado a cumplirla. Esto pone de relieve el carácter más bien burocrático y reiterativo de las exigencias de la Ley 32/206 en esta materia. En realidad, las exigencias del artículo 4.1 y 2.b) ya derivan del artículo 43 ET y de la LPRL y sus normas de desarrollo. Estaban y siguen estando además sancionadas en los artículos 8, 12 y 13 LISOS. Ahora lo que sucede es que se sancionarán también las infracciones por no acreditar el cumplimiento de las correspondientes obligaciones, como se deduce de la nueva redacción de los artículos 12.27 y 28 y 13.5 LISOS, lo que plantea el problema de si cabe sancionar a la vez el incumplimiento de una exigencia y la falta de acreditación de su cumplimiento. Algo similar hay que decir de la responsabilidad solidaria que para las obligaciones laborales y de Seguridad Social prevé el artículo 7 para

(162) La noción de habitualidad se delimita en el artículo 11.2 del RD 1109/2007.

(163) Sobre el complejo sistema de cálculo *vid.* el núm. 3 del artículo 11 del RD 1109/2007.

(164) DURÁN LÓPEZ, F., *Informe sobre los riesgos laborales y su prevención*, BOE, Madrid, 2001, págs. 63 y 158 a 161.

(165) GONZÁLEZ ORTEGA, *op. cit.*, págs. 70 a 72 y GARCÍA BLASCO, *op. cit.*, págs. 36 y 37.

(166) Exigencias generales de organización productiva, asunción de riesgos y responsabilidades y ejercicio directo de las facultades de organización y dirección del trabajo.

(167) Lo que muestra el carácter limitado o pasivo del nuevo sistema de control frente al sistema más activo y más intervencionista del carné de empresa con responsabilidad, que en definitiva, en el régimen del Decreto de 26 de noviembre de 1954, tenía que concederse por la Administración sindical de la época, previa demostración de tener "capacidad económica o crédito suficiente", aunque también podía concederse a quien "carente de medios económicos" tuviera, a juicio de la Organización Sindical, "acreditada conducta moral y social".

el contratista y subcontratista por el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro del núm. 2 del artículo 4[168]. Se trata de una extensión de responsabilidad que puede resultar excesiva respecto a un mero incumplimiento de obligaciones formales y que plantea problemas de coordinación con el régimen de los artículos 42 ET, 104 y 127 LGSS y del aplicable en materia de riesgos laborales.

La segunda medida adoptada por el legislador es la limitación del encadenamiento de contratas. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 32/2006, se establece que con carácter general sólo pueden producirse tres niveles de subcontratación, comenzando a contar desde el primer contratista, con lo que queda excluido el primer eslabón entre el promotor y el contratista. Hay que aclarar, sin embargo, que es una limitación que opera únicamente en sentido vertical y no horizontal[169]. Pero la regla tiene excepciones. Así no podrán subcontratar aquellos cuya organización productiva consista fundamentalmente en aportación de mano de obra[170] y tampoco puede subcontratar el trabajador autónomo las actividades que se le hayan encomendado[171]. Por el contrario, en supuestos excepcionales –por caso fortuito o fuerza mayor, relacionados con complejidades técnicas o exigencias de especialización– la dirección facultativa de la obra puede acordar la ampliación de la subcontratación en un nivel adicional. Esta decisión debe anotarse, con su justificación, en el libro de subcontratación y tiene que comunicarse a los coordinadores de seguridad, los representantes de los trabajadores y la autoridad laboral. Las consecuencias del incumplimiento de estas limitaciones se sancionan administrativamente, de acuerdo con los nuevos tipos de infracción que introduce en los artículos 12 y 13 LISOS la Disposición Adicional Primera de la Ley 32/2006. La infracción es bipolar, de forma que se sanciona tanto al subcontratista como a quien contrata con él permitiendo la superación de los niveles de subcontratación. Pero el artículo 7.2 de la Ley añade que el incumplimiento de los límites de subcontratación del artículo 5 determina la responsabilidad solidaria del contratista y del subcontratista en las obligaciones laborales y de Seguridad Social del subcontratista responsable del incumplimiento, cualquiera que fuera la actividad de las empresas. Es, por tanto, la misma responsabilidad del artículo 42 ET, aunque en este caso se supera el límite de la propia actividad. Así, la sanción resarcitoria por el incumplimiento sólo afectará a los supuestos de subcontratación de trabajos no correspondientes a la propia actividad, pues para los otros esa responsabilidad ya existe. El incumplimiento no afecta a la validez de la subcontrata.

El tercer grupo de medidas va dirigido a incrementar los controles sobre la subcontratación tanto a través del establecimiento de obligaciones específicas de registro y documentación, como mediante el fomento de la participación. Ya hemos mencionado algunas de estas medidas en los apartados anteriores. El artículo 7 establece el Registro de Empresas

(168) Inscripción en el Registro y presentación en éste de las declaraciones de cumplimiento de las exigencias de realidad empresarial y prevención.

(169) *Vid.* MERCADER UGUINA, *op. cit.*, pág. 89. Este autor afirma que "en el plano horizontal la libertad de contratación es total" y, por tanto, "el promotor y el contratista podrán contratar y subcontratar cuantos trabajos les competan en la obra"; la limitación aparece mediante el avance de la cadena. Para la apertura de la contratación horizontal *vid.* los apartados a), b) y c) del artículo 5.2.

(170) *Vid.* el concepto de este tipo de empresario en el propio artículo 4.2.f) de la Ley 32/2006.

(171) Artículo 5.2.e) de la Ley 32/2006.

Acreditadas. Es una unidad administrativa que depende de la autoridad laboral competente, pero con eficacia en todo el territorio nacional. El Registro tiene por objeto la inscripción de las empresas que pretenden actuar como contratistas y subcontratistas en el sector y en él debe practicarse la inscripción que como exigencia formal prevé el artículo 4.2.a) de la Ley 32/2006 con la correspondiente publicidad registral[172]. El segundo instrumento de control formal es el libro de subcontratación, que debe llevarse en toda obra de construcción incluida en el ámbito de aplicación de la Ley y debe reflejar, por orden cronológico desde el comienzo de los trabajos, todas y cada una de las subcontrataciones[173]. El libro tiene una publicidad limitada, que se extiende a los afectados por la subcontratación (promotor, dirección facultativa, coordinadores, trabajadores autónomos, técnicos y delegados de prevención y representantes de los trabajadores, aparte de la autoridad laboral). También se prevén obligaciones específicas de acreditación en relación con la titularidad de la maquinaria[174] y de la formación preventiva con la posibilidad de crear una cartilla o carné profesional[175]. El control se refuerza con la concesión de derechos de información a los representantes de los trabajadores[176]. El incumplimiento de las obligaciones en materia de documentación y acreditación es objeto también de sanciones administrativas en los artículos 11, 12 y 13 LISOS, conforme a la nueva redacción de la Ley 32/2006, donde también se sanciona la vulneración de los derechos de información de los representantes de los trabajadores. Como ya se ha visto, el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro también puede afectar a la responsabilidad solidaria del artículo 7.2 de la Ley 32/2006.

No es fácil precisar el alcance y la significación de la reforma que ha introducido la Ley 32/2006 y tampoco se han manifestado todavía sus consecuencias en un sector en el que se ha iniciado ya una desaceleración del espectacular crecimiento producido en los últimos años. No parece, según los propios términos del preámbulo de la Ley, que las medidas que hemos examinado supongan el esbozo de un modelo general, aunque tampoco puede descartarse, en principio, su aplicación, más o menos selectiva, a otras actividades con problemas similares. En el plano dogmático, el interés de estas medidas reside en que frente al esquema "descentralización prohibida/descentralización libre/descentralización controlada" de los artículos 42 y 43 ET, la reforma opera actuando en los tres puntos, pero de forma asimétrica: 1º) ha intentado, en primer lugar, reforzar el control sobre los fenómenos interpositorios de la descentralización prohibida exigiendo una acreditación formal de que no concurren los elementos del artículo 43 ET en la nueva versión de la reforma de 2006[177]; 2º) ha ampliado el ámbito de la cesión prohibida,

(172) La solicitud, su contenido, el procedimiento a seguir, sus efectos y renovación se regulan en los artículos 3 a 8 del RD 1109/2007.

(173) Artículo 8 de la Ley 32/2006. El desarrollo reglamentario se contiene en los artículos 13 a 16 del RD 1109/2007.

(174) El artículo 8.2 de la Ley 32/2006 obliga a cada empresa a disponer de la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza.

(175) Artículo 10 de la Ley 32/2006.

(176) Artículo 9 de la Ley 32/2006.

(177) Real Decreto-Ley 5/2006. Sobre esta reforma *vid.* MERCADER UGUINA, J.R., "La nueva noción de cesión de trabajadores prohibida", en AAVV (CRUZ VILLALÓN, J.), *La reforma laboral de 2006*, Lex Nova, Valladolid, 2006, págs. 157 a 175.

estableciendo límites al encadenamiento de las contratas, aunque el incumplimiento de esta nueva prohibición no convierte en el plano laboral la contrata en cesión, sino que se limita a desencadenar sanciones administrativas y determinar una extensión del régimen de responsabilidad del artículo 42 ET a subcontratas que no se refieren a la propia actividad, y 3º) ha establecido un control más frente a los efectos laborales de la descentralización productiva, obligando a las empresas que se dedican a la subcontratación a mantener un nivel mínimo de empleo indefinido.

## 4. VALORACIÓN CRÍTICA. LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA EN EL ÁMBITO LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL Y LA NOCIÓN DE EMPRESARIO INFRACTOR COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES DIRECTAS EN EL MARCO DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

El régimen legal de garantías previsto para los supuestos de descentralización productiva distingue, como se ha visto, tres planos distintos: laboral, Seguridad Social y prevención de riesgos laborales, junto a una normativa específica para el sector de la construcción. Una valoración crítica de este régimen de garantías exige partir de esta distinción para poder juzgar si las soluciones establecidas por el legislador son razonables y hasta qué punto tal distinción está justificada.

**LA EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD AL EMPRESARIO PRINCIPAL SE JUSTIFICA POR LA MAYORÍA DE LA DOCTRINA EN EL BENEFICIO QUE ÉSTE OBTIENE DE LOS TRABAJADORES DEL CONTRATISTA**

En el ámbito laboral resulta problemático el fundamento del sistema de responsabilidad previsto en el artículo 42 ET. La extensión de la responsabilidad al empresario principal se justifica por la mayoría de la doctrina en el beneficio que éste obtiene de los trabajadores del contratista. Sin embargo, esta explicación no resulta plenamente convincente, porque ese provecho indirecto se da igual en las contratas que no son de la propia actividad y, en general, en toda adquisición del producto de otro. El beneficio suele existir siempre en el ámbito del tráfico mercantil y de él no puede derivarse una responsabilidad solidaria para quien se beneficia de ese tráfico, pagando el correspondiente precio. En ese precio está ya la retribución del beneficio obtenido, según el mercado, y parte de él retribuye el trabajo del personal del contratista. En realidad, en el régimen legal, junto a la idea del beneficio indirecto, subyace probablemente también la creencia de que las tareas que co-

rresponden a la propia actividad de una empresa deben realizarse con personal de la propia plantilla y que si se recurre a otro empresario se está ante un supuesto anormal que merece la intervención del legislador para imponer determinadas garantías. El problema es determinar qué garantías deben ser aplicables a estos supuestos.

Un caso que puede servir como ejemplo es el régimen de las empresas de trabajo temporal: la empresa usuaria responde subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social respecto a los trabajadores que han sido objeto de cesión; pero, además, se establece para estos trabajadores la garantía de que sus condiciones de trabajo serán, como mínimo, las de la empresa usuaria. La primera garantía hace responsable a la empresa usuaria del cumplimiento de las obligaciones del empresario directo frente a los trabajadores cedidos y, en este sentido, actúa como un afianzamiento. La segunda garantía tiene como objetivo conseguir que la utilización indirecta del personal de otra empresa para cumplir actividades propias no se favorezca mediante una reducción del coste de ese personal, y trata, también, de evitar que se produzca además una desigualdad de condiciones de trabajo en el seno de la empresa usuaria, en la que prestan servicios tanto trabajadores propios como trabajadores cedidos. Esta segunda garantía no ha sido incorporada al régimen de la descentralización productiva en el marco de la propia actividad, sin duda porque en este supuesto no se está ante una cesión de trabajadores, sino ante un fenómeno de descentralización lícita en el que el contratista es empresario real de sus trabajadores, aunque la actividad de éstos se realice indirectamente en beneficio del empresario principal. Por el contrario, el legislador sí ha adoptado la primera garantía, pero, sin duda, se ha excedido, pues la responsabilidad solidaria no es necesaria para cumplir la función de afianzamiento: una responsabilidad de carácter subsidiario sería, a estos efectos, suficiente. Por otra parte, si realmente se considera que la garantía de solvencia es, en estos supuestos de descentralización productiva, necesaria, habría, al menos, que plantearse, *de lege ferenda*, la posibilidad de transformar la responsabilidad solidaria en subsidiaria, incorporando elementos que permitieran ponderar la diligencia del empresario principal a la hora de controlar la solvencia del contratista, tal y como sucede en el marco de las obligaciones de Seguridad Social.

El segundo plano que hay que valorar es el de la Seguridad Social. En esta materia el régimen de garantías previsto por el legislador para los fenómenos de descentralización productiva resulta caótico, confuso y excesivo. Es caótico y confuso, porque el cruce de regulaciones del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley General de la Seguridad Social plantea graves problemas de interpretación. La tesis de la aplicación parcialmente acumulativa puede ser la más correcta, pero no deja de suscitar dudas. Por otra parte, el régimen de responsabilidad resulta excesivo respecto a su alcance. El fundamento de la extensión de la responsabilidad al empresario principal debe ser el mismo que en el ámbito laboral. Si es así, no parece razonable imponer la responsabilidad subsidiaria por las deudas de Seguridad Social al empresario principal cuando se trata de contratas en las que no existe implicación de las organizaciones productivas ni coincidencia en la propia actividad, más aún cuando el empresario ni siquiera va a poder eludir tal responsabilidad acreditando una conducta diligente a la hora de elegir al contratista.

En realidad, no existe ninguna razón que justifique la existencia de dos regímenes distintos. ¿Por qué en el ámbito laboral sólo se protege al trabajador frente a las contratas de la propia actividad y en el ámbito de la Seguridad Social la protección se extiende a todas las contratas? ¿Acaso merecen mayor protección los créditos de Seguridad Social que el salario? ¿Y por qué en unos casos se considera suficiente la responsabilidad subsidiaria y en otros se impone la solidaria? ¿Qué sentido tiene esta disparidad? La contrata ofrece los mismos riesgos en los dos planos y el régimen de responsabilidad que debería ofrecerse como garantía frente a estos riesgos tendría que ser el mismo.

Si se parte de la idea de que en los supuestos de descentralización productiva es necesaria la intervención del legislador para imponer al empresario principal una garantía de solvencia del contratista, lo razonable sería establecer un régimen de responsabilidad unitario en materia laboral y de Seguridad Social, con criterios comunes, aun cuando pudieran admitirse ciertas especialidades cuando así fuera necesario. De acuerdo con el fundamento de la responsabilidad del empresario principal, éste sólo debería responder, en ambos planos, cuando la contrata supusiera una implicación de los trabajadores del contratista en su organización de trabajo y la responsabilidad tendría que ser, en todo caso, de carácter subsidiario. En materia de Seguridad Social habría que admitir, además, la posibilidad de exoneración de responsabilidad al empresario principal cuando haya actuado de forma diligente. Ahora bien, si se impone ese deber de diligencia al empresario principal, dicho deber no debería limitarse al momento en que elige al contratista, como parece dar a entender el artículo 42.1 ET, sino también durante el período que dure la contrata. Para acreditar esta diligencia dicho empresario tendría que solicitar el certificado al que se refiere el artículo 42.1 ET en el momento de la conclusión de la contrata y de forma anual mientras dure el vínculo con el empresario contratista, tal y como sucede en el ámbito fiscal [artículo 43.1.f) LGT].

En materia de prevención de riesgos laborales la existencia de un régimen específico está plenamente justificada, porque la problemática es diversa y también lo es el fundamento de la responsabilidad del empresario principal. Todo empresario tiene la obligación de adoptar las medidas de seguridad que sean necesarias para proteger a quien presta sus servicios en su centro de trabajo, sea éste empleado suyo o no. Del incumplimiento de esta obligación de protección debe responder el empresario directamente como infractor y no por un mecanismo de extensión de la responsabilidad. El régimen legal en esta materia no merece, sin embargo, una valoración positiva. En el ámbito sancionador, el artículo 42.3 LISOS debería suprimirse porque la solidaridad no está aquí justificada: la sanción administrativa debe imponerse al autor de la infracción y en casos de autoría múltiple habrá que aplicar una sanción a cada uno de los responsables, tal como sucede en el Derecho penal. Por otra parte, el artículo 24.3 LPRL es claramente insuficiente, por varias razones. En primer lugar, no resulta razonable su alusión a las contratas de la propia actividad pues tratándose de la prevención de riesgos laborales el tipo de actividad que se desarrolla en la contrata debería resultar indiferente. Pero es que además este precepto impone al empresario principal únicamente una obligación de vigilancia respecto al cumplimiento de las medidas de seguridad por parte del contratista, lo que podría dar a entender que él, por sí mismo, no tiene ninguna obligación de protección frente a los trabajadores de aquél. La jurisprudencia ha remediado este *lapsus* del legislador acudiendo al artículo 1902 CC,

pero, para evitar confusiones, no estaría de más incluir una norma en el artículo 24 LPRL que afirmara con claridad que el empresario tiene una obligación de protección no sólo frente a sus propios empleados sino frente a todo trabajador que esté prestando servicios en su centro de trabajo, siempre y cuando, claro está, se trate de medidas de seguridad incluidas en su esfera de control. El empresario principal y el contratista tienen, ambos, obligaciones directas de protección. Pero además, asumen también obligaciones de vigilancia recíproca que, en el ámbito resarcitorio, darán lugar a responsabilidades compartidas. La responsabilidad del empresario contratista por el incumplimiento del empresario principal está plenamente justificada en su posición de garante, pues, como empleador diligente, no debe enviar al trabajador a prestar servicios allí donde su protección no estaba garantizada. Más cuestionable resulta la responsabilidad del empresario principal por el incumplimiento del contratista, pues en ocasiones no será fácil que el empresario principal esté al tanto del cumplimiento por el contratista de todas las medidas de seguridad que le son exigibles. En todo caso, la responsabilidad será solidaria. En la relación externa esta solidaridad no plantea problemas, pero en la relación interna el reparto de la deuda entre los responsables concurrentes puede resultar más problemática, porque no es equiparable la infracción directa de la norma de prevención con el incumplimiento de una obligación de vigilancia.

En cuanto al régimen de la subcontratación en el sector de la construcción, el análisis realizado muestra que no supone un cambio significativo en materia de responsabilidad en el marco de la descentralización productiva. Lo que se ha establecido es, por una parte, una serie de controles formales adicionales y, por otra, una limitación de las cadenas de subcontratación, junto con una exigencia de un nivel mínimo de empleo indefinido. Estas nuevas exigencias dan lugar a responsabilidades fundamentalmente en el ámbito sancionador, sin afectar ni al régimen del artículo 42 ET, ni a las normas específicas de Seguridad Social y prevención de riesgos laborales.

# ¿Puede el legislador tratar igual a lo distinto? Igualdad y no discriminación en la indiferenciación

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI

Investigador en Formación
Programa FPU (Ministerio de Ciencia e Innovación)
Universidad Carlos III de Madrid

## Resumen

**¿PUEDE EL LEGISLADOR TRATAR IGUAL A LO DISTINTO? IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA INDIFERENCIACIÓN**

*Los derechos contenidos en el artículo 14 de la Constitución de 1978 se han entendido tradicionalmente como una protección de aquellas personas que reciben un trato injustamente distinto a otros sujetos en la misma situación. Sin embargo, no faltan los supuestos en los que la posible injusticia procede precisamente de la situación contraria: el tratamiento igual de sujetos cuya situación o circunstancias son radicalmente distintas a las de la mayoría. En este trabajo se describen los rasgos esenciales de los derechos a la igualdad y a la no discriminación, para a continuación analizar de qué forma podría encajar en una u otra figura lo que el Tribunal Constitucional ha venido a llamar "discriminación por indiferenciación", y que a su juicio no puede entenderse contenida dentro de las conductas prohibidas por el artículo 14 CE. Se analizan finalmente las distintas vías por las que la diferencia no reconocida en la norma puede ser tutelada a la vista de la citada doctrina jurisprudencial, así como los problemas que conlleva el mantenimiento de ésta.*

## Abstract

**IS THE LEGISLATOR ABLE TO TREAT THE SAME TO DIFFERENT THINGS? EQUALITY AND NON DISCRIMINATION IN THE INDIFFERENTIATION**

*The rights contained in the Article 14 of the Constitution of 1978 have been traditionally understood like a protection of those people that receive a treatment unfairly different to other fellows in the same situation. However, there are cases in which the possible injustice*

*comes in fact from the contrary situation: the similar treatment of fellows whose situation or circumstances are radically different to those of the majority. In this work are described the essential features of the rights to the equality and non discrimination, to analyze next in what way could fit in one or another figure what the Constitutional Tribunal has come to name "discrimination for indiferentiation", and that in its opinion cannot be understood contained inside the behaviors prohibited by the Article 14 CE. Finally are analyzed the different ways in which the difference not recognized in the norm can be entrusted considering the mentioned jurisprudential doctrine, as well as the problems that entail its maintenance.*

## Sumario:

**I. Introducción. II. Igualdad, razonabilidad y discriminación.** A) Igualdad en la ley. B) El juicio de razonabilidad. C) No discriminación en la ley. **III. La (mal) llamada discriminación por indiferenciación.** A) El rechazo jurisprudencial a la "discriminación por indiferenciación". B) Indicios de admisibilidad. **IV. Algunas reflexiones finales. V. Bibliografía citada.**

## I. INTRODUCCIÓN

La igualdad se recoge en nuestra Constitución (CE en adelante) en tres manifestaciones diferenciadas, además de estar incorporada de forma más o menos clara a muchos otros preceptos[1]: opera como valor superior del ordenamiento (artículo 1 CE), como principio de actuación para los poderes públicos, en su vertiente de igualdad material (artículo 9.2 CE) y como derecho fundamental a la igualdad ante la ley e interdicción de la discriminación, lo que se ha venido a llamar igualdad formal (artículo 14 CE).

La realización del modelo constitucional requiere una labor activa de los poderes públicos en todos los ámbitos para alcanzar los fines previstos por el constituyente, entre los que se encuentra la consecución de un régimen justo, en el sentido de Ulpiano de "constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que es suyo". De este modo, se ha de establecer para cada situación un régimen jurídico que responda a las características concretas del

(1) Así, es frecuente en la enunciación de derechos fundamentales que se haga referencia a que "todos tienen derecho", "todas las personas…"; de la misma manera, constituye una manifestación de la igualdad el artículo 138 al afirmar que "todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte de territorio del Estado".

mismo, de tal modo que ante la misma situación la respuesta del derecho sea la misma pero también que frente a situaciones diferenciadas la reacción jurídica sea distinta.

En esta idea, la necesidad de un trato diverso para situaciones diversas fundamenta las demandas de amparo de lo que se ha venido a llamar "discriminación por indiferenciación". La argumentación básica de estos supuestos es, con unos u otros matices, la siguiente: la falta de previsión legal de una determinada situación diferente a la general supone una vulneración del derecho a la igualdad puesto que no se puede admitir –se argumenta– no reconocer la diferencia. La exigencia de diferenciación parte en consecuencia de una comprensión dinámica del derecho a la igualdad, pues sin apreciar las condiciones de la realidad aquélla "sería una noción vacía, inútil e injusta"[2].

**LA NECESIDAD DE UN TRATO DIVERSO PARA SITUACIONES DIVERSAS FUNDAMENTA LAS DEMANDAS DE AMPARO DE LO QUE SE HA VENIDO A LLAMAR "DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN"**

En algunos ámbitos materiales, como es significadamente el de la Seguridad Social, esta argumentación puede emplearse en un elevado número de supuestos, pues la amplitud de la cobertura subjetiva implica que un mismo régimen legal se aplique a gran cantidad de personas, entre las que necesariamente habrá situaciones muy dispares, para las que pudiera parecer que en un plano de justicia material es preciso establecer una regulación específica. Además el problema esencial de la relación entre igualdad e indiferenciación se basa en la discusión del criterio empleado por el legislador a la hora de establecer categorías, y en el ámbito de la cobertura de la Seguridad Social esta labor del legislador es especialmente relevante: la inclusión o exclusión de quienes se encuentran en determinadas circunstancias, la decisión sobre la toma en consideración de las peculiaridades de cada sujeto se configura como una de las cuestiones clave. El reconocimiento de un derecho a la diferencia de trato normativo implicaría la posibilidad de obligar al legislador a reconocer prestaciones a sujetos inicialmente no previstos por la ley.

La invocación del derecho a un trato diferenciado basado en diferencias fácticas no reconocidas por la norma (pues si lo estuvieran se trataría de una simple cuestión de legalidad ordinaria), sin ser generalizado, se ha planteado en repetidas ocasiones como fundamento de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional e incluso en algún caso ha sustentado

(2) PÉREZ LUÑO, A.E., "Dimensiones de la Igualdad", *Cuadernos "Bartolomé de las Casas"*, Dykinson, 2005, pág. 28.

cuestiones de constitucionalidad. El argumento en que se sustentan no es especialmente complejo: ante una situación de hecho que presenta unas peculiaridades de entidad que se entienden constitucionalmente relevantes (como puede ser una creencia religiosa[3], pero también otros casos como la mayor cantidad cotizada en algún régimen de la Seguridad Social[4]) se afirma que la falta de reconocimiento de la diferencia supone un tratamiento discriminatorio contrario al artículo 14 CE.

En el presente trabajo se analiza si dentro del contenido constitucional de la igualdad cabe entender incluido un principio de prohibición de la discriminación por indiferenciación, o si de algún otro modo cabe reconocerlo en nuestro texto constitucional, específicamente a través de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Para ello se expone de forma breve el contenido del artículo 14 CE y se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, para realizar después una construcción teórica sobre la exigibilidad de la diferenciación normativa.

## II. IGUALDAD, RAZONABILIDAD Y DISCRIMINACIÓN

Establece el artículo 14 CE que "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna" por una serie de motivos que se enuncian como *numerus apertus*. La doctrina constitucional ha podido pronunciarse sobre el alcance de este precepto en innumerables ocasiones perfilando su contenido y determinando, pese a algunas imprecisiones en la primera jurisprudencia, las diferencias entre vulneración del derecho a la igualdad y el derecho a no ser discriminado, distinguiendo así dos normas en el precepto citado con su específico contenido y ámbito de aplicación.

### A) Igualdad en la ley

El primero de ellos, el derecho a la igualdad formal, entendido no sólo conforme al tenor literal del artículo 14 CE como igualdad ante la ley sino también en la ley, vincula tanto al intérprete de la norma como a su autor. En este sentido, en la STC 34/1981, de 10 de noviembre, ya se declaraba que "la igualdad consagrada en el artículo 14, de carácter jurídico, vincula a todos los poderes públicos porque así lo afirma taxativamente el artículo 53.1 de la Constitución", añadiendo inmediatamente que "ninguna duda puede caber, pues, de que el legislador está obligado a observar el principio de igualdad"[5]. Este principio implica no una universalidad de la ley en todo caso, sino simplemente una necesaria

(3) Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de hecho de la STC 166/1996, de 28 de octubre, en el que se invoca la vulneración del artículo 14 CE por parte de un miembro de la confesión "Testigos Cristianos de Jehová" del derecho al reembolso por parte del Servicio Navarro de Salud de los gastos en los que había incurrido por acudir a una clínica privada en la que el tratamiento coincidiera con sus creencias religiosas; en particular, que se realizara una determinada intervención quirúrgica sin transfusiones de sangre, en contra del criterio de los facultativos de la Sanidad Pública.

(4) En cierto sentido, ésta es la razón de fondo que subyace en el asunto resuelto por la STC 70/1991, a la que más adelante se prestará mayor atención.

(5) En ambos casos, FJ 3º.

justificación por el legislador de las diferencias que en el texto normativo se recojan[6], cuestión esta que enlaza con la idea de la razonabilidad de la diferencia como parámetro de su constitucionalidad: lo esencial del primer inciso del artículo 14 CE se encuentra, no en una prohibición de establecer tratamientos normativos diferenciados, sino en la prohibición de establecer "normaciones diferenciadas no justificadas, esto es, arbitrarias o discriminatorias"[7]. De este modo, lo que exige el cumplimiento de este precepto no es la igualdad real y efectiva del artículo 9.2 CE, sino únicamente la igualdad ante la ley. No se trata pues de una norma que busque la realización de un orden justo, sino tan sólo fija la necesidad de generalidad de la ley, que por otra parte no opera de forma absoluta dado que admite la diferenciación en los términos que se verán.

No es el objetivo de estas páginas llevar a cabo un análisis detallado del modo en que el Tribunal Constitucional y la doctrina han venido perfilando el derecho subjetivo a la igualdad formal que contiene el artículo 14 CE, por lo que se expondrán únicamente de manera general los requisitos y técnicas que se emplean en su tutela. El principio de igualdad exige, en primer lugar, un término de comparación: sólo indicando un punto de conexión en el que se aprecie semejanza cabrá apreciar un tratamiento desigual relevante. De este modo, la alegación de la vulneración de la igualdad requiere que de un modo directo o indirecto se haya introducido una diferencia de trato entre categorías o grupos de personas, y al mismo tiempo sean homogéneas las situaciones subjetivas que pretenden compararse[8]. La igualdad designa un concepto relacional, que exige al menos la diferencia numérica entre los elementos comparados[9]: siempre se será (o se dará un trato) igual o desigual que otro u otros.

Una vez analizada la existencia de un término de comparación válido, que debe aportarse por el recurrente, habrá de comprobarse, conforme a la línea jurisprudencial que ha seguido nuestro Tribunal Constitucional, si efectivamente existe en la norma una diferenciación en el tratamiento del sujeto o sujetos cuyo derecho a la igualdad pretendidamente se vulnera y el *tertium comparationis*, pues en otro caso no puede haber desigualdad.

El tercer paso exigido por la doctrina del Tribunal Constitucional consiste en analizar si la diferencia de tratamiento que la norma ha introducido encuentra justificación. Ésta no se limita a comprobar la vulneración de otros derechos reconocidos en la propia Constitución, pues de hecho, en ese caso, la vía procesal adecuada sería la propia de la tutela del dicho derecho, y no la alegación del derecho a la igualdad formal[10], pero sí resulta necesario evaluar si el fundamento a la que obedece la diferencia es "acorde, o al menos,

(6) JIMÉNEZ CAMPO, J., "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, núm. 9, 1983, pág. 84

(7) GARRORENA MORALES, A., "Igualdad jurídica e igualdad real y efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Anales de derecho*, núm. 6, 1984, pág. 39.

(8) MERCADER UGUINA, J.R., "El marco teórico del principio de igualdad" en DE LA VILLA GIL, E., LÓPEZ CUMBRE, L., *Los principios del Derecho del Trabajo*, Madrid, CEF, 2003, pág. 232.

(9) RUBIO LLORENTE, F., "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción" *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 31, 1991, pág. 14.

(10) MERCADER UGUINA, J.R., *op* cit., pág. 227.

no es contraria, con los principios y valores constitucionales"[11]. Esta fundamentación de la diferenciación no debe confundirse con la finalidad de la norma en la que se encuadra: lo relevante es (a pesar de que el Tribunal no siempre recoja esta diferencia) el porqué, el fundamento de la distinción, y no el "para qué", su fin último[12]. El paso final, que es sin duda el que mayores problemas prácticos plantea, consiste en la evaluación de la relación entre los fines u objetivos que se persiguen y el diferente trato que se da en la ley.

En este sentido, cobra capital importancia en la apreciación de la desigualdad el llamado "juicio de razonabilidad"[13], mediante el que se pretende establecer un mecanismo técnico que pueda emplearse para determinar en cada caso concreto si la diferenciación normativa cabe dentro de lo permitido por el artículo 14 CE. La razonabilidad implica una interdicción de la arbitrariedad, concepto al que es común que acudan los Tribunales Constitucionales para evaluar la vulneración de la igualdad[14], de tal modo que no cabe en ningún caso entender que la vulneración de ésta se pueda resolver mediante un análisis puramente formal. Habrá pues de evaluarse necesariamente el plano sustantivo: la diferencia que establezca la ley será conforme a derecho siempre que se apoye en una "justificación objetiva y razonable"[15]. El núcleo del juicio de igualdad se desplaza de este modo hacia la razonabilidad. Como se afirma en la STC 119/2002, de 20 de mayo, "el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato".

Esta valoración, que necesariamente comportará una ponderación sustantiva entre posiciones de hecho realmente distintas[16], plantea no pocas similitudes con el juicio de proporcionalidad (concurrencia de un fin legítimo, adecuación de los medios y los fines,…), pero su aspecto clave se encuentra en la argumentación: sólo lo fundamentado y justificado en Derecho, o al menos en valores y principios amparados por éste, es razonable[17]. Como señala CARRASCO PERERA, la razonabilidad actúa "de un lado, en un margen de movimiento a la actuación política (una extensión del campo de inclusión de la *praemisa maior*) y de otro conduciendo necesariamente al TC al examen de los supuestos de hecho y las consecuencias implícitas que han dado lugar a la medida cuyo control de constitucionalidad se ventila"[18]. Consecuencia de lo anterior, la concreción de la noción

(11) MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería: Universidad de Almería, Servicio de publicaciones, 2000, pág. 116.

(12) GÍMENEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, pág. 83.

(13) GARRORENA MORALES, A., *op. cit.*, pág. 40.

(14) MERCADER UGUINA, J.R., *op. cit.*, pág. 238.

(15) Esta expresión se recoge en términos literales en abundante doctrina jurisprudencial. Por citar algunos ejemplos recientes, se utiliza en las SSTC 5/2007, de 15 de enero (FJ 2º), 307/2006, de 23 de octubre (FJ 2º) o STC 154/2006 (Sala Primera), de 22 de mayo (FJ 3º).

(16) GARRORENA MORALES, A., *op. cit.*, pág. 48.

(17) MERCADER UGUINA, J.R., *op. cit.*, pág. 241.

(18) CARRASCO PERERA, A., "El 'juicio de razonabilidad' en la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año núm. 4, núm. 11, 1984, pág. 50.

de razonabilidad se presenta como un pilar esencial de la defensa de la igualdad. No existe un concepto claro y universalmente aceptado sobre qué es razonable, por lo que se hace necesario aquí apuntar algunos de los elementos que deben considerarse.

### B) El juicio de razonabilidad

El complejo concepto que aquí se aborda puede entenderse en un doble sentido, el primero de los cuales abarca los meros aspectos formales del razonamiento jurídico o político que lleva a establecer una diferencia. Desde esta perspectiva, un acto cualquiera es razonable cuando está determinado por "expectativas en el comportamiento tanto de objetos del mundo exterior, como de los hombres, y utilizamos dichas expectativas como medios para el logro de los fines propios racionalmente perseguidos"[19]. El paso de la razonabilidad a la racionalidad, ciertamente aclara poco, pues simplemente traslada el problema. Lo único que permite la definición presentada es señalar que una distinción del legislador será razonable (y siguiendo la doctrina antes expuesta, podrá superar el juicio de igualdad) siempre que sea apta para conseguir alcanzar las finalidades que se propone con la diferente regulación normativa para unos y otros sujetos. Esta aptitud es, desde luego, la objetiva, la racionalmente esperable, pues no puede olvidarse que lo que aquí se busca es una comprobación meramente formal de la razonabilidad, no un análisis práctico de eficacia. Como requisitos de esta racionalidad se pueden señalar[20] la intersubjetividad, entendida como claridad y rigor en el lenguaje, el respeto a un método o esquema de razonamiento, la predictibilidad de los resultados y la posibilidad de control sobre los mismos.

Esta forma de entender la razonabilidad presenta la ventaja de establecer un método objetivo para su ponderación, lo que no es poco, pues no puede olvidarse que la jurisprudencia constitucional exige esta nota para la legitimación de las diferenciaciones, como se ha dicho han de ser *objetivas y razonables*. Sin embargo, la mayor protección de la seguridad jurídica se traduce en una menor protección del derecho a la igualdad, que en último término es el fin buscado. En cierto sentido, el juicio de razonabilidad entendido como un análisis formal no

**LA MAYOR PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA SE TRADUCE EN UNA MENOR PROTECCIÓN DEL DERECHO DE IGUALDAD, QUE EN ÚLTIMO TÉRMINO ES EL FIN BUSCADO**

(19) MARTÍNEZ TAPIA, R., *op. cit.*, pág. 100.

(20) *Ibidem*.

supera su propio parámetro de control: dado que el objetivo buscado es fijar un medio que permita controlar que el legislador respeta la igualdad, distinciones formalmente bien construidas podrían establecer diferenciaciones inaceptables[21].

La racionalidad material, por su parte, tiene en cuenta el contenido de los enunciados y analiza si el resultado normativo es conforme a valores determinados. Sin embargo, el Derecho se encuentra a menudo con conflictos de valores, o simplemente con divergencias en cuanto a su alcance y contenido que carecen de solución unívoca. El análisis de la racionalidad material convierte el juicio de razonabilidad en un ejercicio cargado de subjetivismo, de modo que es preciso buscar otros mecanismos que permitan delimitar en qué caso es admisible que la norma diferencie: la racionalidad del derecho se presenta como una lógica "débil" o imprecisa, lo que refuerza el papel de las llamadas teorías de la argumentación jurídica[22].

Dejando al margen estas disquisiciones de indudable interés teórico, pero que cuyo desarrollo excede el objeto de estas páginas, la delimitación de lo que haya de ser razonable (tomando en cuenta aspectos formales pero también sustantivos) atendiendo a su contenido debe partir de la consideración tautológica de que prohíbe lo irrazonable y, en consecuencia, lo arbitrario. De este modo, el derecho a la igualdad del artículo 14 CE se presenta como una manifestación precisa y especialmente protegida de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que recoge el artículo 9.3 CE: el juicio de razonabilidad ha de evaluar por tanto si la distinción que recoge la norma es arbitraria. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ofrece abundante ejemplos de aplicación de este razonamiento: desde la STC 21/1987, de 20 de julio, se afirma que "el acto del Legislativo se revela arbitrario, aunque respetara otros principios del 9.3 CE cuando engendra desigualdad". Esta doctrina, si bien matizada por la STC 66/1985, de 23 de mayo, en el sentido de reconocer un alcance más amplio del principio de arbitrariedad, que permite apreciarla aun cuando no haya atentado contra la igualdad, se ha mantenido a lo largo de las muchas sentencias que han analizado la igualdad. Como se expone con claridad en el ATC 222/2005, de 24 de mayo, con cita de abundante jurisprudencia[23], "al examinar un precepto legal tachado de arbitrario, el análisis se centra en efectuar una doble verificación: en primer lugar, si la norma legal cuestionada establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad; y, en segundo lugar, si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, pues en tal caso, también supondría una arbitrariedad".

(21) Piénsese en una regulación que con el objetivo de reducir el gasto público en materia de prestaciones de jubilación, tras un estricto análisis estadístico que cuantificara el ahorro, estableciera una reducción del 50% a todos aquellos sujetos que en su apellido tuvieran tres vocales distintas. El enunciado es riguroso, se alcanza siguiendo un método lógico (reduce las prestaciones en la cuantía suficiente para mantener la viabilidad financiera), y los resultados son predecibles y fácilmente controlables; sin embargo, el resultado lleva a una diferenciación evidentemente arbitraria.

(22) MARTÍNEZ TAPIA, R., *op. cit.*, pág. 103

(23) SSTC 27/1981, de 20 de julio; 66/1985, de 23 de mayo; 108/1986, de 29 de julio; 65/1990, de 5 de abril 142/1993, de 22 de abril; 212/1996, de 19 de diciembre; 116/1999, de 17 de junio; 74/2000, de 14 de marzo; STC 131/2001, de 7 de junio; 96/2002, de 26 de abril; 242/2004, de 16 de diciembre, y 47/2005, de 3 de marzo.

El juicio de razonabilidad exige, como antes se señalaba, proporcionalidad entre medios y fines, una ponderación que permita evaluar si para la materia regulada la distinción que la ley establezca supone una forma no excesiva para la consecución de los objetivos que con ello se pretenden. Esta relación determina que, tal y como señala la STC 209/1988, de 10 de noviembre, "las diversificaciones normativas son conformes a la igualdad, en suma, cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin así perseguido". En el mismo sentido, pero expuesto en términos negativos, la STC 135/1992, de 5 de octubre, "la desigualdad por sí misma, como fenómeno, no conlleva necesariamente la calificación peyorativa de discriminación si tiene su origen en situaciones también distintas que le sirven de explicación y justificación".

En todo caso, no puede obviarse que a pesar de los esfuerzos del Tribunal por establecer un procedimiento con un elevado grado de técnico jurídico, que recubra de una apariencia de objetividad sus resoluciones, la "razonabilidad" y la "proporcionalidad" no dejan de ser conceptos jurídicos indeterminados, en cuya concreción intervendrán componentes valorativos. El propio Tribunal lo reconoce implícitamente así, aun cuando trata de desplazar la subjetividad individual de sus miembros a una suerte de subjetividad colectiva[24]: será razonable la diferencia "que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados" (STC 49/1982, de 14 de julio), si bien busca esas valoraciones en el propio texto constitucional, que opera en cierto modo como una expresión de aquel sentir colectivo. Como señala LAPORTA SAN MIGUEL[25], se muestran dos caras de la razonabilidad: ésta significa no sólo que sea una de las posibles formas de realizar un fin, llegando a un equilibro adecuado o suficiente entre valores, sino también que se trate de un resultado aceptable para una determinada audiencia, que no es otra que la sociedad. Por ello, han de darse conjuntamente las notas de proporcionalidad y no arbitrariedad para superar el juicio de razonabilidad.

### C) No discriminación en la ley

El concepto de discriminación no se refiere únicamente a la razonabilidad de la diferencia de trato en la ley, sino que ha adquirido, como señalan RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ[26], un contenido peyorativo. De este modo, sólo resulta discriminatorio el trato desigual especialmente injusto o arbitrario, por traer causa de razones que social y jurídicamente son tenidas por particularmente odiosas. Además, la prohibición de la discriminación tiene un alcance mayor que la igualdad ante la ley, pues este último mandato se dirige sólo a los poderes públicos (y por analogía a los agentes sociales en la negociación colectiva, como establece la STC 31/1984, de 7 de marzo), mientras que el primero

(24) En un sentido similar argumenta MARTÍNEZ TAPIA, R., *op. cit.*, pág. 132.

(25) LAPORTA SAN MIGUEL, F.J., "Interpretación de la Constitución e interpretación de la ley. Razonabilidad en interdicción de la arbitrariedad" en TRILLO TORRES, R., *et al.*, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Madrid, CGPJ, 2004, pág. 479.

(26) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Igualdad y discriminación", *Temas claves de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 156 y 157.

alcanza también a la represión de las conductas discriminatorias de los particulares[27]. La doctrina jurisprudencial al respecto aparece sintéticamente resumida en la STC 27/2004, en la que se afirma que "la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 CE representa un explícito rechazo de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones, no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE. En contraste con esa prohibición el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad, y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato".

La prohibición de discriminaciones del inciso segundo del artículo 14 CE no es, por tanto, una mera ejemplificación o concreción de lo dispuesto en la primera parte del precepto, sino que ha sido entendido como un mandato específico, que goza de cierta autonomía. En la línea de la práctica de los Tribunales internacionales, la jurisprudencia constitucional española ha venido entendiendo, tras una doctrina inicialmente algo tibia e imprecisa[28], la tutela antidiscriminatoria como una manifestación más intensa de la dignidad de la persona, de tal modo que para ciertos colectivos es insuficiente la genérica protección de la igualdad[29]. No es únicamente desigualdad de trato no suficientemente fundamentada en el sentido antes explicado, sino que se trata ahora de una diferencia que encuentra su razón de ser en un motivo que repugna al ordenamiento; de hecho, ni siquiera es precisa la diferencia explícita de tratamiento normativo para apreciar la concurrencia de discriminación, pues cabe la discriminación indirecta, definida por el propio Tribunal en su sentencia 145/1991 como aquella que implica "los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas (...) consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable". La discriminación es un fenómeno social antes que jurídico[30]: el problema no radica en que se establezca una diferencia sino en la existencia de una práctica social sistemática y generalizada de minusvaloración de un grupo de personas que comparten determinada característica (la raza, el sexo, una minusvalía,...).

Frente a una concepción esencialmente formal de la igualdad, el "juicio de discriminación" atiende a los efectos que produce la norma. Si en el "juicio de igualdad" es necesaria la existencia de una diferencia de tratamiento en la ley, ahora lo relevante es el perjuicio que se deriva para determinados sujetos: el vértice que hace inclinar la balanza no es ya el *tertium comparationis* frente al que se diferencia, sino la noción de "colectivo". En la interdicción de la discriminación no se discute (o no sólo, pues la vulneración de

(27) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 169.

(28) En las primeras sentencias se usa el término discriminación como sinónimo de vulneración de la igualdad. El punto de inflexión lo encuentra la doctrina en la STC 128/1987, a partir de la cual se asume la tesis de que la discriminación únicamente alude a una serie de criterios vedados de diferenciación, o que al menos exigen una mayor carga de argumentación sobre su razonabilidad.

(29) MARTÍNEZ TAPIA, R., *op. cit.*, pág. 50.

(30) BILBAO UBILLOS, J.M. y REY MARTÍNEZ, "Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional" en ARAGÓN REYES, M. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J., *La constitución y la práctica del Derecho*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pág. 274.

la igualdad puede implicar además una discriminación[31]) la irracionalidad o arbitrariedad de una distinción, sino la peor situación en que quedan los integrantes de un colectivo que por su peor situación de hecho merecen especial protección. Por ello, frente a la "autosuficiencia"[32] de la igualdad de trato, en el sentido de ser susceptible de ejecución directa, la interdicción de cualquier discriminación por las causas enumeradas en el artículo 14 CE requiere de una labor activa por parte de los poderes públicos, que deben actuar para evitar que se perjudique a sujetos, aun por parte de particulares, en base a estas diferencias que existen en la sociedad y a las que el derecho niega capacidad para sustentar distinciones negativas.

Las notables diferencias que existen, en el sentido indicado, entre la primera y la segunda parte del artículo 14 CE se traducen, lógicamente, en una diferente técnica para su protección. Si la defensa frente a la desigualdad se evalúa analizando la existencia de una diferencia normativa entre un sujeto y un término de comparación válido que carece de una finalidad razonable (o siéndolo resulta desproporcionada), frente a la discriminación lo relevante es que aparezca una situación de hecho en que un sujeto se vea agredido en su dignidad como consecuencia de su pertenencia a determinada "clase". Esta característica, además, determina que la fuerza obligatoria de la interdicción sea diferente según la dirección en la que actúe, pues en determinados supuestos es admisible la llamada "discriminación positiva", que diferencie con base en los criterios "prohibidos" pero a favor de los colectivos perjudicados.

**LAS NOTABLES DIFERENCIAS QUE EXISTEN ENTRE LA PRIMERA Y LA SEGUNDA PARTE DEL ARTÍCULO 14 CE SE TRADUCEN, LÓGICAMENTE, EN UNA DIFERENTE TÉCNICA PARA SU PROTECCIÓN**

El análisis por el Tribunal Constitucional de la validez de una norma a la que se imputa un contenido discriminatorio ha de limitarse a comprobar la veracidad de tal imputación (en el sentido de tomarse como parámetro, directa o indirectamente, alguna de las motivaciones prohibidas por el artículo 14 CE) y en su caso evaluar la razonabilidad de la distinción. Ahora bien, este "juicio de razonabilidad" tiene ahora un carácter más riguroso, que supone de hecho invertir la presunción favorable al legislador por la de inconstitucionalidad de la norma con apariencia discriminatoria[33]. El inciso segundo del artículo 14 guarda más relación con el artículo 9.2 CE que con la primera parte del precepto en que se encuadra: su objeto es poner remedio a una situación de hecho desigual, impidiendo que se

(31) MARTÍNEZ TAPIA, R., *op. cit.*, pág. 53.

(32) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 159.

(33) GIMÉNEZ GLÜCK, D., *op. cit.*, pág. 167.

reconozca o se permita cualquier clase de conducta –pública o privada– que perjudique a los individuos que comparten determinadas características.

La doctrina, por lo general, parte de la similitud del proceso técnico-jurídico en la igualdad y la no discriminación, para a partir de ello destacar los aspectos en que se diferencia. Sin embargo, es fácil ver que las divergencias no son siempre tan nimias. En primer lugar, ya se ha justificado que no es preciso, para apreciar la discriminación, que exista en la norma impugnada un régimen jurídico diverso para los perjudicados pues se admite sin duda la discriminación indirecta mientras que la desigualdad alegada ha de basarse en una distinción formalmente recogida. La noción de *tertium comparationis*, aunque obviamente es también aplicable al "juicio de discriminación", lo es de forma moderada: el trato discriminatorio ha de darse frente a alguien que se encuentre en una situación similar, pero la clave radica en el hecho de pertenecer el peor tratado a un "colectivo" que se sitúa así como concepto central de este juicio.

A pesar de la relevancia de esta noción, el Tribunal Constitucional no ha dado una definición clara de qué caracteres ha de reunir un conjunto de individuos para poder ser calificados como colectivo[34] a estos efectos. En todo caso, de la jurisprudencia y las elaboraciones doctrinales pueden deducirse algunas notas que permitan una determinación más o menos clara acerca de en qué casos nos hallamos ante un grupo amparado por el artículo 14 CE en su inciso segundo. Se requiere en primer lugar la concurrencia de un rasgo identificativo en todos los sujetos, en base al cual se haya mantenido históricamente un trato desigual y negativo no fundamentado racionalmente en dicha característica, sino basado en un prejuicio social negativo, tal que reduce la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo[35].

La consecuencia directa de la apreciación de que los sujetos constituyen un colectivo son notables; por una parte, no será preciso justificar que la norma establece un trato distinto, sino que bastará con justificar que de ella se derivan, aun cuando sea de modo indirecto, efectos negativos para el grupo. Por otro lado, el análisis de razonabilidad se endurece, y deja de ser una ponderación de mínimos para convertirse en lo que se puede llamar siguiendo a GIMÉNEZ GLÜCK el juico estricto de igualdad, que endurece los criterios de racionalidad y de proporcionalidad. En los casos en los que se establece o preserva un trato diferenciado, si concurre alguna de las características que dan lugar a la específica protección contra la discriminación, se establece una presunción de similitud de la situación a efectos del *tertium comparationis*, y se exige un plus de razonabilidad para mantener que se trata de una medida proporcionada. En puridad, lo que ocurre es que el valor "igualdad" cobra un peso mucho mayor, de tal modo que en la ponderación que necesariamente se ha de llevar a cabo en este juicio la razón en que el legislador se apoya para establecer la medida cuyo carácter discriminatorio habrá de ser de gran fuerza. En definitiva, se da un

(34) GIMÉNEZ GLÜCK, D., *op. cit.*, pág. 230.

(35) Estas notas se desarrollan en GIMÉNEZ GLÜCK, D., *op. cit.*, págs. 230 a 236. El autor se basa en los criterios establecidos por el Tribunal Supremo norteamericano y los modula para adaptarlos a la realidad sociojurídica y socioeconómica española.

doble proceso que facilita la protección de los colectivos expresamente mencionados en el artículo 14.2 o amparados por su expresión final: por una parte se facilita la concurrencia de un término válido de comparación[36] y por otra se exige una justificación de mayor grado al legislador a la hora de determinar el fundamento de su regulación en la que se establece la diferencia, hasta el punto de presumirse la intencionalidad discriminatoria, en una inversión del *onus probandi*.

## III. LA (MAL) LLAMADA DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN

Las palabras que sirven de título a este epígrafe ya anuncian que es preciso, en primer lugar, hacer una precisión terminológica en torno a lo que se viene llamando "discriminación por indiferenciación". En las páginas anteriores se ha tratado de exponer la diferencia existente entre el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación, que tras vacilaciones iniciales tienen hoy un contenido claro que requieren que el jurista los aplique con absoluto rigor. La expresión que aquí nos ocupa, para ser correcta, debería referirse a situaciones en las que un individuo o grupo, formando parte de un "colectivo" al que más arriba se hizo referencia, reclamara un tratamiento jurídico diferenciado en atención precisamente a la circunstancia fáctica que determina la pertenencia a aquel grupo jurídicamente relevante. Sin embargo, el ámbito de influencia de esta reivindicación excede de la protección antidiscriminatoria y encaja mejor en la noción de igualdad: en realidad, la expresión aquí analizada parte del presupuesto, hoy superado, de calificar como discriminatoria toda medida en que se dé un trato diferente a lo igual (o equiparable), para a partir de ahí extender la misma calificación a los casos en que la distinción es de hecho y es el derecho quien no la reconoce; de hecho, se ha llegado a afirmar que "la noción de minoría debe resultar irrelevante para el establecimiento de discriminaciones normativas"[37], entendiendo por éstas las diferentes categorías que pueda establecer el legislador. Por tanto, y aún cuando pueden darse casos en que el tratamiento indiferenciado pueda tener efectos estrictamente discriminatorios, con carácter general habrá de hablarse de "vulneración de la igualdad por indiferenciación"[38] o en un término más técnico aunque posiblemente menos expresivo de la realidad que con él se quiere acotar, puede denominarse "desigualdad por suprainclusividad"[39].

La postura del Tribunal Constitucional respecto de la viabilidad de estas acciones, puede anticiparse ahora, ha sido constante, en el sentido de inadmitirlas con base a diferentes argumentos. La doctrina científica, aunque como regla general admite esta posición, entiende que deben evitarse posiciones absolutas, pues la complejidad de la realidad puede "ofrecer casos que por su singularidad no pueden resolverse conforme a las reglas

(36) A modo de ejemplo, se admitió en la STC 145/1991, de 1 de julio, como término de comparación en materia del salario de las limpiadoras a los peones, ambos del Hospital Gregorio Marañón, en la condición de aquéllas de colectivo integrado esencialmente por mujeres.

(37) MARTÍNEZ TAPIA, R., *op. cit.*, pág. 46.

(38) Se han empleado otras expresiones como la "desigualdad por exceso de igualdad".

(39) La expresión de suprainclusividad, en el sentido de abarcar la norma más casos de los que racionalmente debería la tomo de RUIZ MIGUEL, A., "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.), *El principio de igualdad*, Dykinson, 2000, pág. 167.

generales"[40]. Desde una perspectiva eminentemente práctica, se ha señalado igualmente que la admisión de un derecho fundamental a la diferenciación, además de desplazar la decisión de qué elementos fácticos tienen entidad suficiente para ser contemplados por la norma de las Cortes Generales al Tribunal Constitucional, supone implicaciones presupuestarias muy relevantes[41], por lo que la tutela en amparo adolecería de falta de legitimidad, excediéndose el Tribunal de su papel de legislador negativo. Por ello, se afirma que "sólo en supuestos muy excepcionales se podría abrir la posibilidad de declarar inconstitucionales leyes que trataran de manera igual a ciudadanos desigualmente tratados a escala social"[42]. No obstante, debe señalarse que esta posición deriva aparentemente del propio análisis de la jurisprudencia constitucional y no de un estudio teórico autónomo de la inclusión en la igualdad de un derecho a la diferencia. En este sentido, analizando estrictamente la igualdad, el profesor RUBIO LLORENTE admite sin matices la posibilidad de que una falta de toma en consideración por el legislador de determinadas circunstancias relevantes vulnera el derecho contemplado en el artículo 14 CE. La clave en este caso será tan sólo la carga de la argumentación sobre la razonabilidad de la medida: "Si la desigualdad resulta de una distinción establecida por el legislador y cuya validez se niega, la carga de probar la razonabilidad de la diferencia incumbe (aunque ni siquiera así en todos los casos) a quien defiende la ley, pero como la igualdad también puede argüirse frente a un tratamiento legal que, a juicio de quien impugna, ha ignorado diferencias significativas, es éste quien debe aportar las razones por las que debió atribuirse relevancia jurídica a tales diferencias"[43].

Apoyando igualmente la necesidad de reconocer la diferenciación como derecho subjetivo, y en un plano conceptual, se ha afirmado que ello supone "un complemento y un apoyo de las de generalidad y equiparación y permite una operatividad racional del principio de igualdad ante la ley"[44].

En puridad, la fundamentación metajurídica que subyace en la doctrina jurisprudencial parte de la autocontención a la hora de establecer nuevos derechos derivados de supuestas desigualdades derivadas de la indiferenciación; éstas implicarían vinculaciones presupuestarias o cuando menos regulaciones de derechos subjetivos no decididas por el legislador, dejando la puerta abierta para la solución de casos puntuales por la vía de afirmar que "la norma debe utilizar criterios objetivos generales, cuya razonabilidad y proporcionalidad han de apreciarse en relación con los casos ordinarios y más frecuentes y no, como pretende el recurrente, respecto de los casos particulares en los que la diferen-

(40) SUAY RINCÓN, J., "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, tomo II, pág. 868. Este autor ofrece como ejemplo el caso de la S. 218/1974 de la Corte Constitucional Italiana, en que se declaró contrario al principio de igualdad establecer idéntica pena para el cazador sin seguro civil que para el que estándolo no porta consigo el documento que lo acredite.

(41) GÍMENEZ GLUCK, D., *op. cit.*, pág. 333.

(42) GÍMENEZ GLUCK, D., *op. cit.*, pág. 335.

(43) RUBIO LLORENTE, F., *op. cit.*, pág. 33.

(44) PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, pág. 29.

cia jerarquizada de categorías profesionales no se refleje en una correspondiente diferencia retributiva"[45]. De este modo, no se cierra la puerta a que sea el juzgador el que en un supuesto determinado entienda que determinada situación presenta las peculiaridades suficientes para no ser subsumible en la norma, evitando la suprainclusividad, y salve así la hipotética desigualdad que se produciría. Del mismo modo, tampoco debe entenderse cerrada la puerta a que el propio Tribunal Constitucional, en vía de amparo, estime una demanda que solicite esta protección, aunque probablemente se lleve a cabo por otras vías.

En las próximas páginas se lleva a cabo un análisis evolutivo y crítico de las distintas resoluciones del Tribunal Constitucional en que se han enfrentado al problema del igual trato de situaciones fácticas diferenciadas, distinguiendo entre aquellas que lo han enfocado por vía del artículo 14 CE –en las que las pretensiones de tutela han sido sistemáticamente desestimadas– de aquellas otras en las que se ha optado por vías alternativas que han permitido otorgar amparo o declarar la nulidad de normas sin admitir la aceptabilidad de la vulneración del artículo 14 CE por indiferenciación, permitiendo así en cierta medida reconocer un derecho a la diferencia.

**NO SE CIERRA LA PUERTA A QUE SEA EL JUZGADOR EL QUE ENTIENDA QUÉ DETERMINADA SITUACIÓN PRESENTA PECULIARIDADES SUFICIENTES PARA NO SER SUBSUMIBLE EN LA NORMA**

### A) El rechazo jurisprudencial a la "discriminación por indiferenciación"

La noción de indiferenciación no siempre se ha planteado de forma directa por los recurrentes ante el Tribunal Constitucional, sino que en ocasiones simplemente se alega la vulneración del derecho a la igualdad porque de una determinada norma, igual para el recurrente y su término de comparación, se derivan consecuencias diferentes. La STC 23/1981, de 10 de julio, analiza el caso de un guardia civil que por un error administrativo relativo a su fecha de nacimiento, ingresó en el cuerpo un año antes de lo legalmente permitido, manteniendo una progresión paralela a la de sus compañeros de promoción a lo largo de su carrera, incluido su retiro en el momento en que según la documentación militar cumplió los 56 años de edad. La pretensión de exigir un trato desigual (posponer su retiro hasta cumplir efectivamente tal edad, lo que habría supuesto un año más de servicio que los compañeros con los que se compara) es rechazada por el Tribunal, sentando los primeros cimientos de la negativa a aceptar lo que después llamaría discriminación por indiferenciación. En esta resolución el Tri-

(45) STC 70/1991, de 8 de abril, FJ 7º.

bunal no menciona aún expresamente esta doctrina, sino que se limita a entender que el término de comparación no es válido y por tanto no puede prosperar la pretensión de vulneración del artículo 14 CE. Sin embargo, presenta interés a los efectos que aquí interesan, dado que el desplazamiento del término de comparación (de los compañeros del recurrente a los compañeros de su edad, respecto de los que nunca ha sido igual y por tanto no cabe desigualdad) implica que lo relevante en el juicio de igualdad, para el Tribunal, no radica en las diferencias de hecho (él tenía distinta edad que los demás guardias civiles que pasan al retiro el mismo año que él) sino en las de derecho, las que la propia norma recoge.

La primera Sentencia del Tribunal en la que expresamente se recoge el concepto de "discriminación por indiferenciación" y se niega que se encuentre comprendido en el ámbito de tutela del artículo 14 CE es la STC 86/1985, de 10 de julio. El asunto que se resolvió en ella fue un recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 24 de enero de 1985, en la que se declaraban ilegales ciertas Órdenes Ministeriales reguladoras de subvenciones a centros docentes privados, suprimiendo algunas disposiciones que establecían distinciones en atención a diferencias fácticas de los centros. Por ello se reclamó la reparación del derecho a la igualdad, vulnerado por darse "un tratamiento igual a situaciones desiguales". Frente a este razonamiento el Tribunal declara que "la igualdad declarada en este precepto, la única amparable en este cauce procesal, es la que impone que, ante situaciones no disímiles, 'la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos' (Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2°) y por ello, lo que el artículo 14 de la CE impide es la distinción infundada o discriminación.". Pero inmediatamente matiza, al admitir que no sólo "el legislador puede, en el respeto al canon de razonabilidad que le impone el artículo 14, diferenciar entre supuestos" sino que incluso "debe hacerlo, en obediencia a otros preceptos constitucionales, cuando su acción se orienta a la adjudicación de prestaciones a particulares". En todo caso el mandato de diferenciación al legislador se excluye en todo caso del recurso de amparo, limitándolo únicamente a cuestiones y recursos de inconstitucionalidad, al afirmarse que "esta última vinculación positiva, sin embargo, es sólo relevante en el examen abstracto de la constitucionalidad de la Ley, porque no existe, antes de ella, un derecho fundamental a la singularización normativa". La primera sentencia del Tribunal Constitucional abre ya, por tanto, una vía, aunque indirecta y limitada para la tutela de la justicia material que puede verse dañada en ciertos casos por la falta de reconocimiento de efectos a la diferencia: los supuestos en los que existe un deber de distinguir implícito en la propia constitución, y aun en estos casos sólo en el examen abstracto de constitucionalidad de la Ley.

Esta línea jurisprudencial, tendente a rechazar la posibilidad de inclusión en el artículo 14 CE de la tutela de una obligación constitucional del legislador de diferenciación de situaciones fácticas relevantes, se mantiene en la STC 19/1988, de 16 de febrero, en la que se analiza, en el marco de una cuestión de inconstitucionalidad, la compatibilidad con la norma fundamental de la pena de prisión como subsidiaria de la de multa prevista en el artículo 91 del entonces vigente Código Penal de 1973 (que mantiene el actual en el

artículo 53). Señala el Tribunal al respecto (FJ 6º) que no cabe "reprochar discriminación alguna al precepto cuestionado por el hecho de que en el mismo se prevea indiferenciadamente una responsabilidad personal subsidiaria para todos los condenados insolventes, tratando por igual tanto a quien se colocó voluntaria o maliciosamente en situación de insolvencia como a aquel a quien no le sería imputable la incapacidad patrimonial para satisfacer la multa"; Una vez más el Tribunal señala que la indiferenciación es "en principio" ajena "al ámbito de la regla enunciada en el artículo 14 de la Constitución".

El primer caso en que el Tribunal Constitucional se enfrentó al problema de la indiferenciación en relación a la Seguridad Social fue el resuelto por la STC 109/1988, en el que, en vía de amparo, se reclamó la necesidad de aplicar el mismo régimen jurídico a las mujeres que realizaran tareas domésticas para religiosas de las que fueran familia y que vivieran solas, a las mujeres familiares de sacerdotes célibes, en cuanto que estas últimas se incluyen en el Régimen especial de la Seguridad Social para los trabajadores de servicio doméstico (artículo 3 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre). Entre los argumentos jurídicos que se plantean en la demanda se encuentra la afirmación, expuesta por el Ministerio Fiscal, de que la exclusión de las religiosas del régimen excepcional previsto para los sacerdotes se fundamenta en el hecho de que aquéllas viven habitualmente en comunidad, por lo que no precisan asistencia doméstica ajena a dicha comunidad. Sin embargo, en el caso concreto que se analiza, la recurrente prestó servicios a una religiosa en la que no se daba esta circunstancia de vida comunitaria, y en consecuencia, estando impedida, sí precisaba de asistencia similar a la requerida por los sacerdotes. Por ello, se da una indiferenciación en la norma de la que se pretende que se derive una vulneración del derecho a la igualdad.

El Tribunal Constitucional, una vez más, rechaza esta posibilidad, fundamentándolo en que "las genuinas normas discriminatorias son aquellas en que se contiene un mandato positivo, respecto de las categorías discriminadas, situación que no es, obviamente, la misma que se produce cuando una categoría no se encuentra contemplada ni en sentido positivo ni en sentido negativo por la norma, pues entonces el debate vuelve a ser, como señalamos en el FJ 1º, un debate referido a las operaciones de la aplicación del Derecho, pero no directamente a la norma misma". Esta afirmación, en primer lugar, emplea una terminología poco precisa al referirse a la discriminación de categorías, de forma que puede dar lugar a equívocos, pues resulta evidente que la omisión en la norma de un colectivo (término con un significado jurídico más preciso en la jurisprudencia constitucional) sí puede dar lugar a una discriminación prohibida por la ley, al omitir junto con la mención de tal colectivo el reconocimiento de sus derechos. De hecho, la omisión de una categoría puede ser precisamente una diferenciación prohibida, y no una indiferenciación: ésta se da no por la ausencia de una clasificación, en la que habrían de distinguirse, en su caso, las categorías que procedieran.

En segundo término, es importante recalcar que esta sentencia está permitiendo la protección de las situaciones de indiferenciación por vía interpretativa, pero fuera del ámbito del artículo 14 CE. Lo que se afirma es que si la ley no contempla un caso especial en el que concurren determinadas particularidades que llevan a la exclusión del mismo de la *ratio* de la norma, ha de ser el aplicador el que conforme a las normas de integración que

el ordenamiento jurídico le ofrece rellene la laguna y dé con la solución más conforme a Derecho. De este modo, el Tribunal no rechaza tajantemente el derecho a la diferenciación, sino que lo excluye del ámbito de tutela constitucional, conceptuándolo como una cuestión de mera interpretación de las normas, que como tal corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria.

El análisis de las siguientes sentencias[46] en las que se analiza lo que se califica como "discriminación por indiferenciación", sin ser especialmente prolijas en argumentos, empieza a mostrar un desplazamiento de la *ratio decidendi* desde el artículo 14 CE al artículo 9.3 CE. Al margen de la íntima relación entre la interdicción de la arbitrariedad y la igualdad que más arriba se ha puesto de manifiesto, el Tribunal empieza a construir una línea jurisprudencial en virtud de la cual la ausencia de una justificación para omitir una determinada clasificación diferenciadora, incurre en una arbitrariedad prohibida por la Constitución. En este sentido, se puede citar la STC 150/1991, de 4 de julio, que analiza una cuestión de constitucionalidad contra la agravante de reincidencia en el código penal, que entre otros argumentos se sustenta en la injusticia que supone, a juicio del órgano que lo plantea, que no se tenga en cuenta a la hora de apreciar aquella agravante si el reo había cumplido o no efectivamente la pena a la que había sido condenado por el primer delito. Al hilo de esta pretensión, la resolución, después de reiterar la viabilidad de la discriminación por indiferenciación (sin más argumentación que la remisión a las sentencias antes referidas) se hace expreso –aunque breve– análisis de la razonabilidad de la falta de aquella distinción[47]. En la misma línea, la STC 135/1992, de 4 de octubre, se ocupa en su FJ 9º de la aceptabilidad desde la óptica constitucional de la imposición de un régimen homogéneo de inversiones para todas las comunidades autónomas con independencia de su nivel competencial, siendo destacable la utilización de una nueva expresión más ajustada a la lógica del artículo 14 CE para describir el problema que aquí se analiza, al concluir que "o es atendible en este caso la 'discriminación por indiferenciación' o dicho con una cierta vocación de paradoja la desigualdad por un exceso de igualdad". No obstante, es preciso señalar que dicha expresión, que resulta mucho más precisa en términos jurídicos no ha vuelto a ser empleada por la jurisprudencia constitucional ni acogida por la jurisdicción ordinaria.

El asunto que más directamente ha abordado la cuestión desde la perspectiva de la seguridad social es el resuelto por la STC 70/1991, de 8 de abril, en la que no se menciona expresamente la indiferenciación, pero en ella late la argumentación empleada por el tribunal para rechazarla y, de hecho, es a menudo citada en posteriores resoluciones en este sentido (entre otras, las SSTC 308/1994, de 21 de noviembre, la 181/2000, de 29 de junio y las 111/2006 y 113/2006, ambas de 5 de abril). Esta argumentación se sustenta

(46) Un análisis de gran parte de las sentencias que mantienen esta postura, en la mayor parte de los casos con argumentación por cita o remisión de las anteriores, se encuentra en GIMÉNEZ GLUCK, D., *op. cit.*, pág. 332.

(47) En particular, se sostiene que "el cumplimiento o no de la pena impuesta en su momento no puede erigirse en factor razonable de diferenciación de trato, cuando lo que está en la base de la agravante es una condena ejecutoria, y no el hecho de su efectivo cumplimiento, irrelevante a los efectos de la mayor o menor reprochabilidad penal de la conducta sancionada".

en el ya consolidado juicio de razonabilidad como parámetro de la vulneración del derecho a la igualdad, al que se da una orientación específicamente destinada a sortear la posible inconstitucionalidad de la norma por sus resultados en casos extravagantes o al menos no comunes. Así, afirma el tribunal que "el juicio de razonabilidad sobre la adecuación entre el criterio de diferenciación adoptado por la norma y el fin de ésta ha de hacerse tomando en cuenta el caso normal, es decir, el que se da en la gran generalidad de los supuestos, tanto reales como normativos (…) y no (…) tomando únicamente en consideración la excepción a la regla"[48]. La Corte Constitucional abunda en esta idea, al continuar su razonamiento: "la generalidad de la norma, y por ello su distanciamiento en relación a casos particulares concretos, es una garantía de la seguridad jurídica y de la igualdad. Por ello, el juicio de igualdad debe hacerse teniendo en cuenta los criterios legales establecidos para la distinción, y no casos particulares individualizados. La norma debe utilizar criterios objetivos generales, cuya razonabilidad y proporcionalidad ha de apreciarse en relación con los casos ordinarios y más frecuentes y no, como pretende el recurrente, respecto de los casos particulares en los que la diferencia jerarquizada de categorías profesionales no se refleje en una correspondiente diferencia retributiva".

**LA GENERALIDAD DE LA NORMA, Y SU DISTANCIA EN RELACIÓN A CASOS PARTICULARES CONCRETOS, ES UNA GARANTÍA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y DE LA IGUALDAD**

En años posteriores, la jurisprudencia se ha mantenido invariable, afirmando con distintos grados de contundencia la misma idea: "debemos atenernos a nuestra reiterada doctrina conforme a la cual el 'artículo 14 de la Constitución reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato'" (STC 114/1995, de 6 de julio), "es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la igualdad consagrado en el citado precepto constitucional no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, esto es, el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato" (STC 211/1996, de 17 de diciembre)… y otras muchas en los mismos términos hasta la más reciente STC 69/2007 de 16 de abril, en la que se reitera que "la regla constitucional que establece la igualdad de todos los españoles ante la ley no puede ser invocada como fundamento de un reproche que así habría que llamar de 'discriminación por indiferenciación'" o la STC 30/2008, de 25 de febrero, en términos similares.

(48) El asunto que se plantea es la hipotética vulneración del artículo 14 CE como consecuencia del establecimiento de bases máximas y mínimas de cotización en atención a la categoría profesional, de tal modo que un trabajador de categoría superior pero sueldo inferior se vería obligado a abonar una cuota mayor.

**B) Indicios de admisibilidad**

No obstante lo afirmado en las páginas anteriores, es preciso profundizar algo más en la forma en que el Tribunal Constitucional, de hecho, analiza estas cuestiones, pues como se puede apreciar en muchas de las resoluciones que finalmente han desestimado el amparo del derecho a la igualdad con base en la diferenciación se deja abierta una puerta a la tutela de la injusticia por otras vías, tales como la apreciación por el intérprete de la no aplicabilidad de la norma en cuestión, el apoyo en otro concreto precepto constitucional que sí exija diferenciación o la irracionalidad (arbitrariedad) de la ausencia de distinción entre casos notablemente diferentes.

Esta cuestión se puede apreciar con cierta claridad en la STC 181/2000, de 29 de junio, en la que se analizó, en el marco de una serie de cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, la conformidad con la Norma Fundamental de –entre otros preceptos– el baremo de fijación tasada de indemnizaciones contenido en los anexos de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados. En particular se estimaba por los proponentes de la cuestión que de los baremos fijados por la ley, al ser imperativos para el órgano judicial, imponen una diferencia injustificada en el ámbito de la responsabilidad civil, pues se impide una individualización del daño, tratando igual lo que es diferente, además de entenderse igualmente contrario al artículo 14 CE la diferenciación entre los daños causados como consecuencia de la circulación y los resultantes de otras actividades.

El Tribunal Constitucional, como puede intuirse atendiendo a los precedentes, rechaza de plano la "discriminación por indiferenciación", pues lo contrario habría supuesto un cambio radical. Sin embargo, no cabe ya hablar aquí como en la STC 70/1991 de caso especial que no puede ser previsible por la ley, sino que el problema se encuentra en que se deriva de la ley un trato distinto para la práctica totalidad de los sujetos, que se ven imposibilitados de probar el perjuicio efectivamente sufrido por encima del que el baremo legal determina.

En esta situación, el Tribunal parece buscar una vía para alcanzar una situación que considera justa sin dar marcha atrás en su consolidada doctrina sobre el (no reconocido) derecho a la diferencia: aunque con carácter general se rechazan los argumentos anulatorios propuestos por los órganos judiciales, en lo que se refiere a la indemnización derivada de incapacidad temporal cuando concurra culpa relevante por parte del causante, se anula el límite legal y se permite que la indemnización por los perjuicios económicos sea fijada de manera independiente, y con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el proceso correspondiente.

Para llegar a esta conclusión, entiende la mayoría que adopta esta decisión, que existe una vulneración del artículo 9.3 CE, en cuanto que tal límite es arbitrario. Entre los argumentos jurídicos que se emplean debemos destacar, el siguiente: "la concreta fórmula utilizada en este punto por el legislador para evaluar los perjuicios económicos vinculados a la

incapacidad temporal, no viene modulada por cláusula alguna que permita una mínima ponderación, a efectos de individualizar el daño irrogado, de las circunstancias de diversa índole que pueden influir en la determinación del *quantum* indemnizatorio, dado que el legislador parte de la premisa indeclinable de que ya ha tenido en cuenta toda clase de contingencias, incluidas las excepcionales, para establecer su tasada valoración, que viene de tal modo a conformar un sistema cerrado de tasación del daño personal, de carácter exclusivo y excluyente". Una lectura detenida de estas expresiones permite apreciar que en cierto modo se está entrando en contradicción con la doctrina de la ley para el caso general de la STC 70/1991: no es ya suficiente que se contemple la generalidad de los casos, sino que el Tribunal considera contrario a la Constitución (por vía del artículo 9.3 y no del 14 CE, debe resaltarse) que la ley no permita distinguir los casos en que las modulaciones por causas excepcionales sean insuficientes para valorar adecuadamente el perjuicio que efectivamente se produzca. De este modo, una norma que establece un régimen igual para todos los ciudadanos y que fija con carácter general una serie de reglas objetivas, pero modulables, para la determinación de una responsabilidad civil, se estima arbitraria por no permitir la especificidad en los casos en que los hechos así lo requieran. Esta misma lógica subyace en la STC 194/2000, de 19 de julio, en la que se declaró la inconstitucionalidad de la presunción *iuris et de iure* del carácter oneroso, a efectos tributarios, de ciertas transmisiones, por cuanto que impedían acreditar en el caso concreto las circunstancias específicas que concurrieran.

Esta argumentación nos lleva a tener que volver a la delgada línea que separa arbitrariedad y vulneración de la igualdad, pues en ella encuentra el argumento el Tribunal para entender que no es el artículo 14 sino el 9.3 el precepto vulnerado cuando la ley prohíbe apreciar las particularidades fácticas de un caso determinado. La idea fundamental de la distinción radica en la existencia de un término de comparación: la igualdad es siempre relativa a otro sujeto, mientras que esta alteridad no es precisa en el análisis de la interdicción de la arbitrariedad[49]. Sin embargo, no puede dejar de ponerse de manifiesto que el razonamiento es circular, por cuanto que "acude al principio de interdicción de la arbitrariedad para declarar la inconstitucionalidad de una norma que, en una materia sensible y sin justificación razonable alguna, impide hacer valer en un proceso el derecho a la diferencia, es decir, a poder probar ante el aplicador de la norma que, a pesar de la previsión general contenida en el baremo, los perjuicios patrimoniales efectivamente padecidos como consecuencia de la incapacidad temporal sufrida, son distintos, por lo que también distinta habrá de ser su cuantificación"[50]. En otras palabras, la doctrina del tribunal lleva a afirmar que la indiferenciación es arbitraria cuando las circunstancias fácticas que no se toman en consideración son suficientemente relevantes, pero que ello no implica vulneración del derecho a la igualdad. Estamos pues ante una normativa que no distingue entre sujetos, que no deja a ningún ciudadano en peor condición, sino que en cierto modo es "objetivamente" errónea a la hora de fijar los parámetros clasificatorios.

(49) CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., "Leyes al por mayor, derecho a la diferencia y garantía judicial", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, núm. 60, pág. 283.

(50) CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., *op. cit.*, pág. 285.

En cierto sentido, como señala adecuadamente el profesor CAAMAÑO, esta interdicción de la arbitrariedad encajaría mejor en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE, también incluido en la argumentación del Tribunal a la hora de estimar la inconstitucionalidad de la norma), en su vertiente de aplicación al legislador, pues el efecto de las leyes cuya inconstitucionalidad se estima entran en lo que este autor califica como "leyes al por mayor" o como las denomina PULIDO[51] comentando la STC 194/2000, "ficciones legales". En estos casos, el problema radica en la imposibilidad para el ciudadano de demostrar (en último término ante los tribunales, pero también en su caso en vía administrativa) que su situación se escapa de las presunciones de las que parte la norma, y por tanto no puede ser tratado indiferenciadamente, de tal modo que se le priva de la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos.

## IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

La realización de la justicia y demás valores contenidos en la Constitución requiere sin duda una labor activa del legislador, como única vía para lograr el orden económico y social justo que en el Preámbulo se recoge como su primer objetivo. Para ello, resulta necesaria una interpretación avanzada de los preceptos de la propia Norma Fundamental, que permita dara a cada situación la solución jurídica que mejor se adapte a los valores proclamados. La justicia material requiere por tanto la consecución de la igualdad real y efectiva, para lo que es preciso no sólo tratar igual a los iguales sino también diferente a lo diferente, en definitiva, dar a cada uno lo suyo. Ahora bien, estos enunciados no pueden llevar a una interpretación voluntarista y extrema del texto constitucional, sino que, en principio, debe ser el legislador quien, como representante de la soberanía popular y atendiendo a las necesidades sociales y disponibilidades presupuestarias, determine en cada caso qué grado de clasificación es posible diferenciar en la norma, para conseguir una situación más justa.

En este sentido, parece razonable que el Tribunal Constitucional no admita con carácter general un derecho a la diferenciación en la ley basado en diferencias fácticas. Sin embargo, no cabe llevar esta afirmación hasta el extremo de negar toda efectividad a la segunda parte de la enunciación aristotélica de la igualdad, sino que debe reducirse ésta a sus justos términos, de tal modo que sólo intervenga el Tribunal en aquellos casos en los que la falta de diferenciación lleve a un resultado especialmente injusto.

La vía que nuestra jurisprudencia constitucional ha escogido para lograr este fin ha sido la exclusión absoluta de la aplicación del artículo 14 CE a lo que erróneamente ha denominado "discriminación por indiferenciación", a pesar de la frecuente inclusión de expre-

(51) PULIDO QUECEDO, M., "Las ficciones legales prohibidas por la constitución como forma de legislación", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2, 2000, pág. 1805. En puridad, la expresión, señala el propio autor, corresponde a don Nicolás Pérez Serrano, que tituló su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación "Las ficciones el derecho constitucional".

siones modalizadoras[52], que en su caso le permitieran apreciar una excepción, lo que por otra parte, nunca ha ocurrido. Por el contrario, se ha optado por emplear una construcción extraña en el derecho comparado de un precepto igualmente peculiar en el constitucionalismo de nuestro entorno: la clasificación legislativa que no contemple efectos jurídicos propios a situaciones fácticas con diferencias relevantes es contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad.

La principal consecuencia de la vía del artículo 9.3 frente a otras alternativas planteadas por recurrentes o por la doctrina (esencialmente la tutela de la igualdad o el acceso a la justicia) es clara: impide el acceso de pretensiones de amparo por esta vía, evitando así que se trate de conseguir del Tribunal Constitucional una distinción que no ha recogido el legislador. Dado el carácter ciertamente extremo de la injusticia derivada de la arbitrariedad que quiere establecerse, se limita a los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad la posibilidad de alegación de la indiferenciación como causa de oposición a la Norma Fundamental, de tal modo que sólo algunos agentes especialmente cualificados en el sistema (pues ostentan uno de los tres poderes clásicos o se les reconoce una especial función de relevancia pública, como es el caso del Defensor del Pueblo) pueden alegar válidamente esta necesidad de distinción en la ley.

**LA CLASIFICACIÓN LEGISLATIVA QUE NO CONTEMPLE EFECTOS JURÍDICOS PROPIOS A SITUACIONES FÁCTICAS CON DIFERENCIAS RELEVANTES ES CONTRARIA AL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD**

Esta doctrina, aunque puede ser atractiva desde un punto de vista práctico, presenta algunas deficiencias técnicas que habrían quedado mejor resueltas abordando la cuestión desde una óptica que conciliara la interpretación flexible de los Derechos Fundamentales con la seguridad jurídica y la limitación de la alegación de las injusticias por indiferenciación. Desde luego, debe rechazarse por imprecisa la vía de considerar estas carencias clasificatorias de la ley como una discriminación, pues como se ha explicado de manera suficiente en páginas anteriores, no se dan en estos casos los requisitos para que podamos calificar como discriminatoria la ausencia. Sin embargo en el caso de la igualdad, parece que sí es posible admitir que existe un término de comparación (aunque fáctico y no jurídico) y mantener el juicio de razonabilidad en sus propios

(52) Especialmente significativa en este sentido es la STC 34/1981, a la que ya se ha aludido, que llega a afirmar que el tratamiento diverso "puede incluso venir exigido, en un Estado Social y Democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la Justicia y la Igualdad". Asimismo, la STC 269/1994, de 3 de octubre, llegó a afirmar que el llamado "cupo de reserva para discapacitados" en las ofertas de empleo público, no sólo no vulneraba el derecho a la igualdad de quienes con mejor calificación en las pruebas selectivas no obtenían plaza, sino que incluso "constituye un cumplimiento del mandato contenido en el artículo 9.2", en relación con el 49. De este modo, cuando existe una previsión explícita de protección en la Constitución sí parece reconocerse un derecho a la diferencia.

términos: al fin y al cabo la arbitrariedad –vía preferida como hemos visto por el TC– no es otra cosa que lo irrazonable. Esta construcción permite una mayor flexibilidad que la alegación del artículo 24 CE, pues éste sólo cobra importancia en los casos en los que la técnica legislativa empleada es la de las presunciones *iuris et de iure*, pero dejaría fuera otros casos en los que la indiferenciación no opera de este modo. En todo caso, debe entenderse que en ciertos casos (como los de las SSTC 181/2000 y 194/2000 ya comentadas) nada impide la alegación conjunta de uno y otro derecho.

La correcta aplicación de esta doctrina requiere la construcción teórica de un "juicio" de igualdad en la indiferenciación, que pondere adecuadamente la relevancia fáctica de las diferencias existentes entre categorías, sustituyendo en cierto modo al análisis de la concurrencia de un término de comparación del juicio tradicional de igualdad, y que en su caso evalúe la razonabilidad del tratamiento indiferenciado, empleando el artículo 9.3 CE como precepto auxiliar y no como fundamento autónomo de la inconstitucionalidad de norma alguna.

Es preciso destacar, en todo caso, la relevancia que esta doctrina puede llegar a tener en ciertos ámbitos como el de la Seguridad Social, que al mismo tiempo opera como una de las más importantes razones para mantener una interpretación restrictiva del juicio propuesto. Por una parte, el ámbito subjetivo de protección potencial de aquélla es extremadamente amplio, lo que determina necesariamente la existencia de un sinfín de peculiaridades subjetivas que en mayor o menor grado podrían justificar la exigencia de un trato diferenciado. Por otro lado, el elevado coste financiero que cualquier modificación de las prestaciones supone, implica que las decisiones estimatorias del Tribunal Constitucional desplazarían el poder presupuestario desde las Cortes a la jurisdicción constitucional y podrían además requerir enormes sumas de dinero, con riesgo de quiebra del sistema.

Por todo ello, la solución más adecuada es la de reconocer el derecho a la diferencia como parte integrante del artículo 14 CE pero únicamente en aquellos casos en que la falta de reconocimiento de aquélla suponga una arbitrariedad manifiesta del legislador. De este modo, se deja abierta la vía de amparo constitucional pero con efectos muy limitados, para los supuestos en que la ausencia de trato diferenciado coloque en peor situación a determinados sujetos que a otros que, compartiendo la característica de la que se deriva que entren en el ámbito de aplicación de una determinada norma, participan de una peculiaridad cuya omisión en aquélla resulta del todo irrazonable y como tal contraria a la igualdad.

## V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

– BILBAO UBILLOS, J.M. y REY MARTÍNEZ, "Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional" en ARAGÓN REYES, M. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J., *La constitución y la práctica del Derecho*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

– CARRASCO PERERA, A., "El 'juicio de razonabilidad' en la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año núm. 4, núm. 11, 1984, págs. 39-106.

– CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., "Leyes al por mayor, derecho a la diferencia y garantía judicial", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, núm. 60, págs. 259-288.

– GARRORENA MORALES, A., "Igualdad jurídica e igualdad real y efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Anales de derecho*, núm. 6, 1984, págs. 37-54.

– GÍMENEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.

– JIMÉNEZ CAMPO, J., "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, núm. 9, 1983, págs. 71-116.

– LAPORTA SAN MIGUEL, F.J., "Interpretación de la Constitución e interpretación de la ley. Razonabilidad en interdicción de la arbitrariedad" en TRILLO TORRES, R. *et al.*, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Madrid, CGPJ, 2004.

– MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería: Universidad de Almería, Servicio de publicaciones, 2000.

– MERCADER UGUINA, J.R., "El marco teórico del principio de igualdad" en DE LA VILLA GIL, E. y LÓPEZ CUMBRE, L., *Los principios del Derecho del Trabajo*, Madrid, CEF, 2003, págs. 211-267.

– PÉREZ LUÑO, A.E., "Dimensiones de la Igualdad", *Cuadernos "Bartolomé de las Casas"*, Dykinson, 2005.

– PULIDO QUECEDO, M., "Las ficciones legales prohibidas por la Constitución como forma de legislación", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2, 2000, págs. 1805-1812.

– RODRÍGUEZ–PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Igualdad y discriminación", *Temas claves de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986.

– RUBIO LLORENTE, F., "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 31, 1991, págs. 9-36.

– RUIZ MIGUEL, A., "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.), *El principio de igualdad*, Dykinson, 2000.

– SUAY RINCÓN, J., "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, tomo II, págs. 834-892.

## I. FUENTES DEL DERECHO

# Sumario:

**Consideración preliminar. 1. Convenio colectivo.** A) Aplicación del convenio colectivo. B) Acuerdos Administración-Sindicatos. C) Interpretación del convenio colectivo. D) Falta de contradicción. Sentencias que resuelven sobre convenios colectivos diferentes. E) Legalidad de los convenios. Carácter y atribuciones de la Comisión Paritaria. F) Primacía de la Ley sobre el convenio colectivo. G) Convenios extraestatutarios. H) Nulidad del contenido del convenio colectivo. **2. Contrato de trabajo.** A) Valor liberatorio del finiquito. B) Nulidad de contrato de trabajo. C) Vicios del consentimiento. Baja voluntaria. **3. Norma más favorable.** A) Derecho a la libranza después de la guardia de los MIR. B) Aplicación de la legislación nacional. **4. Principio de norma mínima. 5. Condición más beneficiosa. Absorción y compensación salarial. 6. Doctrina judicial. Teoría gradualista. 7. Fraude de ley. Contratación temporal y pensión de jubilación.**

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 4 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 581). Esencialmente, las resoluciones comentadas hacen referencia a la aplicación e interpretación, así como al valor y la fuerza vinculante del convenio colectivo. Asimismo, se abordan diversas sentencias en las que se refieren los principios de aplicación de condición más beneficiosa y las cláusulas de absorción y compensación, norma más favorable y norma mínima. La aplicación judicial de la teoría gradualista y el fraude de ley completan el panorama de sentencias contenidas en los tomos de referencia.

## 1. CONVENIO COLECTIVO

### A) Aplicación del convenio colectivo

La cuestión resuelta por la **STS de 20 de febrero de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 84, versa sobre la validez y aplicabilidad de una cláusula del convenio colectivo que establece una

doble escala para cuantificar el complemento de antigüedad a pagar, en función de la fecha de ingreso en la empresa. Contra la sentencia de suplicación que da validez a la citada disposición convencional recurre el trabajador demandante citando sentencia de contraste la de la misma Sala de 20 de abril de 2005 (recurso 51/2004). La sentencia estima el recurso, revocando la sentencia de instancia, al entender que aunque el convenio colectivo está facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, cuando se trata de la retribución del trabajo no caben las generalizaciones, de manera que el principio general a tener en cuenta es el de igual retribución a trabajo de igual valor, como ordena el artículo 28 ET y en principio está desprovista de toda fundamentación razonable la inclusión en el convenio colectivo de diferencias salariales en atención únicamente a la fecha de la contratación. En definitiva, tal diferencia de trato es contraria al principio constitucional de igualdad como mantienen las sentencias de contraste.

### B) Acuerdos Administración-Sindicatos

Sobre la aplicación directa del contenido de los acuerdos celebrados entre la Administración del Estado y los Sindicatos para el período 2003/2004, se pronuncia la **STS de 18 de enero de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 4. La sentencia, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, resuelve sobre una indemnización denominada "incentivo" para el personal trasladado dentro de la localidad prevista en los citados acuerdos. En este caso concreto, la demandante, que prestaba servicios para el Ministerio de Defensa, obtuvo resolución judicial estimatoria en la instancia y confirmada en suplicación, reconociendo el derecho a la percepción de 1.200 euros por el concepto citado al haber cambiado de centro de trabajo. La sentencia unificadora de la doctrina ciñe su examen a una única cuestión cual es si la norma a cuyo amparo se dictó la condena al pago de cantidad es directamente de aplicación o pende de actividades de negociación. En este sentido, la Sala entiende que la cantidad reclamada por la actora está perfectamente individualizada sin que sea necesaria una ulterior negociación en la Comisión Paritaria de Seguimiento a la que exclusivamente compete la interpretación de los contenidos del acuerdo y vigilar el contenido de lo pactado.

En la **STS de 20 de febrero de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 41, se plantea la naturaleza de un acuerdo suscrito por el Presidente de la Asociación de Educación y Gestión de la Comunidad de Madrid y sus trabajadores y que no había sido consentido válidamente por la asociación demandante. Se plantea como cuestión a resolver la de precisar el cauce procesal adecuado para impugnar el referido acuerdo. La Sala, en interpretación del artículo 37.1 CE, interpreta que el convenio colectivo regulado en el Título Tercero del ET no agota las posibilidades de la negociación colectiva y que caben otros pactos o convenios colectivos extraestatutarios. Ahora bien, esta negociación sólo puede darse con los representantes de los trabajadores u otros sujetos también colectivos portadores de la representación sindical o legal del ámbito y eficacia del convenio. Por ello, se excluye el otorgar la naturaleza de pacto o convenio al acuerdo del empresario y una pluralidad de

trabajadores aunque se trate de la totalidad de la plantilla, porque quienes intervienen de este modo no están legitimados para lograr un acuerdo de carácter colectivo. Partiendo de lo anterior, y en consecuencia, los trabajadores sin representación unitaria o sindical firmantes del acuerdo no están legitimados, ni activa ni pasivamente, para la constitución de la relación procesal, por lo que esta falta de legitimación acarrea la nulidad de actuaciones y su reposición al momento de dictar sentencia para que se resuelva sobre la cuestión planteada.

### C) Interpretación del convenio colectivo

Sobre los criterios de interpretación de los convenios colectivos se pronuncia la **STS de 5 de febrero de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 39. Constituye el objeto del recurso de casación resuelto por la citada sentencia en unificación de doctrina la interpretación del artículo 44 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad, referido al descanso anual compensatorio. En concreto, formula el trabajador demanda en reclamación de que se le retribuyan, conforme a lo fijado en el convenio, las horas correspondientes a 37 días de descanso que por necesidades del servicio no pudo disfrutar. La demanda fue desestimada tanto en la instancia como en sede de suplicación. Interpuesto el correspondiente recurso, la Sala del Tribunal Supremo resuelve su estimación al entender que los criterios de interpretación del precitado artículo convencional no habían sido adecuados a los establecidos en el artículo 3.1 del Código Civil en relación con el primer párrafo del artículo 1281 del propio cuerpo legal. Señala la sentencia que el carácter vinculante que las partes negociadoras del convenio atribuyeron a la interpretación por parte de la Comisión Paritaria de cuantas cuestiones se le sometan no puede nunca impedir el examen por parte de los Tribunales constitutivo del control y la interpretación convencional llevada a cabo por la Comisión o bien, incluso, de la legalidad de la propia norma convencional interpretada. Continua la sentencia indicando que el artículo 3.1.b) ET, al enumerar jerarquizadamente las fuentes de la relación laboral, coloca los convenios colectivos en el plano inmediatamente inferior a las leyes y reglamentos y el artículo 85 del propio texto legal determina que la regulación contenida en los convenios deberá llevarse a cabo dentro del respeto a las leyes. En definitiva, y tras diversos razonamientos al respecto, la Sala entiende que la retribución por las horas extraordinarias no lleva implícita la de los días de descanso no disfrutados, debiendo distinguirse perfectamente ambos conceptos.

La **STS de 25 de febrero de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 105, en recurso de casación para unificación de doctrina confirma la sentencia dictada en sede de suplicación que a su vez confirmó la dictada en su momento por el Juzgado de lo Social estimatoria de la demanda de un trabajador de un centro dependiente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en reclamación del exceso de jornada realizado y su cómputo como horas extraordinarias. La Sala rechaza la tesis de la recurrente interpretando el artículo convencional en relación con lo dispuesto en los artículos 34 y 35 ET.

Haciendo suyo el acertado razonamiento del escrito de impugnación del recurso la sentencia señala que cuando un trabajador temporal, cual es el presente caso, presta sus servicios en la época donde la jornada es más intensa y no puede compensar el exceso

de jornada con la reducción de ésta que se produce en el semestre siguiente realiza un exceso de jornada que de alguna forma se debe de compensar, pues de otra manera habría trabajado más tiempo que sus compañeros, por igual salario, incluso se produciría una discriminación injustificada ya que, por el mero hecho de que su contrato temporal haya transcurrido durante un determinado período del año, tendría la obligación de trabajar una hora adicional diaria sin derecho a ninguna compensación, ni económica ni en descanso (por resultar imposible, dado que el contrato fenece antes de que se inicie el período donde la jornada es reducida). En definitiva la sentencia deduce que la resolución recurrida es la que se ajusta a la doctrina correcta.

Sobre la interpretación y aplicación de una cláusula de empleo de un convenio colectivo empresarial se pronuncia la **STS de 5 de marzo de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 110. En concreto se suscita el problema de aplicación surgido respecto de diversos trabajadores de la empresa cesados en virtud de un acuerdo de prejubilación voluntaria incluido en un expediente de regulación de empleo. La resolución comentada desestima el recurso poniendo de manifiesto que la decisión de la empresa, adoptada a través de la comisión paritaria de aplicación del expediente de regulación de empleo, de no asignar las vacantes solicitadas a los trabajadores afectados, se ha ajustado al procedimiento previsto en el acuerdo de regulación de empleo y no infringe por tanto lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación. La causa que justifica tal decisión es el acuerdo de prejubilación pactado en la empresa y aceptado por los trabajadores prejubilados.

Incidiendo también sobre los criterios de interpretación de los convenios colectivos la **STS de 16 de enero de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 129, resuelve la demanda interpuesta por el Sindicato Español de Líneas Aéreas en la que se solicita se declare que la empresa demandada Spanair, SA ha incumplido y vulnerado diversos preceptos de su convenio colectivo al programar la recuperación de los días libres perdidos como días libres unidos a las vacaciones y no como días adicionales y, en consecuencia, se condene a la empresa a cesar en tal incumplimiento y a programar la recuperación de los días libres perdidos por los pilotos compensándolos con días de vacaciones. La sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestimó la demanda y contra dicha sentencia interpone recurso de casación el referido sindicato. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia recurrida. Entre otros argumentos, la Sala indica que los criterios hermenéuticos sentados por la doctrina jurisprudencial para los convenios colectivos subrayan, en primer lugar, el doble carácter de norma jurídica constitutiva de fuente directa de la relación laboral y de pacto entre empresarios y trabajadores, lo que supone que para su interpretación ha de acudirse tanto a las reglas que contemplan las normas jurídicas como las que se refieren a los contratos. Conforme a tales criterios hermenéuticos ha de aplicarse el tenor literal de la norma, que supone el derecho a un día libre a añadir a las vacaciones como tal día libre no como día de vacaciones, ya que la literalidad de la norma en este punto es absolutamente clara. Idéntica conclusión se alcanza si se acude a una interpretación sistemática del precepto. Por todo lo anterior, la sentencia rechaza los motivos del recurso y, como ya señalamos, rechaza la pretensión actora.

La **STS de 14 de enero de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 277, dictada en recurso de casación ordinario, resuelve sobre la demanda de conflicto colectivo formulada por un sindicato frente a la empresa FEVE que postulaba la declaración del derecho de los trabajadores que se rigen por el convenio extraestatutario de eficacia limitada de ámbito empresarial, al percibo de determinadas retribuciones y complementos establecidos en dicho convenio en cuantía no inferior a la percibida por esos mismos conceptos por los trabajadores sujetos al convenio colectivo de eficacia general, así como al derecho a tener una jornada equivalente.

La sentencia de instancia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional estimó parcialmente la demanda, reconociendo los derechos retributivos reclamados en igualdad de condiciones a las de los trabajadores sujetos al convenio general. Frente a la referida sentencia interponen el sindicato demandante y la empresa sendos recursos de casación que son desestimados por la Sala del Alto Tribunal, al entender que la interpretación que la Sala de instancia efectúa del precepto extraestatutario cuestionado no es contraria en absoluto al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, puesto que tanto el convenio extraestatutario como el general regulan la materia analizada en términos similares. Sigue señalando la sentencia que lo que el sindicato recurrente y la empresa plantean en los motivos del recurso no es más que la discrepancia en la interpretación de un precepto convencional y por ello conviene recordar que la jurisprudencia establece que en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los Órganos jurisdiccionales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas hermenéuticas, lo que no sucede en el caso analizado.

### D) Falta de contradicción. Sentencias que resuelven sobre convenios colectivos diferentes

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo resuelve en la **STS de 15 de enero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 16, sobre la contradicción existente entre dos sentencias de la propia Sala en el sentido de que no existe contradicción entre ambas, tal como informa el Ministerio Fiscal y tal inexistencia deriva de que las sentencias comparadas parten de la aplicación de normas convencionales dispares, en un caso, el convenio de la empresa demandada y, en otro caso, el convenio provincial de hostelería, ello al margen de que se interpretan cuestiones diferentes sobre el devengo de trienios fijos en un caso y, en otro, el carácter fijo de la relación laboral. No existe pues similitud entre las pretensiones resueltas y los convenios aplicables, faltando elementos necesarios para establecer la igualdad sustancial y la contradicción.

### E) Legalidad de los convenios. Carácter y atribuciones de la Comisión Paritaria

La **STS de 15 de enero de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 18, resuelve el recurso de casación interpuesto por UGT y Comisiones Obreras sobre la legalidad de diversas disposiciones adicionales del Convenio Colectivo de la Empresa FEVE (Ferrocarriles Españoles de Vía

Estrecha) en recurso de casación ordinario interpuesto contra sentencia de la Audiencia Nacional. Al margen de diversas infracciones denunciadas sobre interpretaciones erróneas de diversas disposiciones adicionales del citado convenio se denuncia la infracción del artículo 85.3 ET. El análisis de los términos en los que está redactada la Disposición Adicional Primera del convenio, en su párrafo c), señala la sentencia, no permite atribuir a la Comisión Paritaria, formada sólo por los sindicatos firmantes, un carácter normativo sino de administración o ejecución, por lo que la sentencia resuelve estimar en cuanto a este extremo los recursos de los precitados sindicatos, en cuanto se le atribuyen competencias que van más allá de las legalmente encomendadas. Señala la resolución que en cuanto a las atribuciones encomendadas a la Comisión Paritaria por las cláusulas convencionales sólo podrán eludir la sanción de nulidad las que se refieran a funciones de naturaleza interpretativa, administradora y también los trabajos de estudio.

Sobre esta misma materia, se pronuncia la **STS de 18 de febrero de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 364. En este caso, se plantea una cuestión que se concreta en decidir si para percibir el complemento singular de puesto de trabajo que se haya previsto en el artículo 75 del Convenio Colectivo Único para el Personal de la Administración General del Estado es preciso que previamente se determinen por la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudios y Aplicación del convenio los puestos de trabajo que dan derecho a percibir dicho complemento o, si, por el contrario, tienen derecho a percibirlo cualesquiera trabajadores que reúnan las exigencias previstas en dicho convenio para poder acceder a éste. Un trabajador de la empresa formuló demanda en reclamación del precitado derecho que fue desestimada tanto por el Juzgado de lo Social como por la Sala del Tribunal Superior. El Tribunal Supremo resuelve desestimar el recurso de casación interpretando el precepto convencional en cuestión y que dispone que la valoración de las condiciones y las asignaciones del precitado complemento a los puestos de trabajo, así como la determinación de sus cuantías serán objeto de negociación colectiva en la CIVEA. Ante tales términos del convenio colectivo aparece claramente querido por los negociadores que de complemento singular de puesto sólo serán acreedores aquellos trabajadores que desempeñen un puesto de trabajo al que previamente se le haya reconocido aquella condición de "singular" por la CIVEA y sólo en este caso puede ser reclamado en vía judicial. De todo ello se deduce una clara voluntad de los negociadores de remitir el proceso de adaptación a las negociaciones a desarrollar en el seno de la citada Comisión, órgano paritario cuya actividad puede ser excitada a través de la representación de los trabajadores.

Sobre reclamaciones semejantes efectuadas al margen de lo previsto y decidido previamente por la CIVEA cuando su intervención previa era necesaria, según lo previsto en el Convenio Colectivo Único para la Administración General del Estado, se ha pronunciado la Sala, aplicando el mismo criterio mantenido en la sentencia precedente, en las **SSTS de 19 y 27 de febrero de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 354, 77 y 404.

Se plantea en la **STS de 14 de febrero de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 371, la interpretación que haya de darse a un artículo del Convenio Colectivo Interprovincial de la Empresa Damas, SA y lo que propone la parte actora, en este caso el sindicato CGT de Andalucía,

es que se entienda que dicho precepto contiene una disposición sobre incentivos que no se corresponde con la forma de aplicar éste que ha sido seguida por la empresa demandada. En concreto, el problema planteado por el sindicato accionante sobre la referida interpretación del referido precepto convencional fue rechazada en la instancia por la Sala de lo Social que entendió que la interpretación llevada a cabo por la empresa era adecuada a las previsiones del convenio y lo hizo en la previsión de las reglas que sobre interpretación de las normas y de los contratos son de aplicación en nuestro Derecho (artículos 3.1 y 1281 y ss. Código Civil). La sentencia del Tribunal Supremo concluye que la referida sentencia del Tribunal Superior de Justicia se acomoda a las reglas de interpretación a las que debe someterse la jurisdicción, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente y en ese sentido merece ser confirmada, pues como reiteradamente ha dicho la Sala del Tribunal Supremo, la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual. Añade la sentencia que en materia de interpretación de cláusulas convencionales, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes.

### F) Primacía de la Ley sobre el convenio colectivo

La **STS de 16 de enero de 2008,** Sala de lo Social, I.L. J 325, plantea una cuestión de posible incompatibilidad de determinadas cláusulas de un convenio colectivo (Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad) con diversas disposiciones de la Ley 23/1992 (Ley de Seguridad Privada) y del RD 2364/1994 (Reglamento de Seguridad Privada) dictado en desarrollo de dicha Ley. Las disposiciones legales y reglamentarias que se consideran infringidas son las que determinan las distintas clases de personal integrante de las empresas de seguridad. La vulneración según los argumentos de la demanda, es que el sistema de clasificación profesional establecido en el convenio sortea o elude la aplicación de éstas, que es imperativa y no disponible por vía convencional, al establecer una categoría profesional de "vigilante de seguridad" de la que el escolta privado es una mera especialidad funcional.

La presente sentencia parte de dos premisas normativas que sirven de marco al juicio de compatibilidad o incompatibilidad entre aquéllos y éstas. La primera se refiere a la atribución de competencia a la negociación colectiva para fijar el sistema de clasificación profesional (artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores) y la segunda a la potestad del legislador para establecer límites sustantivos a tal atribución de competencia a los interlocutores sociales (artículos 3.1, 3.3 y 85.1 del Estatuto de los Trabajadores). Sentada la premisa de la primacía de la ley sobre el convenio colectivo se trataría de saber si la colisión entre unas normas y otras es o no es insalvable, con la correspondiente anulación en el primer caso de los preceptos del convenio colectivo.

La distinción legal entre vigilantes de seguridad y escoltas privados tiene múltiples manifestaciones en la Ley, enunciándose de manera taxativa las funciones de unos y de otros; lo mismo sucede con la normativa reglamentaria de desarrollo. De una visión conjunta de los anteriores preceptos legales y reglamentarios, de un lado, y de los correspondientes artículos del Convenio Colectivo de referencia, la Sala pone de relieve la incompatibilidad entre ellos, que no puede salvarse mediante una interpretación correctora (extensiva o restrictiva) de las disposiciones convencionales cuya anulación se solicita. La omisión de la categoría profesional de escolta privado del artículo 18 de dicho convenio supone desconocer los artículos 1.2 y 17.1 de la Ley 23/1992.

Si bien es cierto que todas estas reglas legales y reglamentarias incorporan elementos de rigidez en la clasificación profesional del personal en las empresa de seguridad y es verdad también que estas normas constituyen una excepción a las normas laborales de carácter general sobre la determinación del contenido de la relación laboral que admiten la polivalencia funcional y la libertad del empresario de especificar los contenidos laborales dentro de las funciones de la misma categoría profesional. Pero el ajuste entre legislación laboral y legislación de seguridad privada se ha de llevar a cabo dando preferencia en la aplicación a la Ley especial. Dado que además esta *lex specialis,* como se desprende de su Exposición de Motivos, se inspira en la defensa de la seguridad que representa uno de los pilares básicos de la convivencia y cuya garantía constituye una actividad consustancial a la existencia misma del Estado.

La anulación de las disposiciones convencionales contrarias a la ley produce entre otros efectos, la omisión de la categoría de escolta privado que ha de entenderse integrada, hasta que los interlocutores sociales la lleven a cabo por voluntad concordada.

### G) Convenios extraestatutarios

La **STSJ de Asturias de 18 de abril de 2008,** I.L. J 499, resuelve sobre la demanda presentada por los trabajadores en pretensión de que fuese declarado su derecho a quedar incluidos en la categoría y nivel salarial del Convenio Colectivo de FEVE que indican en su escrito de demanda con efectos a 1 de enero de 2006 así como el abono de las diferencias salariales devengadas.

La cuestión litigiosa es determinar si la situación generada al amparo de un convenio colectivo extraestatutario, con la atribución por la empresa a los actores a una determinada categoría profesional, debe permanecer o subsistir, tras concluir la vigencia del pacto mediante la atribución por la empresa de una categoría asimilada en el sistema de clasificación profesional vigente, o si, como sostiene la empresa demandada, la extinción de la vigencia del pacto extraestatutario, determina que la categoría profesional ha de ser la que cada trabajador ostentaba antes de la adhesión al convenio colectivo extraestatutario. La Sala del Tribunal Superior de Justicia, citando su propia doctrina resuelve que, el hecho de que un convenio de eficacia limitada que pierde su vigencia suceda a un con-

venio colectivo de eficacia general, no puede suponer, si además este último no contiene una previsión al respecto, que todo lo negociado o consensuado en el extraestatutario sea desconocido por la empresa como si nunca hubiera existido ni estado sometida ésta a su contenido. De todo lo anterior resulta que los actores debían ser mantenidos en la categoría profesional que se les reconoció bajo la vigencia del convenio extraestatutario y que, por lo tanto, tienen derecho a la atribución de la categoría asimilada en el sistema de clasificación profesional vigente tras la extinción de la vigencia del acuerdo extraestatutario. Lo anterior conllevó la estimación del recurso de suplicación y la revocación de la sentencia de instancia.

### H) Nulidad del contenido del convenio colectivo

La cuestión que se plantea en la **STS de 21 de diciembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 229, es la nulidad del artículo 42 del VI Convenio Colectivo de la Empresa REPSOL PETRÓLEO SA, y el derecho de los trabajadores que han ingresado en la empresa con posterioridad al 1 de octubre de 1994 a percibir el complemento de antigüedad. La Audiencia Nacional había desestimado la demanda interpuesta por el Sindicato USO, razonando que la regulación impugnada es ajena a todo propósito discriminatorio. La Sala, tras un pormenorizado análisis de la doctrina constitucional sobre la materia reflejada en la STC 119/2002, concluye que la diferencia retributiva establecida en el convenio colectivo de la empresa no resulta justificada en los exigibles términos de la "razonabilidad de la diferencia", de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y lo pretendido supera un juicio de proporcionalidad. No consta que la doble escala retributiva obedeciese a una política empresarial favorecedora del empleo u otras razones objetivas, por lo que la Sala entiende que la sentencia recurrida no se ajusta a Derecho y que, en consecuencia, ésta ha de ser casada y anulada en el sentido que indica el propio fallo.

## 2. CONTRATO DE TRABAJO

### A) Valor liberatorio del finiquito

La cuestión planteada en la **STS de 26 de febrero de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 379, se ciñe a determinar si el recibo o documento de finiquito tiene valor liberatorio extintivo o no. La Sala de Suplicación revoca la sentencia de instancia, declarando la improcedencia del despido. En el escueto razonamiento de la sentencia se reduce a afirmar que el documento aportado es una mera liquidación de cuentas. El examen de la infracción jurídica se concreta en el artículo 49.1.a) ET en relación con el artículo 1281 del Código Civil, ya que las diversas fórmulas que se utilizan en tales documentos están sujetas a las reglas de interpretación de los contratos del Código Civil; atribuyendo superior valor a la intención de las partes sobre las palabras, y a la prevención del artículo 1289 de que no deberán entenderse comprendidos cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar.

En el caso que nos ocupa, el actor firmó un documento de saldo y finiquito en el que expresamente se dice que se trata de una "liquidación por extinción de contrato…", expresión que unida a los restantes términos del documento, en los que, con referencia a la relación laboral, no sólo se dice que queda saldada y finiquitada sino que "se tiene por resuelta … a la fecha de la extinción", debe interpretarse como el reconocimiento por el trabajador de que con la cantidad allí señalada queda indemnizada por la extinción del vínculo contractual hasta entonces existente. Al no concurrir ningún vicio del consentimiento a que alude el artículo 1265 del Código Civil. La Sala concluye que el texto del finiquito implica una patente declaración expresa de voluntad de extinción del vínculo laboral que unía a las partes. De esta forma el trabajador carecía de interés y legitimación para recurrir en suplicación, al haberse extinguido anteriormente por mutuo acuerdo la relación laboral tal y como prevé el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, lo cual conduce a estimar el recurso, casando y anulando dicha sentencia.

También sobre el valor liberatorio del finiquito así como su concepto y requisitos se pronuncia la **STS de 26 de febrero de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 126. El supuesto de hecho planteado versa sobre el despido disciplinario de un trabajador calificado por sentencia como procedente. Recurrida en Suplicación la Sala del Tribunal Superior estima el recurso y declara la improcedencia del despido. Con posterioridad la sentencia de instancia y antes de formular el recurso de suplicación se firmó un finiquito entendiendo la sentencia recurrida que se trata de un mero documento de liquidación de cuentas sin valor extintivo. El Tribunal Supremo estima el recurso casando y anulando dicha sentencia al entender que el texto del finiquito implica una patente declaración expresa de voluntad de extinción del vínculo laboral que unía las partes por lo que el trabajador carecía de interés y por tanto de legitimación para recurrir en suplicación pues ya no existía en ese momento relación laboral alguna.

La Sentencia de Casación, recordando doctrina anterior de la propia Sala, señala en lo que concierne a la extinción del vínculo laboral que el finiquito es la manifestación externa de un mutuo acuerdo de las partes –que constituye causa de extinción de la relación laboral, según el artículo 49.1ª ET–; es decir, expresión de un consentimiento, que, en principio, debe presumirse libre y conscientemente emitido y manifestado –por lo tanto sin vicios que lo invaliden– y recaído sobre la cosa y causa, que han de constituir el contrato, según quiere el artículo 1262 del Código Civil. Y por ello, para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato, debería incorporar una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre la extinción, o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario.

### B) Nulidad del contrato de trabajo

La **STSJ de Aragón de 8 de enero de 2008,** I.L. J 508, recordando la doctrina del Tribunal Constitucional, afirma que la voluntad individual de los trabajadores, manifestada por la aceptación de una oferta voluntaria de la empresa, no puede modificar lo apartado en

un convenio colectivo, pues lo contrario supondría una quiebra del sistema de negociación colectiva. La cuestión debatida versaba sobre la licitud y nulidad de una cláusula tipo incluida en todos los contratos de trabajo de duración determinada, de relevo y por tiempo indefinido, concertados por la empresa General Motors España, SL desde octubre de 2004, que obliga al trabajador a realizar las horas extraordinarias requeridas hasta el máximo legal. Señala la sentencia que el ET efectúa una pluralidad de llamadas indistintas a la autonomía colectiva o individual en la regulación de la relación laboral entre ellas la referida a la realización de las horas extraordinarias. La resolución indica que el artículo 35.4 ET establece la voluntariedad de la prestación de trabajo en horas extraordinarias, salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato de trabajo. Esta norma legal, a diferencia de otras de las citadas, no establece un mínimo legal que puede ser mejorado por convenio colectivo o contrato de trabajo. Por ejemplo, señala la sentencia comentada que el citado artículo 38.1 ET establece, en esencia, que las vacaciones anuales retribuidas tendrán una duración mínima de treinta días anuales pero que este mínimo legal podrá ser mejorado por la autonomía colectiva o individual. En cambio, el artículo 35.4 ET dispone con carácter general la voluntariedad de las horas extraordinarias, pero esta norma más favorable para los trabajadores puede dejarse sin efecto por la autonomía colectiva o individual, tratándose de una norma dispositiva.

La Sala, coincidiendo con el Juzgado de Instancia, entiende que los contratos de trabajo "en masa" suponen la incorporación particular de la jornada de trabajo distinta de la prevista en el convenio colectivo, con pretensiones de alcance general. Por ello se desestima el recurso y se confirma la sentencia de instancia declarando nula la cláusula contractual que obliga a realizar las horas extraordinarias requeridas por la empresa hasta el máximo legal.

### C) Vicios del consentimiento. Baja voluntaria

El problema que se debate en la **STS de 13 de mayo de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 533, es el relativo a la determinación de si han existido vicios en el consentimiento de la actora al formular baja voluntaria en la empresa. La empresa alega que se habían utilizado más vales de descuentos que los correspondientes a las compras realizadas con su tarjeta, y que ello suponía una infracción muy grave, comunicándole que la despedían de forma disciplinaria, salvo que firmase en ese instante una baja voluntaria. Cuando objetó que con dicha firma se quedaba sin prestaciones por desempleo, le dijeron que lo arreglarían para que pudiera recibirlas. Se recoge también la retractación de la actora que no fue aceptada. La sentencia de instancia que había calificado el despido como improcedente fue revocada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia y, estimando el recurso de la empresa, declaró que el cese se había producido por una decisión voluntaria no viciada por error, dolo, violencia o intimidación.

La sentencia, tras reconocer la existencia de contradicción entre la recurrida y la de contraste, entra en el examen de la denuncia de la infracción del artículo 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 1264 a 1269 del Código Civil. Más concretamente analiza la doctrina sobre la intimidación señalando que el hecho de que

se pusiera en conocimiento del demandante la existencia de unos hechos graves, que podrían comportar una serie de consecuencias legales, laborales y penales, dándole la oportunidad de optar por el cese para evitar la adopción de las correspondientes medidas, no significa en absoluto que se ejerciese con ello coacción alguna sobre él por parte de la empleadora, puesto que para que la conducta pueda calificarse de amenaza, es preciso que ésta revista un matiz antijurídico o ilícito. Y no hay tal cuando lo que se hace es anunciar el posible ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, como es el relativo a un posible despido disciplinario y la interposición de una denuncia o querella llegando a la conclusión de que fue la intención de evitar estas medidas lo que determinó la dimisión, obviando así posibles consecuencias adversas.

Aplicando esta doctrina al supuesto examinado no puede apreciarse, señala la Sala, que el consentimiento de la actora estuviese viciado por intimidación al faltar el elemento activo de la amenaza. El ordenamiento laboral español no impide que pueda suscribirse una baja voluntaria en el mismo momento en el que le son puestos de manifiesto al trabajador los hechos que podrían determinar su despido disciplinario. Al no suscitarse a través de la correspondiente denuncia la cuestión de la posible ilicitud del pacto por el cual arreglarían que la actora pudiese percibir las prestaciones de desempleo, la Sala no entra en este problema al entender que se trata de una cuestión distinta que no entra en el ámbito de la contradicción.

## 3. NORMA MÁS FAVORABLE

### A) Derecho a libranza después de la guardia de los MIR

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 7 de febrero de 2008,** I.L. J 210, desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social por la que se estimaba la demanda interpuesta por un médico interno residente contra el Servicio de Salud de Castilla y León, en reclamación de cantidad por indemnización por días de descanso no disfrutados tras la realización de la guardia. La sentencia de la Sala del TSJ, siguiendo doctrina del Tribunal Supremo, en concreto, instaurada en la Sentencia de 8 de junio de 2001, aplica como norma más favorable el Estatuto de los Trabajadores frente a la Directiva Comunitaria sobre tiempo de trabajo que posteriormente fue traspuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Esta normativa, primero comunitaria y luego estatal, no puede suponer en ningún caso una norma obligatoria en contra de los intereses del trabajador y ello porque la propia Directiva establece que su aplicación se entenderá sin perjuicio de la facultad de los estados miembros de establecer normas más favorables. En consecuencia, y por aplicación del artículo 34.3 ET, la entidad recurrente ha incumplido el derecho del actor al descanso de 12 horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente.

Se plantea, señala la sentencia, una cuestión de resarcimiento cuya cuantificación económica ha de realizarse según el criterio y, a título de incumplimiento contractual, en la

forma prevista en el artículo 1101 del Código Civil, comprendiendo dicha indemnización los servicios a los que se le obligó al trabajador a cubrir, contraviniendo una norma rectora de la reglamentación del contrato y de rango superior e imperativo que las partes no pueden desconocer.

**B) Aplicación de la legislación nacional**

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 31 de marzo,** I.L. J 513, resuelve sobre la nulidad de un despido que afectaba a la totalidad de los trabajadores del centro y que debió tramitarse vía despido colectivo. La sentencia de instancia declaró nulo el despido rechazando una posible existencia de sucesión patronal con una nueva empresa que había ocupado locales de la inicial. Señalarse que el sustrato fáctico del litigio es la pérdida de la concesión de uno de los locales comerciales de un aeropuerto que AENA adjudicó a la empresa codemandada. Ante el recurso de suplicación formulado por la empresa y los trabajadores la Sala estima parcialmente el recurso declarando el despido improcedente. Entre otros argumentos la Sala rechaza el recurso de los trabajadores demandantes entendiendo que no existe sucesión patronal precisamente en base a la inexistencia de transmisión de empresa resultando improcedente la aplicación de la doctrina del TJC.

Por otro lado, la Sala aborda el recurso patronal rechazando el motivo articulado y que se basaba en la Directiva Comunitaria 98/59 que dispone los umbrales para la consideración del despido colectivo. La sentencia decide que la regulación nacional española establecida en el artículo 51 ET es más favorable a los trabajadores y por lo tanto es de preferente aplicación. Añade que la naturaleza jurídica de la Directiva impide además su aplicación directa salvo que el Estado destinatario no haya adaptado su normativa interna al contenido de la Directiva lo que no es el caso de España por lo que los umbrales son los que establece el precitado artículo estatutario.

## 4. PRINCIPIO DE NORMA MÍNIMA

Sobre el principio de aplicación de norma mínima la **STS de 12 de mayo de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 469, resuelve en recurso de casación ordinario y Proceso Especial de Impugnación de Convenios Colectivos el conflicto planteado por la Asociación Sindical Española de Técnicos de Mantenimiento de Aeronaves que pretendía la declaración de nulidad, por ilegalidad, de varios preceptos del Convenio Colectivo de la empresa "Islas Airways, SA". La Sala del Tribunal Superior de Justicia había estimado parcialmente la demanda declarando únicamente la nulidad del artículo 35 de la norma convencional referida al plus de realización de funciones de categoría superior. La sentencia anticipa que el objeto del proceso consiste directa y específicamente en resolver sobre si el precepto convencional es o no legalmente nulo por vulnerar lo dispuesto en el artículo 39.4 ET sobre los períodos de desempeño de funciones de categoría superior computables para obtener un ascenso. El conflicto surge en cuanto el artículo del Convenio no recoge que el período superior a 6 meses a que hace referencia la norma estatutaria esté comprendido dentro de 1 año o que el período de 8 meses se comprenda dentro de 2 años. La Sala entiende que el artículo 39.4 estatutario no fija una regulación mínima a la que

necesariamente hayan de ajustarse los objetos de la relación laboral y que no puede ser desconocida por los convenios colectivos, antes al contrario: los períodos de ejercicio de las funciones superiores a los que se refiere para poder posibilitar el ascenso, así como los límites temporales dentro de los cuales han de estar comprendidos los aludidos períodos (6 u 8 meses) los fija el Estatuto "si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo". Ello significa que en esta materia la ley da preferencia al convenio sobre lo legalmente dispuesto. Lo que sí constituye regulación legal mínima es la posibilidad de que si concurre el aludido tiempo de desempeño de las funciones superiores pueda el interesado pedir en todo caso la cobertura de la vacante. En definitiva, el Tribunal Supremo entiende, al no existir la infracción del citado precepto estatutario, que procede estimar el recurso.

## 5. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA. ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN SALARIAL

Son constantes y numerosos los pronunciamientos judiciales afectantes al principio de condición más beneficiosa. Este principio de aplicación se traduce en el respeto a las condiciones individualmente reconocidas a los trabajadores frente a la aplicación de la norma legal o convencional de referencia. La cuestión que se aborda en la **STS de 12 de mayo de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 552, es el carácter o naturaleza de un complemento de productividad que los trabajadores de la empresa demandada venían percibiendo desde hacía ya varios años y sin relación alguna con la productividad efectiva.

La cuantía de dicha paga era negociada anualmente entre la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores. La Sala se centra en discernir si estamos ante una condición de origen normativo o ante una condición contractual comprendida en el apartado c) del artículo 3.1 del Estatuto de los Trabajadores llegando a la conclusión de que dicho complemento posee una naturaleza o condición mixta ya que su establecimiento corresponde a una práctica de empresa que, en lo relativo a la cuantía del complemento, ha sido objeto de negociación anual con la representación de los trabajadores, es decir, proviene de un acto unilateral del empresario y de un acuerdo colectivo no estatutario. Sigue señalando la sentencia que al aplicarse con carácter general a todos los trabajadores es una condición colectiva y no individual pero al tener carácter contractual su relación con el nuevo convenio estatutario debe situarse en la misma posición de las garantías *ad personam* del número 1 del artículo 8 de la norma convencional y, por tanto, debe entrar en la regla de la compensación y absorción de este precepto, que es también la que con carácter general prevé el artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores. El complemento deberá mantenerse en la medida en que en cómputo global de conceptos homogéneos resulte superior a las condiciones retributivas establecidas en el nuevo convenio.

Resalta en esta sentencia la doctrina sobre el principio de condición más beneficiosa al señalar que dicha expresión en el ámbito laboral se utiliza en dos sentidos. Por una parte, en sentido vertical para designar con ella las mejoras que en las condiciones de trabajo o empleo se introduce por las partes del contrato de trabajo o por una decisión unilateral

del empresario, sobre la regulación de esas condiciones contenida en la norma estatal o convencional, planteándose entonces el problema de en qué medida esa conducta expresa realmente el reconocimiento del beneficio a efectos de su incorporación al vínculo contractual y el segundo uso del término en sentido horizontal dentro del marco de la sucesión normativa, como una condición que con ese carácter de más beneficiosa puede subsistir frente a otra, más restrictiva, que le sucede en el tiempo. Ha de probarse, en fin, la voluntad empresarial de atribuir a los trabajadores una ventaja o beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo. Incorporación al nexo contractual del beneficio de manera que impide extraerlo por decisión unilateral del empresario, manteniéndose en definitiva el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas.

El artículo 26.5 ET establece la operatividad de la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados en su conjunto y cómputo anual sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia, teniendo declarado la jurisprudencia que la compensación y absorción siempre ha tenido como objeto evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras del mismo, de manera que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional queda neutralizado por cualquier otro incremento con origen en una fuente distinta. Para ello se exige que los conceptos salariales entre los que se plantea la operación sean homogéneos, impidiéndose la compensación y absorción cuando tales conceptos salariales no sean absorbibles por su propia naturaleza o por disposición expresa de la norma legal o convencional. Son precisamente estos argumentos los que se articulan en la **STSJ de Cantabria de 3 de marzo de 2008,** I.L. J 314, para estimar el recurso de la empresa demandada por estimación, a su vez, de pago y compensación y absorción por percibir, los demandantes, unos salarios de cuantía mayor a los establecidos en el convenio colectivo de aplicación. La cuestión suscitada versa tanto sobre las diferencias del salario convenio correspondientes a los años 2002 a 2006 como a las aportaciones a los planes de pensiones para completar futuras prestaciones de jubilación. La sentencia de instancia estimó íntegramente la demanda y, recurrida aquélla en suplicación, la Sala estima íntegramente el recurso formulado por la empresa en base precisamente a que los trabajadores han recibido en cómputo global retribuciones salariales más beneficiosas que las establecidas en el convenio colectivo, por lo que no procede la aplicación del mecanismo compensador de la absorción y compensación.

## 6. DOCTRINA JUDICIAL. TEORÍA GRADUALISTA

La **STSJ de Extremadura de 21 de febrero de 2008,** I.L. J 217, aplica la doctrina judicial gradualista o de proporcionalidad, acudiendo a la establecida por el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 2 de abril de 1992. La sentencia de instancia declaró procedentes las decisiones de despido adoptadas por la empresa demandada con causa en la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza que tipifica el artículo 54 ET. Frente a dicha decisión se alzan los trabajadores vencidos articulando diversos motivos de suplicación, solicitando revisiones fácticas y jurídicas. La Sala del Tribunal Superior

establece, invocando la referida doctrina gradualista, que las infracciones que tipifica el artículo 54.2 ET para erigirse en causa que justifique sanción de despido, han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficientes, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario, un análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias concretas del autor, pues sólo desde esta perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción, ya que tales infracciones, las que tipifica el mencionado artículo 54.2, si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan, abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente. En el supuesto examinado en la sentencia resulta que los hechos acreditados como integrantes de la sanción de despido son insuficientes para constituir la grave sanción y no consta probado, como se imputa en la carta de despido, que se hayan falseado datos en los informes elaborados por los trabajadores. Por ello debe aplicarse la doctrina gradualista individualizando el examen de la conducta de cada uno de ellos para aplicar la sanción de una forma proporcional y adecuada al hecho. En consecuencia, los despidos son calificados como improcedentes por la Sala, procediendo la estimación del recurso.

## 7. FRAUDE DE LEY. CONTRATACIÓN TEMPORAL Y PENSIÓN DE JUBILACIÓN

La cuestión planteada en la **STS de 14 de mayo de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 377, hace referencia a un trabajador de Telefónica España, SA, que causa baja voluntaria en virtud de acuerdo de prejubilación suscribiendo diversos contratos de duración temporal tras largo período de inactividad posterior a su cese voluntario. Tras los contratos temporales el demandante se inscribió como demandante de empleo y solicitó pensión de jubilación poco tiempo después. La sentencia de instancia desestimó la demanda sobre importe de pensión de jubilación, determinado por la consideración, voluntaria o no imputable, que había de darse al cese del trabajador. La Sala del Tribunal Superior de Justicia confirmó dicha sentencia y el Tribunal Supremo, en base a los argumentos que a continuación se exponen, casa y anula la sentencia recurrida entendiendo que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste.

En efecto, la doctrina de la Sala, contenida en la sentencia de contraste, es constante al afirmar que el fraude de ley no se presume y que ha de ser acreditado por el que lo invoca, al igual que el abuso del derecho sólo se puede declarar si existen indicios suficientes, el trabajador no tiene por tanto que justificar las razones que le llevaron a abandonar voluntariamente su primer trabajo y no cabe presumir la existencia de fraude de ley por el mero hecho de abandono voluntario de relación indefinida para posterior contratación en régimen de corta temporalidad. Ahora bien, la Sala también afirma que naturalmente esta opinión no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones del artículo 1253 del Código Civil.

Llegados a este punto de la necesaria acreditación del fraude, la cuestión fundamental es demostrar la posible existencia de *animus fraudandi*. La jurisprudencia caracteriza esta figura como "toda actividad tendente a inutilizar la finalidad práctica de una ley material, mediante la utilización de otra que sirve de cobertura para ello, llegándose al extremo de manifestar que el fraude de ley exige una serie de actos que, pese a su apariencia legal, violan el contenido ético de un precepto legal". En relación a esta construcción doctrinal en materia de fraude de ley, la Sala oscila entre las teorías objetiva y subjetiva aunque mayoritariamente se inclina por afirmar que el elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de violar la norma, pues en la concepción de nuestro Derecho, el fraude es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención. Tal y como lo define el artículo 6.4 del Código Civil es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción de una norma o con una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito negocial. Cuando el significado y manejo de las normas legales juega de forma decisiva, no sólo pueden sino que deben unificarse los criterios divergentes utilizados por las Salas de suplicación y en este caso se trata de las reglas sobre carga de la prueba y sobre presunciones.

En definitiva, señala la sentencia, la doctrina ajustada Derecho es aquella que entiende que los derechos y obligaciones del prejubilado como demandante de empleo y perceptor prestacional son los mismos que los de cualquier otro trabajador desempleado.

Olga Estrada Alonso

## 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, benévolos o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo. G) Trabajos de colaboración social. **4. Zonas grises.** *A) Transportistas. B) Personal contratado en Administraciones Públicas.* C) Autónomos. D) Profesiones liberales. E) Socios empleados. F) Arrendatarios y aparceros. G) Toreros. H) Religiosos. I) Trabajadores extranjeros. *J) Otros.* **5. Noción de trabajador en el sistema de Seguridad Social.** A) Trabajador por cuenta ajena. a) Familiares. b) Extranjeros. B) Inclusiones por asimilación. a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas. b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares. c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado. d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local. e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesiásticas. f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales. g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones. a) Servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad. b) Servicios que 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 Asturias de 8 de febrero de 2008** (recurso de suplicación 3614/200), I.L. J 197.

1. El año 1997, la demandante Virtudes comenzó a prestar servicios en el despacho de abogados A, con naturaleza de comunidad de bienes, primero como pasante y a partir de 1998 como abogada, fecha en que la actora se incorpora como letrado ejerciente en el Ilustre Colegio de Abogados de la ciudad y se da de alta en la Mutualidad General de la Abogacía, sin firmar contrato escrito alguno. Para la realización de su trabajo la actora tenía un despacho independiente en el que contaba con ordenador, impresora, etc., sin abonar cantidad alguna por ello, ni por concepto de gastos generales, utilizando además el papel con el anagrama del despacho. Disponía de dirección de correo electrónico propia, asociada a la cuenta principal del despacho, figurando su nombre en la placa que, a pie de calle, anunciaba la existencia del bufete y el nombre de sus miembros. Nombre que también constaba en la publicidad del bufete insertado en una revista, incluso con fotografía.

La actora realizaba las funciones propias de la profesión de abogado (asesoramiento legal, redacción de demandas, preparación y asistencia a juicios, preparación de recursos y demás escritos a presentar en los Juzgados...), bajo las directrices e instrucciones de los comuneros, percibiendo de éstos una cantidad fija trimestral, incluido el mes de vacaciones que se le abonaba en metálico a cambio de una factura profesional que se gravaba con el IVA y que se emitía con carácter trimestral. Las vacaciones se disfrutaban en agosto, como todo el personal, puesto que se cerraban sus dependencias. Asimismo, la actora cumplía el horario diario común de mañana y tarde, pero no fue dada de alta en el sistema de Seguridad Social. Por cierto, se daba el caso de que la actora compatibilizaba el trabajo en el bufete A con la realización de ciertos trabajos para otro bufete, con el consentimiento de los comuneros, aparte de lo cual atendía intermitentemente a clientes particulares y atendía al turno de oficio.

A finales del año 2004, el bufete se fusionó con la empresa de la letrada Ana formando la sociedad BMª Rodríguez Fernández dedicada al asesoramiento jurídico, integrándose las carteras de clientes de los fusionados. Las condiciones de la actora no se modificaron por ello sustancialmente, aunque la retribución pasa a ser mensual, incluido el mes de vacaciones, que se le abonaba en metálico al principio y a partir de febrero de 2005 por transferencia, siendo el importe de 1.515 euros mensuales desde julio de 2005, a cambio de una factura profesional que se gravaba con el IVA.

Regulada la relación especial de los abogados que prestasen servicios en bufetes de abogados, por el Real Decreto 1331/2006, la actora y la sociedad B hablaron de la nueva

situación sin llegar a un acuerdo. Pero en el mes de junio de 2006, la sociedad comunicó a la actora que "por reestructuración económica del despacho de abogados, se ven en la necesidad de rescindir el arrendamiento de servicios que mantenían con Vd.". Frente a esta comunicación la actora reclamó por despido y en trámite de conciliación se llegó al acuerdo de su reincorporación a la sociedad, lo que tuvo lugar en un mal ambiente de trabajo. Además, se le retiraron las llaves y se suprimió su nombre de la placa exterior.

En el mes de agosto de 2006 el médico de cabecera de la actora extendió parte de baja, por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes con el diagnóstico de ansiedad. Y el día 23 de agosto de 2006 hizo entrega a la empresa del citado parte de baja que trasladado a la sociedad B dio lugar a la contestación siguiente: "por medio de la presente acusamos recibo del parte de baja médica presentado en el día de la fecha, respecto del cual ponemos en su conocimiento que con esta misma fecha cursamos comunicación al INSS y al Servicio de Inspección Médica, notificándoles que usted no es trabajadora por cuenta ajena de esta empresa, manteniendo con la misma una relación mercantil. Se le comunica a los efectos procedentes a fin de que notifique, si a su derecho interesa, al organismo que corresponda en el que usted se encuentra dada de alta, bien la Mutualidad General de la Abogacía, bien al INSS, si está usted en alta en el RETA, la situación de baja médica de la que nos ha dado traslado. Igualmente, aprovechamos la ocasión para comunicarle que se encuentra a su disposición en la sede de este despacho desde el pasado 31 de julio, talón nominativo a su favor, correspondiente a los servicios prestados durante el pasado mes, a la espera de que nos haga llegar la pertinente factura".

Ese mismo día, la sociedad B comunicó al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Inspección Médica de Avilés que la relación que les une con la actora es mercantil y no laboral. Días después, la actora comunicó a la empresa, por burofax, el informe clínico de su médico de cabecera del siguiente tenor: "doña Virtudes, está diagnosticada de Reacción de Adaptación como respuesta a problemas laborales. Pendiente de seguimiento psicoterapéutico en Centro de Salud Mental II de Avilés el día 7 de septiembre de 2006. Hasta entonces deberá evitar actividad laboral". En fecha 7 de septiembre de 2006, fue expedido nuevo informe clínico por su médico de cabecera, con el siguiente contenido: "doña Virtudes está diagnosticada de Reacción de Adaptación como respuesta a problemas laborales. Sigue tratamiento y controles en centro de salud mental. Hasta entonces deberá evitar actividad laboral". En fecha 11 de septiembre de 2006, la trabajadora remitió nuevo burofax a la empresa, comunicando que seguía en situación de incapacidad temporal.

En fecha 14 de septiembre de 2006, la empresa remitió a la actora por medio de burofax lo siguiente: "a medio de la presente acusamos recibo de su atento burofax, recibido el pasado día 11 de septiembre, por el cual nos hace partícipes de la imposibilidad de desarrollar su actividad profesional de abogada, por los motivos en el mismo recogidos. Tal y como viene usted ejerciendo la mencionada actividad, conforme a la relación profesional que mantiene con este despacho de abogados, con total libertad en dicho ejercicio, es por lo que, no tiene obligación alguna de comunicarnos ni mantenernos informados de estos extremos. No obstante y perjuicio de lo expuesto, creemos que ante las diferencias personales, están los deberes éticos que deben presidir las relaciones entre abogados, recogidos en nuestro común código deontológico; por lo tanto, le comunicamos que quedamos a

su entera disposición para atender cualquier compromiso profesional que usted tenga en curso, y que se pueda ver imposibilitada de atender, como por ejemplo la guardia del turno de oficio del próximo fin de semana. Si resulta de su interés nuestro ofrecimiento, le rogamos nos indique con la debida antelación, las fechas y/o gestiones que debamos hacer en su nombre, ante los Tribunales de Justicia. Igualmente, rogamos nos indique, ante su ausencia, qué hacemos con la documentación que se recibe en esta dirección referente a asuntos y expediente de sus clientes, y qué información ofrecemos a los mismos, procuradores, otros compañeros, etc., que preguntan por usted (...)"

En fecha 13 de noviembre de 2006, la actora remitió a la empresa burofax, comunicando que había dado a luz en fecha 8 de noviembre de 2006 y que pasaba a disfrutar la pertinente baja por maternidad. En fecha 23 de febrero de 2007 la actora comunicó a la empresa, por medio de burofax, que el día 27 de febrero de 2007 concluía su baja por maternidad y que, al amparo del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el convenio aplicable a su relación laboral, pasaba a la situación de excedencia por cuidado de hijo, por el tiempo de un año, a partir del 28 de febrero de 2007 y hasta el 28 de febrero de 2008, con reserva del puesto de trabajo. En fecha 28 de febrero de 2007, fue remitido por la empresa burofax de la misma fecha por el que se le comunicaba lo siguiente: "por la presente acusamos recibo de su burofax, de fecha 23 de febrero del año en curso, en el que nos comunica la finalización de su baja por maternidad el próximo día 27, y su intención de disfrutar del derecho a la excedencia por cuidado de hijo, durante un año, a partir del 28 de los corrientes con reserva al puesto de trabajo, en base al Estatuto de los Trabajadores y el Convenio de Oficinas y Despachos. Tal y como se le indicó reiteradamente en anteriores comunicaciones, conforme a la relación profesional que mantiene con el despacho, con total libertad en el ejercicio profesional, se insiste en que no tiene obligación alguna de comunicarnos su intención de disfrutar de unos derechos basados en una normativa laboral, que no es aplicable a la relación que mantiene con este despacho. No obstante, le agradecemos la comunicación de la finalización de su baja por maternidad, e interpretamos, salvo que nos indique lo contrario, que es su intención no seguir colaborando con este despacho, al menos durante el indicado período".

El 31 de julio de 2006 la actora formuló denuncia ante la Inspección de Trabajo al objeto de que las demandadas le dieran de alta en la Seguridad Social desde el año 1997, lo que dio lugar al levantamiento de actas de infracción y liquidación. Además, la actora volvió a reclamar por despido ante el Juzgado de lo Social.

2. La Sentencia de instancia estimó relación laboral pero también falta de acción (inexistencia de despido), recurriendo la sentencia en suplicación ambas partes, la sociedad B contra la declaración de relación laboral y la actora contra la desestimación del despido y de sus consecuencias.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias abordando prioritariamente la cuestión competencial, en atención al orden público procesal, entiende inadmisible, ante todo, que la sociedad B recurrente pretenda mantener la existencia de una

figura jurídica contractual intermedia entre el contrato de arrendamiento de servicios y el de trabajo, desatendiendo también la interpretación de la parte sobre ajenidad, razonando contrariamente que "los hechos probados son contundentes, ya que de una inicial posición de pasantía se deriva a otra de servicios retribuidos de forma periódica, y, si durante un tiempo se vulneró el Estatuto de los Trabajadores por no hacerlo mensualmente, ello no desnaturaliza el carácter de la relación, sólo hablaría de un incumplimiento más. Desde luego, es un contrasentido lo de la iguala, argumento en el que se insiste una y otra vez, pues cabe entre empresas necesitadas de asesoramiento jurídico y un abogado (relación que, caso de cubrir los correspondientes presupuestos, puede calificarse de laboral). Pero otra cosa es que una empresa cuyo objeto y función es el asesoramiento jurídico, emplee a una persona física que, a su servicio, presta la misma actividad para que sea objeto de oferta frente al tercero cliente por una retribución fija, que no tiene relación con los honorarios profesionales que gira aquélla". Pasando a analizar otro de los argumentos de la recurrente, añade la Sala que "(…) sobre la liquidación del IVA y pagos fraccionados como un acto propio de aceptación del carácter mercantil de la relación olvida que una antigua y reiterada doctrina jurisprudencial viene sosteniendo (muy especialmente en Derecho del Trabajo) que los contratos tienen su propia naturaleza, independientemente de la denominación y proyección inadecuada que las partes atribuyan al que suscriban, y tal naturaleza procede deducirla tanto de su motivación inicial como de los actos de su sucesivo desarrollo y cumplimiento (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1987 y 6 de junio de 1987, entre otras muchas, así como la del antiguo Tribunal Central de Trabajo, de 13 de junio de 1984). La citada doctrina añade que los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su contenido y no puede depender de la denominación que le den las partes, pues, aunque se califique de civil o mercantil, si reúne las notas o presupuestos de laboralidad, será ésta su naturaleza. Tampoco puede depender de cláusulas determinadas que contradicen el resto del contrato o la realidad concreta, o de la existencia de datos como la afiliación a la Seguridad Social, que resulta intrascendente si otra cosa se obtiene de las funciones reales. Es el caso de afiliación autónomos cuando en realidad se trata de relación por cuenta ajena (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1987, entre otras)".

Sobre el concepto de ajenidad argumenta la Sala que "(…) se trata de un presupuesto mayoritariamente considerado por la doctrina como esencial en la delimitación de la relación laboral, si bien se dividen las diversas construcciones doctrinales a la hora de analizar los elementos que lo constituyen, hablándose de ajenidad en los riesgos, en los frutos en la utilidad patrimonial o en la titularidad de la organización. Legalmente se formula ya en la Ley de accidentes de 1990, y la Ley Reguladora del Contrato de Trabajo de 1931, en su artículo 23, lo recogía en los siguientes términos: "el producto del trabajo contratado pertenecerá al patrono, a quien el trabajador transferirá todos sus derechos sobre aquél, por el mismo hecho del contrato. Desde entonces la nota de ajenidad se recoge por la jurisprudencia y la doctrina, ya como nota necesaria no exclusiva y en estrecha interrelación con la dependencia, ya como predominante y comprensiva de la misma (así se considera en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 25 de febrero de 1984). Dicha nota en la jurisprudencia se perfila principalmente sobre la ajenidad en los riesgos, que se especifica incluso con afirmaciones sobre el riesgo y ventura de la operación, que no supone el simple hecho de no cobrar si la misma no llega a perfeccionarse, sino el de participar en la pérdida (STS de 6 de mayo de 1966 y antigua STCT de 19 de noviembre de 1985)". Concluyendo que "(…) este

presupuesto concurre en quien presta su servicio profesional a otro por precio cierto, no dependiente del resultado de las intervenciones, del número o calidad de las mismas, ni de la cuantía o éxito final de los honorarios que la empresa-despacho obtenga por su trabajo. A ello no se opone que la actora prestase idénticos servicios para otro despacho o incluso alguno por cuenta propia, pues se trataría de compatibilidad tolerada por la empresa".

Considera también la Sala que la remuneración es un presupuesto consecuencia de la ajenidad "(…) en ocasiones surge, al manejar este presupuesto, una aparente tautología: es relación laboral porque se percibe salario o hay derecho al salario porque es relación laboral. La conclusión es que dicha relación se puede probar por otros medios, pues de lo contrario se estaría convirtiendo una cuestión de derecho (si se debe o no el salario) en una cuestión de hecho (si se paga o no). Así pues la remuneración no es más que una consecuencia del carácter sinalagmático del contrato de trabajo y, a su vez, de la nota ajenidad, entendiendo que ésta significa tanto recibir la transmisión de frutos o resultados de antemano (en nuestro caso el derecho a cobrar los honorarios de los clientes atendidos), como la contrapartida o precio de tal cesión (sueldo fijo con independencia de los resultados o monto del trabajo)".

Acerca de la dependencia, se recuerda que "(…) la evolución legal y jurisprudencial de la nota de dependencia va desde unos estrictos términos del concepto que la relaciona con dependencia económica, técnica, sujeción a horario, prestación de servicios a una sola empresa (SSTS de 19 de abril de 1972 y 31 de diciembre de 1959), hasta aceptar la existencia de contrato de trabajo aunque no se esté sometido a jornada determinada y se mantengan relaciones con varias empresas, llegando a consolidarse una jurisprudencia, facilitada por la Ley de 21 de julio de 1962, que añadió el conocido segundo párrafo del artículo 6 de la Ley de Contrato de Trabajo, que 'ni identifica la dependencia con la vigilancia en la ejecución del servicio' ni requiere una ingerencia patronal absoluta en el modo de llevar a término el servicio (SSTS de 16 de febrero de 1964, 2 de junio de 1965, 20 de noviembre de 1971 y 26 de febrero de 1986, entre otras). Esta evolución se recoge en la expresión que utiliza el artículo 1.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (…) dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona".

Se cierra el argumento aludiendo a la interrelación de dependencia y ajenidad "(…) hasta el punto de ser la primera una consecuencia de la segunda, verdadero presupuesto básico del contrato de trabajo en el sistema económico que plasma la Constitución, pues, desde el momento en que, a cambio de un salario, el trabajador pone a disposición del empresario una actividad, el cómo, dónde y cuándo ha de desenvolverse esa actividad, lo decide y dispone el mismo, como titular de los resultados pretendidos. La intervención ordenadora y directora va a ser graduable según el tipo de actividad y control necesarios para que el trabajo produzca los resultados perseguidos". Lo que determina la existencia de relación laboral inequívoca entre las partes, lo que no se perjudica por el hecho de que la relación laboral especial de los abogados haya establecido una especie de amnistía en materia de seguridad social, pues tal efecto es independiente de la calificación jurídica del contrato efectivamente suscrito.

Acerca de las alegaciones de la parte actora, sobre la existencia de un despido, la Sala lo acepta a efectos dialécticos pero sin embargo considera prescrita la acción porque "(...) cuando en agosto de 2006 la trabajadora presenta el parte de baja, la empresa no sólo le expresa su voluntad de no reconocerle la relación, sino que (y así se lo hace saber) comunica a la Entidad Gestora y a la Inspección Médica que no es trabajadora por cuenta suya. Observemos aquí que ese hecho es lo mismo que comunicarle a un trabajador la baja en la Seguridad Social por expresa voluntad del empresario. Pero es más, si en esa comunicación se le dice que tiene a su disposición desde el 31 de julio el talón correspondiente a los servicios prestados durante el pasado mes, tal retribución no vuelve a reconocerse ni a efectuarse en los siguientes, constando comunicaciones, como la de 14 de septiembre, en los mismos términos, pero sin reconocerle ya retribución alguna. En el momento en el que coincide esa expresa manifestación de voluntad de no reconocer la relación, de comunicar expresamente a la Entidad Gestora que no la dará de alta, porque no es trabajadora suya, y a ello añade dejar de pagarle, las prestaciones correspondientes han cesado en su totalidad, con lo que no es posible permitir ese mantener el estado de cosas, haciendo oídos sordos a la voluntad expresa y a los hechos, para esperar otro momento posterior en el que, a su voluntad o interés, pueda la actora revivir una relación cuya ruptura se le expresó antes". Acogiendo argumentos de la sentencia recurrida, expresa la Sala que "(...) en febrero de 2007 no se produce nada nuevo, salvo esa frase en la que tanto insiste la actora de que 'interpretamos, salvo que nos indique lo contrario, que es su intención no seguir colaborando con este despacho', saltándose el inciso final, que dice 'al menos durante el indicado período'. No cabe ninguna duda de que ello es la continuación de una posición clara de aceptar una relación y no otra, que expresamente se negó meses antes y que, congruente con ello, se ratificó en actos que cesaron toda prestación que pudiera mantenerse como contenido de un contrato de trabajo". Lo que le lleva a acoger la excepción de caducidad de la acción, que debió ser la estimada en la Sentencia de instancia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

3. La sentencia tiene, sin duda, un gran interés, sobre todo para ser utilizada como caso práctico, pues es una historia que engancha y, a la vez, para bien o para mal, se repite con cierta frecuencia con alguna alteración de los matices. Permaneciendo inalterados los hechos probados, es difícil negar la existencia de una relación laboral, aunque sorprende el tratamiento que la sentencia realiza de los presupuestos sustantivos, dejándolos prácticamente en uno solo, el de la ajenidad, al considerar que el de la remunerabilidad y dependencia son consecuencias ineludibles del primero, lo que siendo admisible en el caso de la remunerabilidad no lo es en absoluto en el caso de la dependencia, a la vista de la existencia de relaciones laborales por cuenta ajena e independientes y de relaciones laborales dependientes y por cuenta propia, sobre todo tras la regulación por ley del denominado "trabajo autónomo económicamente dependiente". Pero la doctrina de la Sala tiene en todo caso interés y se sale del trillado modo de afrontar los presupuestos por los tribunales.

También ofrece mucho interés la sentencia por lo que toca a la actuación de las partes, excesivamente despreocupada, en la falsa creencia una y otra de que los actos de parte (cartas y contrarrespuestas interminables) pueden prevalecer sobre las regulaciones legales, incluso en los casos, como el de autos, en los que las acciones quedan sujetas a la inexorabilidad de la caducidad. Llama por tanto la atención la escasa percepción de las partes en conflicto

sobre ese extremo, e incluso de la actora, fiada de datos accesorios en los que nunca debió confiar, y que determinan a la postre su desprotección jurídica.

**c) Actividad dependiente**

– **STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2008** (recurso de suplicación 557/2007), I.L. J 153.

1. La actividad de la actora consistía en captar clientes que desearan diseñar su página web, pasándolos a la entidad demandada, proporcionando los datos del cliente y sus necesidades, apareciendo la actora como "Distribuidor". Siempre ha trabajado desde su domicilio, utilizando sus propios instrumentos de trabajo, y acudía muy esporádicamente a la sede de la SL, sin estar sometida a un horario de trabajo. La entidad demandada indicaba a la actora instrucciones sobre las características de las páginas web que podía proporcionar y los precios. Dispone de una dirección de correo electrónico dentro del dominio de la mercantil demandada. Realiza otras actividades por cuenta propia, utilizando el nombre de ISU, con el que creó una guía sobre Ibiza en Internet, habiendo contratado como Administradora de ISU los servicios de Instantweb, SL. Percibía comisiones en función de las páginas web vendidas, que en el año 2005 se estableció en 50 euros por página, más 25 euros por cada alta.

2. Dado que en la instancia se alegó la incompetencia de la jurisdicción laboral, que ha sido apreciada en la sentencia, al ser cuestión que afecta al orden público procesal, puede ser examinada por la Sala con libertad de criterio, sin sujetarse a los presupuestos y concretos motivos del recurso y con amplitud en el examen de toda la prueba practicada para decidir fundadamente y con sujeción a derecho sobre una cuestión cuya especial naturaleza la sustrae al poder dispositivo de las partes (SSTS de 23 de octubre de 1989, 31 de julio de 1990 y 16 de febrero de 1998). Con cita de las SSTS de 29 de diciembre de 1999 y de 17 de abril de 2000, se expresa que la dependencia –entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida ni intensa, a la esfera organicista y rectora de la empresa– junto a la ajenidad, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato, y que el requisito de dependencia no concurre cuando el contratado actúa con plena autonomía. Y que la delimitación del ámbito de la relación laboral especial prevista por el artículo 2.1.f) del ET y el Real Decreto 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 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) del Estatuto de los Trabajadores 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 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 y concluir actos u operaciones de comercio, desplie-

ga 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 ésta, 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. Como la actora llevó a cabo una actividad consistente en captar clientes que deseaban diseñar su página web pasándolos a la entidad demandada a quien proporcionaba los datos del cliente y sus necesidades, siempre ha trabajado desde su domicilio, utilizando sus propios instrumentos de trabajo y acudía muy esporádicamente a la sede de la empresa, sin estar sometida a un horario de trabajo, si bien la empresa le daba instrucciones sobre las características de las páginas web que podía proporcionar y los precios y a cambio recibía comisiones en función de las páginas web vendidas, que en 2005 se establecieron en 50 euros por página, más 25 euros por cada alta, a lo que se une que realizaba otras actividades por cuenta propia y la actividad realizada para la misma fue irregular, habiendo proporcionado un cliente en 2005 y ninguno en 2006, se concluye que todo ello lleva a excluir la existencia de la nota de dependencia en la relación mantenida por las partes. Salvo las instrucciones recibidas sobre las características de las páginas web que podía ofrecer y los precios, la actora disponía de una amplia libertad para organizar su trabajo del modo que tuviera por conveniente, utilizando medios propios y trabajando desde su domicilio. Podía trabajar más o menos y sólo percibía una comisión por cada cliente que proporcionaba a la empresa, sin tener garantizada ninguna contraprestación de forma regular. Luego no hubo una relación laboral entre las partes sino de carácter mercantil.

3. Reitera esta sentencia el argumento según el cual la dependencia es lo que diferencia el contrato de trabajo del de agencia, si bien, podía haberse basado más nítidamente en la falta de actividad laboral, no tanto en la merma de dirección empresarial y de tiempo dedicado al trabajo, pues el trabajo a domicilio presupone una merma de control directo en la actividad y tiempo de trabajo del empleado, no obstante lo cual, no puede perderse la referencia a la cantidad creciente del teletrabajo. Añade esta sentencia que la cuestión de la competencia jurisdiccional es una cuestión de orden público procesal, por lo que ha de ser resuelta por el órgano judicial con plena libertad de criterio sin sujetarse a los límites de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia. Se trata de una petición de principio, que debería, no sólo apoyarse en jurisprudencia, sino fundarse en Derecho por la importancia que tiene.

## 2. SUPUESTOS INCLUIDOS

### C) Relaciones laborales de carácter especial

#### a) Alta dirección

– **STSJ de Cataluña de 10 de enero de 2008** (recurso de suplicación 147/2007).

1. El demandante formalizó su relación en un contrato de trabajo por tiempo indefinido a tiempo completo concertado con Campos, SA, al amparo de la Ley 55/1999, sujeto a

un período a prueba de seis meses, e incluido en el grupo-categoría profesional G-0 del Convenio General de la Industria Química. Se pactó una retribución mensual total por los conceptos de salario base y plus convenio y en las cláusulas adicionales se pactó la percepción de una retribución anual fija de 12 millones de pesetas para el año 2002 y una retribución variable por objetivos fijándose para el año 2001 los criterios para su percepción. Se percibieron objetivos correspondientes a los años 2001 y 2002, dejando de percibirse a partir de ese año. Cotizaba a la seguridad por el Grupo 1. Se otorgaron poderes a favor del demandante para actuar en representación de la sociedad. Como superior inmediato figura el Consejero Delegado de Campos. El demandante aprobaba con su firma los documentos exigidos por el Manual de Calidad –fichas de prevención de riesgos, planes de auditorías internas, de formación–. Tenía facultades para contratar a personal y para la delegación de sus funciones. Asistía como máximo responsable a las reuniones de revisión del sistema de gestión de calidad y medio ambiente y aprobaba los distintos procedimientos. La demandada remitió al demandante carta por la que se le comunicaba la decisión de extinguir su contrato de trabajo al amparo del artículo 11.1 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de Alta Dirección y se le ofrecía una indemnización de siete días de salario por año de servicio por importe de 9.638,54 euros más un preaviso de tres meses por importe bruto de 20.654,01 euros. El actor únicamente percibió la retribución variable en ejercicio 2002.

2. Las funciones del demandante consistían en definir y llevar a la práctica la política general de la empresa y asegurar su cumplimiento, velar por la correcta organización de todos y cada uno de los departamentos, aprobar el presupuesto anual de la empresa, la contratación de personal y con posibilidad de delegación de sus funciones, habiendo llegado a presentar un ERE y puede haber ejercido o ejerce "poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa". Las decisiones del demandante eran objeto de aprobación por el señor Benito, quien acudía regularmente a la empresa a tal efecto, y quien asimismo en representación de la empresa toma las decisiones directivas relevantes a cuyas órdenes, instrucciones y coordinación está sujeta la posición del actor. La actuación del demandante se refiere a los objetivos generales de la empresa, se han ejercitado poderes inherentes a la titularidad jurídica de ésta, y existe un determinado nivel de autonomía en las decisiones que toma el demandante. Si bien se observa que una intervención continuada y exhaustiva por parte de los representantes de la sociedad, controlando intensamente al alto cargo, pudiera representar que éste pierde la autonomía necesaria para tomar las decisiones precisas para el funcionamiento de la empresa bajo su personal responsabilidad, se estima que, sin embargo, las decisiones del alto directivo están limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad. Por ello, se infiere de la STS de 18 de diciembre de 2000 que no resulta trascendente el solo hecho de que con frecuencia comparezca el representante de la persona jurídica para dar instrucciones al alto directivo, pues precisamente ello es el límite de la capacidad de decisión de aquél. Por todo se concluye que se trata de una relación laboral de personal de alta dirección, y la comunicación de cese remitida el 18 de enero de 2007 no puede recibir la calificación de despido, al ajustarse plenamente a la previsión del artículo 11.1 del Real Decreto 1382/1985.

3. El control de la medida de la actuación del PAD como un *alter ego* del empresario, y al tiempo, sujeto a las instrucciones y criterios directos del empresario, es de fino pulso y medida de difícil precisión, pero no es posible que sea trabajador con contrato especial quien tiene una dependencia común. Por ello, cuando se manifiesta una expresión de este calibre, con una pretensión de asiduo control y necesidad de autorizar todas las decisiones que, a su vez, venga en adoptar el PAD, no queda clara esa singularidad del trabajador especial. Si, en el caso concreto, las decisiones del demandante eran objeto de aprobación por un representante del empresario, quien acudía regularmente a la empresa a tal efecto, no se puede mantener, al tiempo, que el demandante fuera un *alter ego* del empresario.

**e) Artistas en espectáculos públicos**

– **STS de 15 de enero de 2008** (recurso de casación para unificación de doctrina 3643/2006), I.L. J 279.

1. La actora, Rosa, presentó demanda ante el Juzgado de lo Social porque habiendo sido contratada laboralmente en cadena, como artista-bailarina desde el 1 de junio de 1998, y durante las temporadas 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, en la temporada 2005 la empresa le comunicó de forma verbal que ya no la contratarían, lo que determinó una reclamación de despido.

Entendió el Juzgado que debía estimar la demanda y declarar el despido improcedente, lo que efectivamente hizo, pues se declaró probado que, en cada uno de los años referidos, la actora y la demandada formalizaron un contrato de trabajo de artistas profesionales al amparo del RD 1435/1985, de modo que a la finalización de cada contrato, la demandante percibía la correspondiente liquidación de partes proporcionales, siendo de consignar que los espectáculos organizados por la empresa y las actuaciones realizadas por la actora eran diversos. Antes del inicio de la temporada 2005, la empresa realizó distintas pruebas y *castings* a otros artistas, contratándose a algunos de ellos, en tanto que a Rosa sólo se le ofreció un puesto de reserva, a partir del mes de junio, oferta valorada por la actora como un despido que, tras las correspondientes reclamaciones y recurso, declaró el Juzgado y confirmó la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, estableciendo la naturaleza de la relación laboral como de fijeza discontinua.

2. Contra la citada sentencia la empresa condenada recurrió en casación para unificación de doctrina, ofreciendo como sentencia de contraste otra del propio Tribunal Supremo, contradicción admitida, entrando el Alto Tribunal en el fondo de la cuestión y resolviéndola a favor de la empresa, con anulación por tanto de los pronunciamientos anteriores de despido improcedente, ya que la relación laboral de la actora se extinguió por el transcurso del término pactado.

Razona la Sala que la interpretación coordinada de los preceptos legales y reglamentarios exige no perder de vista las reglas referidas a la propia persona del artista –que exige de una aptitud y cualificación especiales en permanente renovación–, como de la propia actividad y el marco en que se desarrolla –sometidas a constantes cambios e innovaciones–, lo que haría disfuncional la regla de la contratación con carácter fijo, siendo así que la

aceptación de la fijeza, siquiera discontinua, se justifica por la existencia de trabajos de temporada que se repiten de forma intermitente o cíclica en su identidad. La posibilidad de una actividad artística fija y discontinua sólo es admisible, por tanto, en casos excepcionales que, en cuanto tales, han de ser objeto de interpretación restrictiva. A partir de aquí, la Sala se limita a confrontar sus conclusiones jurídicas con los hechos probados, reconfirmando definitivamente la aplicación de las normas del trabajo fijo discontinuo. Pues en el área de esta relación laboral de carácter especial de los artistas la regla general es la temporalidad de los contratos de trabajo que en tal área se concierten; pero la excepción a esta regla general no sólo está integrada por los contratos fijos discontinuos, sino también por las contrataciones fijas de carácter continuo, es decir, toda contratación fija o indefinida, tenga carácter continuo o discontinuo, se configura en esta relación laboral especial como excepción a esa regla general. Esto supone que así como en el ámbito de esta especial relación laboral, cuando se trata de una actividad continua de la empresa, se permite perfectamente la concertación de contratos temporales de acuerdo, lo mismo sucede cuando se trata de una actividad discontinua; y por ende también en este último supuesto es totalmente admisible la contratación temporal pues sería absurdo y carente de base y de razón permitir la contratación temporal en los casos de actividades continuas y no permitirla en cambio en las actividades discontinuas.

Finalmente, la Sala resume las cuatro variantes o modalidades de contrato temporal, a saber: a) para una o varias representaciones; b) por un tiempo cierto; c) por una temporada, y d) por el tiempo que una obra permanezca en cartel. En lo que no es sino una argumentación *ex abundantia*, pues la decisión de anular la sentencia de suplicación estaba ya tomada, se destaca la admisibilidad explícita del contrato temporal "por una temporada", perfectamente aplicable a aquellas representaciones artísticas o espectáculos que duren varias temporadas, pudiendo por ende en tales casos reducirse la duración del contrato de trabajo a una sola de esas temporadas, aunque el espectáculo perdure una o varias temporadas más, de donde se desprende que el simple hecho de que una obra o espectáculo se repita durante varias temporadas, no le otorga el carácter de trabajo fijo discontinuo. De acuerdo con el texto de este precepto, es claro que si una determinada representación se mantiene varias temporadas, incluso muchas, para que el artista tenga derecho a que su contrato siga vigente en todas esas temporadas, es necesario utilizar al concertar tal contrato la modalidad que se recoge en el apartado d) anterior, es decir, se tiene que establecer en él que su duración será la del "tiempo que la obra permanezca en cartel". Porque las partes que pactan el contrato de trabajo de un artista son totalmente libres para elegir, entre las cuatro variantes o modalidades de temporalidad destacadas aquella que les parezca más conveniente, sin que las condiciones y características de tal contrato impongan ningún límite ni restricción a esa libertad.

3. Lo fundamental de esta sentencia del Tribunal Supremo, que justifica su comentario en esta Sección (pues no se justificaría de otro modo, si se refiriese la doctrina al despido únicamente o a las peculiaridades de la contratación fija discontinua) es la distinción entre la relación laboral común y la relación laboral artística en espectáculos públicos, de modo que las soluciones aceptables para la primera no lo son para la segunda, habi-

da cuenta que la normativa de las relaciones laborales especiales prevalece por hipótesis sobre la normativa laboral común, en cualquier tipo de regulación o de contenido. No juega aquí, consiguientemente, la regla de la jerarquía, sino la regla de la especialidad, de modo que no es la norma de mayor rango la que prevalece sino la norma especial frente a la general. Sin que sea, de otra parte, momento de entrar en el complejo asunto de si las normas reglamentarias que regulan las relaciones laborales especiales son manifestaciones de delegación legislativa y, por tanto, ni siquiera de ellas puede decirse que posean necesariamente y a todos los efectos un rango infralegal.

## 3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

### C) Administradores sociales

– **STSJ de Madrid de 29 de enero de 2008** (recurso de suplicación 5054/2007), I.L. J 179.

1. El actor inició una relación laboral temporal con la empresa demandada el 6 de septiembre de 2000, que se convirtió en indefinida el 4 de septiembre de 2001, con la categoría de licenciado, para prestar servicios como arquitecto, habiendo percibido inicialmente una retribución de 985,88 euros y posteriormente hasta el mes de febrero de 2003, 1.015,90 euros. Fue nombrado apoderado por la sociedad demandada el 9 de julio de 2001 para percibir cantidades hasta un máximo de 1.202,2 euros y para celebrar toda clase de contratos, adquirir, enajenar, permutar, gravar o modificar por cualquier título o concepto, con relación a toda clase de bienes muebles, mercaderías, materias primas y suministros, al contado o a plazos, admitiendo o prestando toda clase de garantías. El 27 de junio de 2002 el actor adquirió de cada uno de los socios de la empresa 4.776 participaciones. El 11 de febrero de 2003 la sociedad CETE SAS adquirió participaciones de la empresa, figurando en la escritura que el Consejo de Administración está integrado, entre otros, por el demandante. Se acuerda aumentar el capital en 304.583 participaciones, de las que el actor adquiere 14.472 y, así mismo, que al actor se le revocan los poderes que tenía atribuidos y se le nombra Director Regional y Director Técnico de la Compañía, por lo que percibirá una retribución fija de 59.200 euros y una variable de 14.800 euros. Desde el 4 de abril de 2002 hasta el 14 de marzo de 2006, ha sido don Miguel Ángel quien ha prestado servicios a nivel nacional de director técnico. El actor, por lo menos desde el año 2006, no estaba sujeto a horario, acudiendo a la empresa uno o dos días a la semana, permaneciendo en la misma 40 o 50 minutos. A partir del día 10 de octubre en que dimitió como consejero permanecía entre 5 y 15 minutos. El actor fue visto entrando en el piso ocupado por un estudio de arquitectura. El día 20 de noviembre de 2006 el actor permaneció en este inmueble desde poco después de las 09:15 hasta las 13:40 horas y desde las 15:15 hasta más allá de las 17,30 horas; el día 17 de enero de 2007 estuvo toda la mañana desde las 09:00 horas y desde las 15:30 hasta más allá de las 18:45 horas; el 25 de enero de 2007 estuvo una hora, a partir de las 09:05 horas, y desde las 12:40 hasta las 14:10 horas, y el 26 de enero de 2007 desde poco después de las 09:05 hasta las 12:20 horas, desde poco después de las 13:10 hasta las 14:45 horas, y desde poco después de las 16:05 hasta más allá de las 18:50 horas, resumiendo, mucho más tiempo que en la empresa demandada.

2. El hecho de que la retribución que venía percibiendo el demandante hasta el mes de febrero de 2003 experimentara un fuerte incremento a partir de que la empresa CETE SAS se convirtiera en socio mayoritario de la demandada no es un elemento que permita concluir que la relación que mantenía el demandante con la sociedad se haya transformado en mercantil, ni tampoco se llega a tal conclusión por el hecho de que el actor ostentara la condición de socio de la mercantil y entrara a formar parte del Consejo de Administración de la sociedad, de conformidad con las SSTS de 29 de enero de 1997, 18 de febrero de 1997, 14 de marzo de 1997, 26 de enero de 1999, 5 de febrero de 1999, 7 de mayo de 1999 y 17 de mayo de 1999. Es indudable que la relación inicial que en el año 2000 se formalizó entre las partes tenía naturaleza laboral, no lo es que se mantuviera una vez que la sociedad francesa se convirtiera en socio mayoritario de la misma, pues no es aceptable que quien ostenta el puesto de Director Regional y Director Técnico de la Compañía acuda a la empresa sólo uno o dos días a la semana y durante aproximadamente 40 o 50 minutos, y después de que cese en el cargo que también ostentaba en el Consejo de Administración de la sociedad su permanencia en las dependencias de la empresa sea, aproximadamente, entre 5 y 15 minutos en cada ocasión, cuando, si en realidad desempeñara las funciones propias de la dirección técnica de la empresa debería permanecer en las dependencias de la entidad de forma habitual y esto también se puede afirmar en el supuesto de que sus funciones se correspondieran con la dirección de las relaciones externas de la empresa, que según el actor eran las que le correspondían, que aunque puedan exigir desplazamientos fuera de la sede de la compañía, lo normal es que se desarrolle en los locales de la empresa. Además, no consta que el demandante tuviera algún trabajador subordinado bajo sus órdenes directas, no siendo razonable que un trabajador que ostenta como puesto de trabajo una dirección realice su trabajo sin mantener prácticamente relación alguna con el resto de trabajadores, a lo que hay que añadir que las funciones que se corresponden con el puesto de trabajo que formalmente se le asigna en la escritura otorgada en el mes de febrero de 2003 se corresponderían con las que había venido realizado antes de ese nombramiento y continuó realizando después de aquél el trabajador don Miguel Ángel, coordinador técnico de la empresa, debiendo señalar que si en realidad el demandante hubiera compatibilizado una relación laboral común u ordinaria y la condición del consejero de la sociedad, el hecho de haber cesado en este cargo no hubiera llevado consigo que su asistencia al puesto de trabajo desde ese momento se convirtiera en testimonial y que, sin embargo, acudiera y permaneciera en las dependencias de un estudio de arquitectura con mucha mayor asiduidad, por lo que debe concluirse que desde el mes de febrero de 2003 en que entra a formar parte del consejo de administración de la sociedad el actor en realidad no ha desarrollado actividad laboral alguna en la empresa y que el puesto de trabajo de Director Regional y Director Técnico de la Compañía que se menciona en la escritura era nominativo, pues tales funciones eran desempeñadas por el trabajador don Miguel Ángel y por lo tanto las cantidades que ha percibido de la empresa desde esa fecha no tenían carácter salarial.

3. Es discutible el sistema de indicios según los cuales quien no tiene trabajadores a sus órdenes, teniendo cargo relevante, y no tiene horario ni acredita permanencia física en la sede de la empresa, constando su presencia en otros lugares, sin que se pruebe que lo era

para sustituir su compromiso profesional con la demandada, no tiene prestación efectiva de trabajo. Parece, más bien, que la efectiva prestación del trabajo tiene que derivar de hechos ciertos demostrados por el trabajador, no de meros indicios en su contra, al margen de permanencias físicas en la sede de la empresa. En cambio, la prueba de que sus funciones eran meramente semánticas, pues las realizaba otra persona, es fundamental. Reiteran las sentencias, y la comentada también, que la cuestión de la competencia jurisdiccional es una cuestión de orden público procesal, por lo que ha de ser resuelta por el órgano judicial con plena libertad de criterio sin sujetarse a los límites de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia. Se trata de una petición de principio, que debería no sólo apoyarse en jurisprudencia sino fundarse en Derecho.

## 4. ZONAS GRISES

### A) Transportistas

– **STS de 22 de enero de 2008** (recurso de casación para la unificación de doctrina 626/2007), I.L. J 60.

1. El demandante había suscrito un contrato calificado como mercantil, dándose de alta en el RETA y en la licencia fiscal para realizar determinados servicios de vaciado, cambios y reposición de contenedores higiénicos sanitarios. Para la ejecución de dichos servicios aportaba su vehículo, una furgoneta donde figuraba el anagrama de la empresa, pero sin sujeción a una jornada fija pues pasaba por el domicilio de la empresa a recoger el material que tenía que instalar y al final del mes para llevar a la empresa los partes de trabajo. La empresa le asignaba determinadas zonas y una relación de clientes indicándole el aparato y tipo de trabajo a realizar. Al entender que el contrato era laboral, el transportista interpuso demanda contra la empresa reclamándole diversas cantidades.

2. El Juzgado de lo Social estima la excepción de incompetencia de la jurisdicción social alegada por la empresa demandada y desestima la demanda formulada en concepto de reclamación de cantidad remitiendo a la parte a la jurisdicción civil. Contra dicha sentencia el transportista interpuso recurso de suplicación, que fue estimado, declarándose la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las pretensiones deducidas. Por ello es la empresa quien interpone el recurso de casación para la unificación de doctrina que da lugar a la sentencia que ahora se comenta, alegando como Sentencia de contraste la dictada por el TSJ de Madrid de 20 de julio de 2006 (recurso 777/2006) en la que se abordaba un supuesto en el que el demandante prestaba servicios en virtud de contrato en el que aparecía como autónomo por cuenta propia en situación de alta fiscal en una actividad de desinfección y desratización utilizando un vehículo propio de tamaño reducido para el que no se requería autorización administrativa por ser su peso inferior al reglamentario y en el que la empresa asignaba al recurrente la realización de una serie de trabajos mediante un listado en el que constaban los clientes y los meses en que debía realizar el trabajo, sin recibir instrucciones sobre la forma ni el momento de prestar el servicio y prestando además simultáneamente servicios para otra mercantil con objeto social

análogo. El TS considera existente la contradicción aducida precisando que a ello no obsta ni el detalle de que en la sentencia recurrida el salario se pactara por unidad de obra y en la de contraste por unidad de tiempo, porque ello no es óbice para que exista relación laboral, aun cuando implique que el actor no tiene garantizado el salario del artículo 30 ET, ni la exclusividad, al no tratarse de una nota determinante del contrato de trabajo.

Apreciada la contradicción el Tribunal considera que la doctrina correcta es la de la sentencia recurrida, por lo que desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa. Para ello, recuerda su doctrina constante sobre el trabajo de los denominados transportistas con vehículo propio que considera como laborales las relaciones en que concurran las notas de ajenidad, dependencia, retribución de los servicios y su naturaleza personal afirmando que dichos elementos concurren en el presente caso. La ajenidad, porque es la empresa la que incorpora los frutos del trabajo para ofrecerlos como servicio a sus clientes y porque el transportista no es titular de una organización empresarial propia, al prestar de forma directa y personal su trabajo para la realización del servicio y no tener el vehículo del que se sirve relevancia suficiente para considerar que su explotación se erige en un elemento definidor del contrato. La dependencia, porque se realiza la actividad bajo la dirección y organización de la empresa al ser ésta quien le indica el trabajo a realizar, con materiales que ella misma le proporciona, y percibiendo una remuneración por unidad de obra. Finalmente considera que el alta en el RETA, el pago de la licencia fiscal y la facturación con inclusión del IVA constituyen tan sólo datos formales que no se corresponden con la naturaleza del vínculo ni definen su carácter. En consecuencia declara la relación como laboral.

3. Una vez más el Tribunal Supremo debe abordar la naturaleza jurídica de la prestación de servicios por parte de transportistas. El análisis de este tipo de casos exige diferenciar entre tres supuestos distintos. El primero, la exclusión del ordenamiento jurídico laboral de los transportistas con vehículo propio autorizados administrativamente para desarrollar la actividad prevista expresamente en el artículo 1.3.g) ET y avalada constitucionalmente (STC 227/1998). Como es sabido, para que la relación esté excluida en virtud de tal precepto es preciso que el transportista sea propietario del vehículo (o tenga la disposición de éste por otro título), ofrezca directamente sus servicios en el mercado y, sobre todo, sea titular de la autorización administrativa para dedicarse al servicio del transporte (lo que debe solicitarse cuando el vehículo utilizado tenga una carga superior a las dos toneladas métricas). El segundo supuesto se produce cuando el vehículo propio no necesita autorización administrativa para ejercer la actividad de transporte [lo que impide su automática exclusión constitutiva por la vía del artículo 1.3.g) ET] y se dan las características propias del contrato de trabajo referidas en el artículo 1.1 ET, es decir, ajenidad, voluntariedad, retribución y dependencia, por lo que se trataría de una relación laboral común. Y el tercer supuesto, que no es sino una variante del segundo recién referido, se produce cuando, pese a no necesitar autorización administrativa para ejercer la actividad de transporte [por lo que no es aplicable su exclusión automática del ámbito laboral por la vía del artículo 1.3.g) ET], el transportista desarrolla su actividad por cuenta propia, quedando excluido del ámbito laboral de modo declarativo, esto es, por no reunir

los elementos configuradores del contrato de trabajo (lo que se requiere necesariamente al superar el vehículo un determinado tonelaje).

Los mayores problemas interpretativos se producen a la hora de diferenciar estos dos últimos supuestos, es decir, a la hora de apreciar la concurrencia o no de los elementos previstos en el artículo 1.1 ET y no tanto en relación con la exclusión contemplada en el artículo 1.3.g) ET. Precisamente el caso examinado tiene que enfrentarse a este tipo de zonas grises planteadas exclusivamente por el artículo 1.1 ET y resolver si existen, sobre todo, ajenidad y dependencia para configurar la relación como laboral. Ciertamente en el caso examinado la ajenidad se aprecia en el dato de que es la empresa quien se apropia de los frutos del trabajo del transportista para ofrecerlos a sus propios clientes, prestando el servicio de modo personal y directo. El TS considera además que el vehículo utilizado no es elemento decisivo para entender que el transportista posee una organización empresarial propia, si bien, no se justifica por qué llega a tal conclusión al no constar quién paga los gastos de la furgoneta, las reparaciones, etc., ni ningún dato objetivo sobre el que mantener la afirmación, lo que permite inferir que, en cuanto no se superan las toneladas consideradas legalmente para excluir la relación, existe una especie de presunción centrípeta hacia la laboralidad de la relación. En todo caso es relevante que de nuevo el TS declare que el alta en el RETA, el pago de licencia fiscal o la facturación con el IVA, que podrían ser indicios claros de autonomía, constituyen tan sólo datos formales que no enervan el carácter laboral de la relación, aplicando así de modo efectivo el principio de primacía de la realidad. Por otro lado, la dependencia, como sometimiento al poder de dirección del empresario, presentaba caracteres inciertos, habida cuenta de que en el contrato se hacía constar expresamente la inexistencia de jornada u horario y exclusivamente se precisaba que el transportista debía acudir para recoger el material que debía instalar y al final de mes para llevar los partes. Pero el hecho de que los materiales fueran aportados por la empresa (criterio más bien delimitador de la ajenidad y no tanto de la dependencia, pese a lo que sostiene el TS) y que la empresa decidiera cuáles eran los trabajos que el transportista debía realizar, sustentan para el TS la concurrencia del elemento de la dependencia. Finalmente, la relación es retribuida en sentido laboral aunque lo sea por obra y se desarrolla de modo voluntario. El Tribunal Supremo, en definitiva, sigue su línea doctrinal en esta materia de optar por aplicar la presunción de laboralidad en aquellos casos en que en la relación no se aprecia la exclusión legal prevista en el artículo 1.3.g) ET. Estos casos, además, empezarán a plantear problemas adicionales, en cuanto en muchos de estos supuestos podrían considerarse enmarcados, no en el ET, sino en el Estatuto del Trabajador Autónomo como trabajadores económicamente dependientes, en el que posiblemente se terminen reconduciendo los casos a los que nos referíamos al aludir al tercer supuesto imaginable.

### B) Personal contratado en Administraciones Públicas

– **STS de 11 de febrero de 2008** (recurso de casación para la unificación de doctrina 4588/2006), I.L. J 361.

1. La demandante entró a prestar sus servicios profesionales para la entidad demandada en virtud de un contrato administrativo de Consultoría y Asistencia Técnica como Licen-

ciada en Derecho. Se trataba del Servicio de Protección de Menores. Estaba afiliada al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Su actividad consistía en realizar trabajos inherentes a su cualificación profesional y desempeñaba funciones idénticas y con el mismo horario de sus compañeros funcionarios o laborales junto a los cuales prestaba servicios. La demandante estaba integrada en el organigrama del Servicio cuyo Jefe supervisaba su trabajo, además, disponía de un puesto de trabajo en la oficina administrativa de la citada entidad y utilizaba los medios informáticos y materiales que se ponían a su disposición. Durante el mes de vacaciones no acudía al trabajo aunque en el último año había prestado sus servicios sin esta interrupción. Como contraprestación, se le abonaba mensualmente la misma o similar cantidad que se corresponde con el precio anual fijado en el contrato pero pagadero por meses. La sentencia de suplicación que se recurre estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción y se abstuvo de conocer sobre el fondo del asunto.

2. La cuestión planteada es la relativa a la incompetencia/competencia de la jurisdicción social sobre el conocimiento de un litigio surgido en una relación de servicios entre las Administraciones Públicas y sus empleados. Se plantea la necesidad de resolver si los servicios prestados, formalmente contratados al amparo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tienen naturaleza laboral o administrativa. Para ello, la Sala comienza recorriendo el desarrollo que ha experimentado la figura de la contratación administrativa desde la Ley 30/1984 hasta el RDLeg. 2/2000. El problema se ha venido planteando desde siempre al tratar de distinguir lo que pudiera entenderse por "trabajos específicos y concretos no habituales" que excepcionalmente se pudieran llevar a cabo para la Administración por personas individuales y aquellos trabajos que podían realizar personas individuales al amparo de una contratación laboral. Son numerosas las reseñas de pronunciamientos del Alto Tribunal acerca de esta cuestión que se han ido siguiendo desde estas mismas crónicas, a ellas hay que remitirse ahora. Pero, en general, lo que el Tribunal afirma de entrada es el reconocimiento de la dificultad que encierra el propósito de delimitar los ámbitos administrativo y laboral. En todo caso, lo que ha establecido la doctrina jurisprudencial es que esta modalidad de contratación administrativa está prevista para llevar a cabo un "trabajo de tipo excepcional, pues su objeto no es una prestación de trabajo como tal sino un trabajo específico, es decir, un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final".

No obstante, la realidad material de la existencia de una relación laboral no puede nunca desvirtuarse, así lo lleva afirmando el Tribunal en sus sentencias, por la calificación meramente formal del contrato como administrativo. Para que proceda un contrato administrativo de esta clase es necesario que concurran los presupuestos que habilitan dicha contratación administrativa. Si no se realiza un trabajo específico, concreto, sino que la actividad realizada responde más bien a las características del contrato de trabajo en el que se contrata el desarrollo de la actividad, independientemente de su resultado final, no es válido el recurso a la forma administrativa.

A la vista de estas consideraciones, la Sala entiende que en el caso planteado aparece claramente acreditado que la demandante, aunque con la finalidad de dar clase de su especialidad durante una temporada, fue contratada bajo la formalidad administrativa cuando la realidad es que de lo que de ella se pedía no era un resultado sino el desarrollo de su actividad como profesora de su asignatura. De todo ello resulta que la demandante ha estado desarrollando una verdadera prestación de servicios, bajo la supervisión y control directos de la entidad contratante, por lo cual el Tribunal declara que nos encontramos ante una contratación formalmente administrativa pero de naturaleza laboral.

3. Una vez más, nos hallamos ante una sentencia del Tribunal Supremo en la que se reconoce la existencia de una auténtica relación laboral bajo la apariencia de una relación de naturaleza administrativa. Como se ha puesto de manifiesto desde estas mismas crónicas cada vez que se comentaba un pronunciamiento de características similares, la distinción entre contratos administrativos con sujetos individuales para una concreta prestación de servicios y la contratación laboral es complicada y sitúa la materia en la franja de zonas grises desde tiempos ya antiguos. De hecho, la prohibición de la contratación de particulares por la vía del contrato administrativo que contemplaba la Ley 30/1984 iba acompañada de una excepción para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales que se convirtió enseguida en la norma general y, desde ahí, el desarrollo legislativo no ha hecho sino perpetuar, bajo una u otra denominación, el mismo tipo de contratación.

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. La contratación administrativa con sujetos individuales es una práctica frecuente para hacer frente a ciertas carencias internas de la administración en cuanto a medios personales y para la realización de determinadas actividades, especialmente las que posean un marcado carácter intelectual o que presupongan una gran cualificación del sujeto. En todo caso, la nueva regulación legal no va a resolver los problemas de delimitación entre uno y otro tipo de contratación. El 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. El dato añadido de que con la actual regulación haya desaparecido el principio de subsidiariedad de la contratación administrativa permite avanzar una expansión de estos contratos celebrados por las administraciones con sujetos que plantearán sin dudas los mismos problemas de delimitación con el contrato de trabajo. Ciertamente, 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 la existencia de una problemática 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 declarando la laboralidad si ésta se encuentra fundadamente acreditada en los hechos relativos a la contratación y al trabajo desempeñado.

### J) Otros

– **STSJ de Galicia de 12 de marzo de 2008** (recurso de suplicación 459/2008), I.L. J 495.

1. La Inspección de Trabajo levantó actas de infracción contra el Hotel Club Ciros ubicado en Galicia por recibir la prestación de servicios de ciudadanas extranjeras que carecían del permiso de trabajo y por no tener dadas de alta en el Régimen General de la Seguridad Social a otras dos trabajadoras. El acta de infracción se levantó como consecuencia de una visita de la Inspección al Hotel donde se identificaron 14 mujeres, rumanas y brasileñas, que, con excepción de una de ellas que dijo prestar servicios como camarera de habitaciones aunque alguna vez sirviera copas, vestían todas de forma sexy, más o menos uniforme, conjuntos de dos piezas y zapatos de plataforma y que manifestaron encontrarse en el establecimiento para tomar copas con los clientes obteniendo 20 de cada 30 euros que costaba cada consumición. Se da como probado que era el propio cliente quien abonaba la cantidad correspondiente al camarero y ofrecía simultáneamente el resto de 20 euros a las mujeres, así como que las mujeres podían entrar y salir cuando quisieran del local. La totalidad de las chicas identificadas se alojaba en habitaciones de apartamentos ubicados en el mismo Hotel, subarrendadas por la misma empresa por una cantidad de 50 euros al día y constando en el contrato de arrendamiento que dicho contrato se celebraba en su calidad de clientes, sin percibir ningún descuento o comisión por las bebidas consumidas en el bar. El último hecho probado declara que las mujeres ejercían la prostitución en las habitaciones alquiladas y ubicadas en el Club. La Inspección inició procedimiento de oficio pero fue desestimado por el Juzgado Decano de Vigo, recurriendo por ello en suplicación. El TSJ de Galicia confirma la Sentencia de instancia rechazando la existencia de relación laboral al tratarse la prostitución de un objeto ilícito y por estimar que se trata de una prestación por cuenta propia que no reúne la nota de la ajenidad.

2. El TSJ comienza distinguiendo, de acuerdo con una reiterada doctrina judicial, entre la actividad de alterne por cuenta propia y por cuenta ajena, admitiendo que esta última tiene carácter laboral, en aplicación de los artículos 1.1 y 8.1 ET cuando se acredite la ajenidad y la dependencia de la prestación en el seno de una organización empresarial en tanto dicha actividad genera unos rendimientos económicos, previa la organización de capital y de trabajo, "que deben estar sometidos a las condiciones tributarias y laborales que protegen a los trabajadores y disciplinan los supuestos mercantiles de toda actividad económica". Recuerda varias sentencias del Tribunal Supremo que declararon la existencia de relación laboral cuando la actividad de alterne se hace "por cuenta de los titulares del establecimiento abierto al público y a cambio de una retribución por comisión y participación en el importe de las consumiciones y servicios a los clientes" y precisa que, fuera de estos supuestos, el alterne debe "considerarse por cuenta propia y, por ende, ajeno a una relación laboral". Considera que el elemento de ajenidad, como cesión anticipada de los frutos del trabajo por parte del trabajador al empleador, concurre en el alterne al ser el empleador quien se apropia del beneficio producido por estímulo del consumo de los clientes a cargo de las alternadoras y retribuye el trabajo mediante una comisión

en el gasto, lo que tiene encaje en los artículos 26.1 y 29.2 ET. Asimismo reconoce que el significado de la dependencia se ha ido flexibilizando y no exige una total subordinación rigurosa y absoluta bastando la inclusión del trabajador en el círculo rector y disciplinario empresarial lo que "debe presumirse por la permanencia estable de la empleada en un local de alterne". Pero pese a ello, rechaza la existencia de relación laboral al constar en hechos probados que las mujeres ejercían la prostitución y percibían directamente de los clientes una cantidad por cada consumición efectuada, porque ello aboca a su entender a dos conclusiones: "primera, que la actividad principal de las personas identificadas en las actas de infracción es de imposible inclusión en el mundo laboral (objeto ilícito), pues determinaría, de concurrir rasgos de dependencia y ajenidad, la calificación del comportamiento como delictivo, y segunda, que el empresario ni ejerce el control ni retribuye ese alterne –dependerá del precio acordado previamente, de lo que sea habitual en esos ambientes o de la liberalidad del cliente–, pese a que indudablemente se beneficia de él (cuanto más consumo, más ganancias) y obliga a esas alternadoras a adaptarse al horario y apertura del local (dato obvio al tratarse de un establecimiento abierto al público)", por lo que concluye que ni siquiera existe ajenidad.

3. La Sentencia que se comenta viene a poner de manifiesto la compleja regulación jurídica de la prestación de servicios en este tipo de actividades. Se trata de un campo de actividad sometido en la actualidad a un amplio debate social y doctrinal. Desde la perspectiva estrictamente laboral, cualquier análisis de estas zonas grises debe partir de una diferenciación básica: la de la actividad del alterne y la de la actividad de prostitución. A su vez, en ambos supuestos se debe diferenciar entre una prestación por cuenta ajena y por cuenta propia.

La actividad de alterne, entendida como actividad consistente en incitar al consumo de las bebidas de un local, es plenamente lícita y, por ello, cuando se realiza de modo voluntario, retribuido y, además, por cuenta ajena y dentro del círculo rector de organización de un empleador, debe calificarse de relación laboral en virtud del artículo 1.1 ET y la prestación se verá sometida a todos los derechos y obligaciones laborales propios de la condición de "trabajador asalariado". Si la actividad de alterne es voluntaria, retribuida, pero no se prueba alguno de los otros presupuestos configuradores de la relación laboral (la dependencia o la ajenidad), entonces el alterne debe entenderse desarrollado por cuenta propia y su régimen jurídico se regulará por el Estatuto del Trabajador Autónomo, gozando de ciertos derechos próximos al ámbito laboral, cuando se trata de una trabajadora autónoma económicamente dependiente, es decir, cuando la actividad profesional se realiza "a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales" (con independencia de los problemas que en la práctica puedan surgir para hacer efectivo dicho régimen jurídico habida cuenta, sobre todo, de la necesidad de registrar el contrato en el INEM y tratarse normalmente de mujeres extranjeras las más de las veces incluso indocumentadas y no sólo sin permisos). La diferenciación entre el trabajo de alterne asalariado y por cuenta propia, en consecuencia, resultará de la prueba de los hechos y de la concurrencia de los criterios generales sobre el concepto de trabajador, siendo en este tipo de actividad especialmente importantes el sometimiento a un horario y la vinculación a un local como indicios de la dependencia y ajenidad.

Por su parte, la prostitución presenta perfiles propios. La prostitución es un delito cuando se fuerza a ella a una persona mayor de edad ("empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella", dice el artículo 188 CP) o cuando aunque no se fuerce se "induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución" en caso de tratarse de "una persona menor de edad o incapaz" (artículo 187 CP). Pero también, pese a lo que algunos laboralistas mantienen al contraponer exclusivamente la prostitución forzosa frente a la voluntaria, en aquellos casos en que alguien se lucra "explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma" (segunda parte del artículo 188 CP). De ahí que exclusivamente se revele como lícita (aunque no regulada, por no expresamente prohibida) la realizada por cuenta propia por persona mayor de edad (en tales casos, independientemente del carácter remunerado o no, pues lo decisivo es el consentimiento libre de la prostituta/o). Es decir, en el actual ordenamiento jurídico español, nunca es posible hablar de una relación laboral (es decir, por cuenta ajena) de prostitución, por incurrir en causa u objeto ilícito (sin poder entrar aquí en este específico debate doctrinal). Ello es lógico habida cuenta de que admitir la aplicación del Estatuto de los Trabajadores supondría dar carta de naturaleza al poder de dirección empresarial en los términos contemplados en dicho texto normativo, lo que significaría legitimar que el empleador pudiera exigir la prostitución en todo supuesto independientemente de la voluntad concreta de la persona que se prostituye, con cualquier persona (en tanto cliente del empleador), se podría obligar a realizar unos determinados servicios contratados o, incluso, a demostrar un rendimiento y eficacia en su prestación so pena de permitirse la extinción del contrato. Tal posibilidad, al margen de cualquier otra consideración, resulta directamente inconstitucional por incompatible con la dignidad humana (artículo 10.1 CE), el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE) o el derecho a la intimidad (artículo 18 CE). En definitiva, la prostitución por cuenta ajena se encuentra proscrita y por cuenta propia estaría permitida (lo que admiten asimismo la SAN de 23 de diciembre de 2003, citando la STJ de las Comunidades Europeas de 20 de noviembre de 2001, y confirmada por la STS de 27 de noviembre de 2004, reconociendo el derecho al registro de una asociación de empresarios cuyos estatutos hacían referencia a la prostitución por cuenta propia en los establecimientos hoteleros de los que son titulares y hacían constar que la referencia a la actividad de alterne y prostitución por cuenta propia se realizaba para determinar concretamente el ámbito sectorial de la asociación y bajo ninguna circunstancia debería entenderse en el sentido de inducción, promoción, intervención o cooperación con estas actividades, si bien precisando el TS que la actividad principal declarada con ello en los estatutos es la de alterne y no la explotación de la prostitución, que no se puede presumir y debe probarse, adoptándose en tal memento las medidas que correspondan).

Pero el problema es mucho más complejo porque la separación entre alterne y prostitución no es nada nítida y en muchas ocasiones se solapan al realizarse simultáneamente. Ello es lo que ocurre en el caso examinado. Y en tales casos la duda reside en si analizar las actividades autónomamente (considerando laboral una de ellas, la de alterne, obviamente, pues de tener los requisitos laborales en realidad lo que existe es un delito y habría que pasar el tanto de culpa al Ministerio Fiscal), o considerar que basta la realización de la prostitución para

que se "contamine" el conjunto de actividades y queden todas expulsadas de la protección laboral (pues no puede olvidarse que normalmente cuando se examinan por el orden social de la jurisdicción es porque se pretenden derechos para las trabajadoras/es del sexo). En este caso a primera vista parece que el TSJ examina cada una de las actividades por separado, por cuanto afirma que en la prostitución no cabe contrato por tener objeto ilícito y luego referirse expresamente al "alterne". No obstante la redacción utilizada por el TSJ no muestra claramente su *ratio decidendi*. Y ello porque, tras señalar que había prostitución y percepción de un porcentaje por las copas, afirma que el "empresario ni ejerce el control ni retribuye *ese alterne* –dependerá del precio acordado previamente, de lo que sea habitual en esos ambientes o de la liberalidad del cliente–, pese a que indudablemente se beneficia de él (cuanto más consumo, más ganancias) y obliga a esas alternadoras a adaptarse al horario y apertura del local (dato obvio al tratarse de un establecimiento abierto al público", para concluir que ni siquiera existe ajenidad. Lo que no se entiende. Si a lo que alude al referirse a "ese alterne" es a la prostitución en sentido estricto, el razonamiento sería correcto, pues lo que vendría a afirmar es que en este caso la prostitución es por cuenta ajena y fuera del ámbito laboral (y por ende penal). Si la referencia es al alterne en sentido estricto, entonces se incurre en una cierta contradicción interna y, en definitiva, en defecto de motivación, pues acababa de decirnos el TSJ que concurrían en el alterne las notas de ajenidad y dependencia, y reforzaría su existencia cuando se reconoce la dependencia a horario y se dice que el empresario se beneficia del consumo (ajenidad clara), por lo que no tendría sentido pasar de inmediato a negar esta última nota indiciaria. Defecto de motivación que sólo cabe explicar si, en puridad, lo que se afirma es que, demostrada la prostitución, el resto de relaciones se contamina. Habrá que esperar en este sentido a que este importante punto se aclare por el Tribunal Supremo. En todo caso, cabría señalar que en estos casos, en puridad, de probarse el simultáneo ejercicio de alterne y prostitución el problema de las fronteras del Derecho del trabajo se diluye en cierto modo por cuanto la cuestión no es ya de elementos configuradotes del contrato de trabajo sino de un requisito previo, la licitud o no del objeto del contrato. Asimismo, no puede dejar de apuntarse la dificultad que tienen las mujeres prostitutas en orden a demostrar la existencia de explotación (amenazas, extorsión personal o familiar, etc.), con lo que, en gran parte de las ocasiones, declarar que se trabaja por cuenta propia como tal, no hace sino favorecer la actividad encubierta. Pero, como todo, el problema aquí reside en el plano estrictamente jurídico de demostración de indicios. Valdría la pena acentuar en esta materia las nuevas posibilidades procesales ofrecidas por la Ley de Igualdad (en concreto, la intervención de organizaciones especializadas en defensa de la mujer, pero también de las prostitutas que abogan por la legalización de la prostitución) para que la realidad, cualquiera que sea, de libertad y ejercicio de derechos o de explotación, emerja con mayor facilidad y, en este último caso, los tribunales laborales puedan pasar un tanto de culpa al Ministerio Fiscal cuando existan indicios de real existencia, y no meramente formal, de control directivo y retribución de la prostitución.

Luis Enrique De La Villa De La Serna
Diego De La Villa De La Serna
María De Sande Pérez-Bedmar (coordinadora)
Jesús González Velasco
Magdalena Nogueira Guastavino

## III. EMPRESARIO

# Sumario:

**1. Consideración preliminar. 2. Centro de trabajo.** A) Noción de centro de trabajo a efectos de determinación de la unidad electoral. **3. Grupo de empresas.** A) Elementos configuradores. **4. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Concepto de propia actividad. **5. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho. B) Ejercicio del derecho de opción, readmisión o indemnización, en supuestos de cesión ilegal C) No procede el reconocimiento genérico de la antigüedad del trabajador en proceso por despido. **6. Sucesión de empresas.** A) No existe sucesión de empresa en supuestos de cambio de dependencias de la empresa principal. B) Sucesión de contrata prevista en convenio colectivo: obligaciones de información. C) Subrogación empresarial protagonizada por una Sociedad Anónima Laboral. D) Mantenimiento de las condiciones fijadas en el convenio colectivo de la empresa cedente.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 4 de 2008 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 581) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

## 2. CENTRO DE TRABAJO

### A) Noción de centro de trabajo a efectos de determinación de la unidad electoral

La intención de realizar elecciones sindicales en unas instalaciones pertenecientes a una empresa de telecomunicaciones no reconocidas como centro de trabajo permite a la **STSJ de Madrid de 28 de enero de 2008,** I.L. J 177, repasar la doctrina judicial sobre el concepto de centro de trabajo que, a partir de las previsiones contenidas en los artículos 1.5, 62 y 63 ET, debe ser interpretado en sentido amplio para responder a la realidad social y empresarial, debiendo en todo caso descartarse la opción de dejar en manos empresariales, o en el supuesto que nos ocupa en manos sindicales, la decisión de aplicar de manera arbitraria el mandato legal. Si, conforme establece el artículo 1.5 ET, a efectos de dicha norma, y con carácter general, "se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral", la aplicación de dicha norma al caso objeto de litigio obliga a interpretar el alcance de cada uno de los elementos que componen la definición legal, tanto los considerados como requisitos materiales, autonomía técnica y autonomía organizativa, como el menos relevante por su naturaleza formal, alta ante la autoridad laboral. La sentencia comentada hace uso del contenido de la STSJ de Galicia de 29 de diciembre de 2006 y de algunos otros pronunciamientos judiciales, en los siguientes términos:

> "Partiendo de esa definición legal, dicha STSJ de Galicia enuncia e interpreta los elementos del concepto de centro de trabajo así:
>
> 1º. Una unidad productiva. Tal elemento, que es de carácter material, alude a una autonomía técnica, que se da tanto en la unidad productiva donde se producen de manera acabada los bienes o servicios objeto de la actividad empresarial –organización vertical: cada unidad productiva comprende toda la producción–, como en la unidad productiva dedicada a una parte de la actividad empresarial –organización horizontal: cada unidad productiva asume una fase de la producción, o una parte del trabajo en que se divide la actividad empresarial–.
>
> Las SSTS de 6 de abril de 1973 y de 26 de enero de 1988, han definido –a los efectos de lo dispuesto en el artículo 44 del ET– la unidad productiva autónoma como la unidad de explotación claramente diferenciada que constituye una unidad socio-económica de producción. Una definición que incluye las organizaciones empresariales verticales, horizontales o mixtas.
>
> 2º. Con organización específica. Tal elemento, que es de carácter material, alude a una autonomía organizativa superpuesta a la autonomía técnica. De esta manera, si concurren varias unidades productivas con una única organización específica, hay un único centro de trabajo, y no tantos como unidades productivas. Para concluir si una unidad productiva ostenta una organización específica se atiende a indicios: separación geográfica del resto de la empresa; distribución de funciones entre unidades productivas;

> organigrama de personal de la unidad productiva –incluyendo, por ejemplo, a un responsable general–.
>
> 3º. Que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral. Tal elemento, a diferencia de los anteriores de carácter material, es de carácter formal, en cierta manera ajeno a la realidad del centro de trabajo. Por ello, se considera su eficacia no constitutiva, sin perjuicio de eventuales infracciones administrativas a causa de la ausencia del alta –STS de Cataluña de 3 de octubre de 1997; STSJ de Madrid de 2 de abril de 1998–. Pero, aunque el alta no ostenta eficacia constitutiva, sí ostenta eficacia probatoria. De este modo, si el empresario no ha dado de alta el centro de trabajo, se puede acreditar su existencia si concurren los otros dos elementos materiales. Y si el empresario ha dado de alta el centro de trabajo, se presume *iuris tantum* su existencia, aunque se pueda probar en contrario la ausencia de los otros dos elementos materiales" (STSJ de Madrid de 28 de enero de 2008, I.L. J 177).

Desde nuestro punto de vista, la mayor dificultad de la actividad judicial en estos supuestos radica en la diferenciación, a partir de los hechos probados, de los supuestos en los que se materializa una real autonomía organizativa y técnica, de aquellos otros en los que dichos elementos no están presentes. En otras palabras, puesto que no es posible determinar de manera apriorística cuándo una determinada organización empresarial actúa con la autonomía requerida, el juez deberá decidir caso por caso y a partir de determinados indicios si esta autonomía se produce de manera suficiente, sin perder de vista que toda organización empresarial presupone un cierto grado de subordinación técnica y organizativa entre las unidades que la componen. Es por ello que la aproximación al concepto debe realizarse siempre de manera flexible, sin que puedan establecerse requisitos de rígida aplicación. Así las cosas, en el supuesto de autos, el Tribunal adopta su decisión teniendo particularmente en cuenta datos como la separación material de la instalación objeto de litigio, el elevado número de trabajadores adscritos a ésta, la presencia de un responsable y de personal particularmente cualificado y la realización de determinados proyectos en parte o en su totalidad; por el contrario, no se consideran indicios decisivos la cercanía al centro de trabajo del cual depende formalmente o la ausencia de servicios propios de dirección técnica y recursos humanos.

> "Así las cosas, centrados los términos del debate, de los hechos probados se infiere que en el Edificio Triángulo prestan sus servicios un número importante de trabajadores, 179, estando separado, aun cuando sea por una distancia pequeña de dos kilómetros, del centro de Arroyo de la Vega, estando destinado en dicho Edificio Triángulo un gerente o responsable perteneciente al Departamento de Desarrollo de Proyectos, además de personal técnico cualificado, realizando en totalidad, al menos en parte, determinados proyectos, como el denominado Banco Espíritu Santo, de donde se infiere concurren indicios para presuponer funciona como unidad productiva independiente, y con autonomía organizativa, aun cuando los servicios de dirección técnica y recursos humanos están centralizados en la sede de Arroyo de la Vega, y como el concepto de centro de trabajo no puede interpretarse de manera rígida, sino que ha de ser flexible y abierto, adecuándose a las nuevas técnicas que constituyen el proceso productivo, sin que, por lo demás, el alta administrativa tenga un carácter constitutivo, llegamos a la conclusión contraria de la sentencia de instancia, al tener el Edificio Triángulo de la calle San Julián 1 de Alcobendas la consideración de centro

de trabajo constituyendo una unidad electoral, por lo que, con estimación del recurso, desestimando la demanda, revocamos la sentencia" (STSJ de Madrid de 28 de enero de 2008, I.L. J 177).

## 3. GRUPO DE EMPRESAS

### A) Elementos configuradores

Aunque el ordenamiento laboral español no dispone de un tratamiento general y sistemático del grupo empresarial, sí es objeto de consideración por la jurisprudencia laboral en determinados supuestos. La constatación de que una pluralidad de empresas forman parte de un grupo de empresas no ha de producir efectos sobre las relaciones laborales que se desarrollan en su seno; si dichas empresas poseen personalidad jurídica propia a todos los efectos, deben también responder de manera independiente de las obligaciones laborales adquiridas por cada una de ellas, por más que entre las empresas que componen el grupo puedan establecerse vínculos accionariales relevantes a otros efectos. Únicamente cuando a tales lazos económicos se adicionan otros elementos organizativos, como el funcionamiento unitario, la confusión de plantillas o la creación de empresas aparentes sin sustrato real, cabe comunicar las responsabilidades laborales de las sociedades que componen el grupo. La **STSJ de La Rioja de 8 de enero de 2008,** I.L. J 194, aborda dicha problemática en un supuesto en el que la sentencia de instancia estima las demandas presentadas por dos trabajadores que habiendo prestado servicios sucesivamente para varias empresas pertenecientes a un grupo de empresas solicitan la condena solidaria de todas ellas al pago de las correspondientes indemnizaciones por despido, al tiempo que estima la excepción de falta de legitimación planteada por la única empresa que mantiene actividad. Contra dicha sentencia el FOGASA interpone recurso de suplicación, solicitando la extensión de la responsabilidad solidaria a esta última empresa. La sentencia recoge la orientación doctrinal más arriba resumida en los siguientes términos:

"Este criterio de la independencia jurídica y patrimonial de las empresas agrupadas sólo se excepciona cuando, además de las notas típicas configuradoras del grupo (vínculos económico-financieros, gestión centralizada), concurren ciertos elementos adicionales que llevan a los tribunales a declarar la responsabilidad solidaria entre todas las sociedades integrantes del grupo, recurriendo para ello al levantamiento del velo de la personalidad jurídico-societaria, como instrumento eficaz para lograr decisiones justas cimentadas sobre una reconstrucción de la auténtica dimensión fáctica subyacente, más allá de los formalismos y apariencias jurídicas, evitando que pese sobre el trabajador el oneroso deber de indagación de interioridades negociales que suelen ser difíciles de descubrir, así como la constitución de empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad. (…) Por ello, lo primero que debe resolverse es si existe o no grupo, para, sólo después, decidir si, además, ha de producirse el contagio o transmisión de la responsabilidad hasta poder hablar

> de solidaridad en la misma. Es en este sentido que numerosas sentencias del Tribunal Supremo han aquilatado la doctrina de que la responsabilidad solidaria entre las sociedades pertenecientes a un grupo en orden al cumplimiento de las obligaciones laborales surge cuando existe: a) confusión de patrimonios sociales (principio de caja única) entre todas o algunas empresas aglutinadas; b) funcionamiento integrado o unitario del grupo de empresas, bajo unos mismos dictados y coordenadas, en el sentido de que es predicable de todas o algunas empresas aglutinadas el concepto de empleador, en cuanto ejerciente del poder de dirección; c) confusión de plantillas, que se revela en la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, a varias sociedades del grupo, con independencia de cual sea la sociedad a la que estén formalmente adscritos los trabajadores; d) apariencia externa de unidad empresarial, que vincula frente a terceros a las sociedades que la provocan, y e) utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, en perjuicio de los trabajadores" (STSJ de La Rioja de 8 de enero de 2008, I.L. J 194).

Pues bien, si bien la comunicación de responsabilidades únicamente se produce cuando pueda acreditarse un abuso del instituto de la personalidad jurídica, es claro que únicamente será posible si se acredita la existencia de dicho grupo, nunca en caso contrario. La posibilidad de condenar solidariamente a las empresas que forman parte de un grupo requiere un intenso esfuerzo probatorio, que no siempre queda al alcance de los trabajadores demandantes. En concreto, en el caso de autos se pretende la condena de una nueva empresa que continúa la actividad de las empresas del grupo, manteniendo a los mismos proveedores, haciendo uso del mismo logotipo y denominación comercial y del mismo pabellón comercial. A juicio del Tribunal, quizás podría haberse estimado la existencia de una supuesta sucesión empresarial, pero en ningún caso la gestión patológica de un agrupamiento empresarial, determinante de un abuso de derecho:

> "de los hechos probados no se desprende que concurran en la codemandada New Truck Soluciones, SL las mismas circunstancias que en las restantes empresas ni que haya actuado en su actividad en conjunción con ellas, pues no hay dato alguno de que exista una confusión patrimonial o coincidencia de socios titulares entre dicha empresa con algunas de las empresas del grupo, ni funcionamiento unitario, ni que los trabajadores de ésta hayan realizado también su actividad, de modo indistinto, para las empresas del grupo (a lo que no puede equipararse que una trabajadora contratada por New Truck Soluciones, SL, hubiese prestado servicios anteriormente para las empresas del grupo) ni que los titulares o directivos realicen una confusa dirección de una y otras empresas, aunque haya coincidencia de identidad en la persona de uno de ellos. No hay, en definitiva, constancia alguna de una actividad simultánea de New Truck Soluciones, SL con las empresas del grupo en la que concurran de un modo suficiente los elementos que determinan la inclusión de dicha empresa en el grupo empresarial condenado que haga imponer a la misma la responsabilidad solidaria en el pago de las deudas laborales contraídas por las empresas del grupo, pues en definitiva lo que se acredita es la constitución de una nueva sociedad, sin que aparezca una transferencia patrimonial de las empresas del grupo a New Truck Soluciones, SL u otra actividad defraudatoria que permita deducir que la nueva empresa ha tenido por objeto eludir o hacer ineficaces las responsabilidades de las empresas del grupo" (STSJ de La Rioja de 8 de enero de 2008, I.L. J 194).

## 4. CONTRATAS

### A) Diferencias con la cesión ilegal

La complejidad práctica que implica la aplicación del régimen jurídico laboral previsto para contratas y subcontratas de obras y servicios (artículo 42 ET) tiene su origen en la paralela dificultad de diferenciar este fenómeno de las cesiones de trabajadores declaradas ilícitas por el legislador laboral, salvo cuando la empresa cedente es una Empresa de Trabajo Temporal (artículo 43 ET). Con toda probabilidad, en esta materia, el problema más importante se produce cuando la contrata tiene por objeto la prestación de servicios en el marco de la empresa principal, situación en la que en la práctica resulta tremendamente complejo diferenciar entre el mero suministro de mano de obra y una descentralización de servicios plenamente lícita. La actuación del empresario en la ejecución de la obra o servicio objeto de la contrata cobra a tales efectos una importancia decisoria, negándose la licitud del supuesto cuando la empresa contratista aporta la mano de obra sin ejercer los poderes de dirección propios del empleador, pero también cuando lo hace de manera meramente formal, ejerciendo como delegado de la empresa principal. La **STS de 4 de marzo de 2008,** u.d., I.L. J 109, aborda nuevamente dicha problemática en un supuesto en el que la TGSS contrata sus servicios de atención telefónica con una empresa del sector del *telemarketing*. Entre los hechos probados consta que los trabajadores de la empresa contratista atienden consultas de carácter general y llamadas de carácter informativo, cuyo exceso revierte al personal propio de la TGSS, teniendo código de usuario de personal externo y correo electrónico interno diferente a los funcionarios, aunque los ordenadores que utilizan pertenecen a la TGSS. Por su parte, la empresa contratista tiene un coordinador y una supervisora que está en contacto directo con un funcionario de la TGSS, para solventar cualquier incidencia que pueda surgir; coordinador y supervisora controlan el horario, los trabajos, fijan vacaciones y gestionan las bajas de los trabajadores de la contratista, empresa que también imparte la formación necesaria. El Tribunal, antes de entrar a estudiar si existe o no contradicción entre la sentencia recurrida y la presentada de contraste, realiza un extenso repaso de la jurisprudencia sobre la materia, cuyos aspectos más relevantes resumimos en los siguientes apartados:

1. La descentralización de servicios es plenamente lícita en el ordenamiento laboral español, siempre que la empresa contratista emplee sus medios personales y materiales, no en caso contrario.

> "Hay que partir de la base de que nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva (así lo pone de manifiesto el artículo 42.1 ET) lo que supone –con carácter general– que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas que son necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores (STS de 27 de octubre de 1994, recurso 3724/1993); y habida cuenta de que los artículos 41 y 43 ET no fijan los límites entre la lícita contrata y la ilegal cesión temporal de trabajadores, ha sido la doctrina juris-

prudencial la que ha ido cercenando las conductas abusivas (STS de 17 de diciembre de 2001, recurso 244/2001). De esta forma, mediante la lícita descentralización productiva, la empresa principal puede atribuir a una empresa contratista la realización de una parte de su actividad [siempre que sea suficientemente diferenciada], sin necesidad de que revista cualidad de complementaria o contingente, puesto que también las actividades inherentes al ciclo productivo pueden ser objeto de contrata externa. Pero en la válida "externalización de la producción, la empresa principal se limita a recibir –con el lógico control– el resultado de la ejecución por la contratista, en la que ésta aporta sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección. Pero en la medida en que esta diferenciación es inexistente, dependiendo de la principal la organización y control de los trabajadores de la contratista, la contrata se habrá desnaturalizado y trastocado en simple provisión de mano de obra e integrará una cesión ilícita de trabajadores" (STS de 4 de marzo de 2008, u.d., I.L. J 109).

2. La cesión ilegal de trabajadores puede producirse tanto entre empresas reales como entre una empresa real y una empresa ficticia.

"En la significación de la cesión ilegal, la Sala ha destacado en múltiples ocasiones que el artículo 43 ET contempla el supuesto de la interposición, que supone 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. Y que la finalidad que persigue el artículo 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías. Pero que ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores, pudiendo producirse entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio" (STS de 4 de marzo de 2008, u.d., I.L. J 109).

3. El hecho de que el personal haya sido contratado inicialmente para su cesión o ésta se produzca con posterioridad es irrelevante, a pesar de la redacción del artículo 43 ET.

"De igual manera se ha recordado en numerosas ocasiones que como fenómeno interpositorio 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 [SSTS de 3 de octubre de 2005, recurso 3911/2004; 30 de noviembre de 2005, recurso 3630/2004; 17 de abril de 2007, recurso 504/2006, y 20 de julio de 2007, recurso 76/2006); y que pese a la defectuosa redacción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, que, al regular la cesión, se refiere a la contratación de trabajadores para cederlos, no es necesario que el personal se contrate ya inicialmente con la finalidad de ser cedido; para que haya cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparece en la posición contractual propia del

empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, quien se apropia efectivamente de los frutos el trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque ese lugar está ocupado por un titular ficticio (STS de 20 de julio de 2007, recurso 76/2006)" (STS de 4 de marzo de 2008, u.d., I.L. J 109).

4. La esencia de la cesión ilegal no reside en la inexistencia de la organización empresarial de la contratista, sino en que dicha organización, existente o no, no se ha puesto en juego en la ejecución de la obra o servicio objeto de contrata:

"Sobre las características de la cesión ilegal, en ocasiones la Sala ha puesto el acento en la inexistencia de puesta en juego de la organización, al destacar –en el argumento sobre la falta de contradicción– que la esencia de la cesión no se centra en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización sino que 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 a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia, de manera que se contempla la cesión ya no como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias como en un primer momento se entendió sino una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales" (STS de 4 de marzo de 2008, u.d., I.L. J 109).

5. A efectos de prueba, resulta clave la actuación empresarial en el marco de la contrata; la empresa contratista debe ejercer materialmente su poder de dirección, no siendo suficiente un ejercicio formal de las facultades reservadas al empresario, pues esto le convertiría en mero delegado del empresario comitente:

"Asimismo ha puesto de manifiesto la Sala que en la apreciación de la figura, la actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de calificación, aunque –excepcionalmente– el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal, como es el caso de los locutorios telefónicos (entre otras, SSTS de 14 de septiembre de 2001, recurso 2142/2000; 17 de enero de 2002, recurso 2863/2000; 16 de junio de 2003, recurso de casación para la unificación de doctrina 3054/2001, y 14 de marzo de 2006, recurso de casación para la unificación de doctrina 66/2005)" (STS de 4 de marzo de 2008, u.d., I.L. J 109).

6. Con todo, resulta obligado considerar en cada caso el contrato que vincula a los empresarios, las circunstancias en las que se desarrolla la ejecución de la contrata, la participación real de los empresarios implicados y la relación entre el empresario principal y los trabajadores de la empresa contratista:

"para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como

> comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas (STS de 30 de mayo de 2002, recurso 1945/2001)" (STS de 4 de marzo de 2008, u.d., I.L. J 109).

A partir de lo anterior, el Tribunal considera que entre la sentencia recurrida y la de contraste existen dos diferencias fundamentales: en primer lugar, el hecho de que en la sentencia recurrida el trabajo se desarrolle en dos plataformas, una propiedad de la contratista y otra que pertenece a la comitente, mientras que en la sentencia de contraste toda la actividad se desarrolla en el centro de trabajo de la comitente; en segundo lugar, la manera de retribución de la contrata, una cantidad fija por toda la campaña en el caso de la sentencia recurrida, mientras que en el caso de la sentencia referencial el pago se realiza por unidad de tiempo. Estas diferencias determinan el fallo, pues, en palabras de la sentencia:

> "La primera de las diferencias no es intrascendente, pues aunque la prestación de servicios en locales de la principal consta en ambas sentencias, en el caso de la recurrida también se desarrolla parte del trabajo en un centro de la contratista, lo que pone de manifiesto la clara existencia de soporte empresarial. Y la segunda desigualdad tiene una relevancia aun mayor, puesto que representa un claro indicio –en la decisión de contraste– de que la aportación de la contratista se limitaba a la mano de obra, desde el punto y hora en que evidenciaba que la única aportación relevante del empresario interpuesto es la facilitación de trabajo y su interposición aparece como una vía para degradar artificialmente la condición laboral de los trabajadores cedidos; lo que no ocurre en el caso ahora examinado, puesto que la existencia de un precio fijo por campaña –junto con el desarrollo de la actividad en plataforma propia de la contratista y la utilización de medios telefónicos también de su propiedad– evidencia la realidad empresarial del contratista y la puesta en juego de la organización empresarial" (STS de 4 de marzo de 2008, I.L. J 109).

### B) Concepto de propia actividad

El artículo 42 ET vincula la imputación de responsabilidad solidaria entre empresario principal y contratista a los supuestos en que los primeros contraten con éste la realización de obras y servicios correspondientes a la propia actividad. A partir de aquí, la fijación del alcance de dicho concepto cobra un valor fundamental a efectos aplicativos. La **STS de 23 de enero de 2008,** u.d., I.L. J 276, aborda la resolución de un procedimiento en el que se dilucida si el transporte urgente sanitario, realizado por una empresa contratista, entra dentro del concepto de propia actividad del Servicio Navarro de Salud para la que ésta trabaja. La sentencia de instancia absolvió a la Administración Navarra, al considerar que el transporte sanitario urgente de enfermos mediante ambulancias no forma parte del núcleo esencial de las competencias sanitarias forales. El concepto restringido de propia actividad ha sido desarrollado por la jurisprudencia laboral, considerando como propia actividad la inherente o absolutamente indispensable para la actividad de la empresa comitente, en palabras del Tribunal:

> "que traducido a la empresa privada se concreta en las operaciones o labores que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal, en concreto las que son inherentes a

> la producción de bienes y servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado excluyendo las tareas complementarias o no nucleares y que referido a una actividad pública se corresponde con aquellas prestaciones que se hallan necesariamente integradas en la función que tiene encomendada y sin cuya actuación no se entendería cumplida esa función (tesis del ciclo productivo o de las actividades inherentes aplicada al sector público); esta jurisprudencia es la que han manejado tanto las partes como la sentencia recurrida y la de contraste citando las sentencias en las que se ha recogido tal definición como son entre otras las SSTS de 18 de enero de 1995 (recurso 150/1994), 29 de octubre de 1998 (recurso 1213/1998), 24 de noviembre de 1998 (recurso 517/1998), 22 de noviembre de 2002 (recurso 3904/2001) y 20 de julio de 2005 (recurso 2160/2004)" (STS de 23 de enero de 2008, I.L. J 276).

La sentencia considera que la actividad objeto de litigio forma parte de la propia actividad de la administración sanitaria; a dicha conclusión llega tras estudiar las normas que regulan las prestaciones sanitarias cubiertas por ésta, y en concreto "la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud dentro de los servicios a su cargo –artículo 3.3– dispone que las prestaciones sanitario-asistenciales ofertadas serán como mínimo las fijadas en cada momento para los servicios sanitarios de la Seguridad Social, atribuyendo al Servicio Navarro de Salud la gestión de tales servicios –artículo 45–, y el Decreto Foral 214/1997, de 1 de septiembre, al regular las actuaciones de los centros, servicios y establecimientos sanitarios incluye dentro de los mismos a los servicios de transporte sanitario y los equipos móviles sanitarios, de todo lo cual se desprende que el transporte sanitario de urgencia forma parte del núcleo de los servicios que el departamento de sanidad debe prestar necesariamente" (STS de 23 de enero de 2008, I.L. J 276).

## 5. CESIÓN ILEGAL

### A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad únicamente permitida a las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Cuando el lugar de la empresa que somete a sus trabajadores a tráfico prohibido es ocupado por una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la delimitación del supuesto legal debe realizarse aplicando la doctrina del empresario efectivo, resultando decisivo el hecho de que la contrata ponga o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la obra o servicio contratado, con relación al trabajador afectado. Aplicando dicha doctrina, la **STSJ de Asturias de 25 de enero de 2008,** I.L. J 165, aborda un supuesto en el que el trabajador de la contratista desarrolla su trabajo en centros de la Sociedad Estatal de Salvamento y Seguridad Marítima, bajo la instrucción y supervisión de un responsable adscrito a dicha entidad pública, produciéndose la confusión entre las actividades desarrolladas por los trabajadores de la contrata y los de la comitente, sin que conste que la contratista ejerciese poder de dirección alguno.

Todo ello sirve al Tribunal para declarar la existencia de cesión ilegal, en los siguientes términos:

> "En el supuesto litigioso, conforme se relata en la incombatida declaración de probanza, la empresa prestataria del servicio carece de poder de organización, de materiales o instrumentos que le son facilitados a los trabajadores por la empresa principal, respondiendo la movilidad no a razones técnicas y organizativas, sino a prestamismo laboral" (STSJ de Asturias de 25 de enero de 2008, I.L. J 165).

Similar doctrina y fallo puede leerse en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2008**, I.L. J 170, en un supuesto en el que nuevamente se considera determinante la renuncia de la empresa contratista a ejercer su poder de dirección y a poner en juego su organización empresarial, conclusión que a juicio del Tribunal se desprende de los siguientes hechos probados:

> "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, como afirma la recurrente en su escrito de recurso, 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, según muestran los hechos probados, que la empresa empleadora del trabajador (…) 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; 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" (STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2008, I.L. J 170).

Similar situación fáctica hay sido acreditada en juicio por una trabajadora de una empresa contratista que contrata con la administración autonómica gallega la asistencia técnica denominada "Análisis de los planes de defensa contra incendios forestales", pues en palabras del Tribunal:

> "la demandante prestaba servicios continuados en la Consellería de Medio Rural (Medio ambiente) de Galicia, utilizando los medios y materiales tales como locales, soporte informático, etc., sin ninguna distinción que lo diferenciase de los demás funcionarios del departamento. Presta sus servicios junto con los funcionarios, con su mismo horario de trabajo y fue seleccionada y entrevistada antes de su contratación por el responsable de la Consellería. Las vacaciones y permisos, su control y autorización dependen del Jefe del Departamento del Servicio si bien las comunicaba a la empresa contratista de que

depende el trabajador. El trabajo se realiza bajo la organización y dependencia técnica del Jefe de Departamento del citado Servicio. No se ha acreditado que ningún mando superior o intermedio de la empresa Tragsa a la que pertenece le impartiese instrucciones técnicas o incluso organizativas. Está inmerso en el círculo organizativo de la Consellería. Y en la ejecución de esos servicios no se han puesto en juego la organización y los medios propios de la empresa a la que está ligado por sus contratos de trabajo, limitándose ésta a la puesta a disposición de la trabajadora a la Xunta de Galicia; y la empresa co-demandada se limita a gestionar la nómina del actor, todo lo que nos lleva a entender concurrente la figura de la cesión ilegal de trabajadores" (**STSJ de Galicia de 24 de marzo de 2008**, I.L. J 496).

El mismo Tribunal resuelve un supuesto particularmente interesante, en el que la cesión de trabajadores se realiza para tres empresas comitentes diferentes; en los tres supuestos, la sentencia confirma la existencia de cesión ilegal atendiendo a la aplicación ponderada y no excluyente de una serie de criterios de valoración, como la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial de la contratista. En palabras de la sentencia:

"en la situación fáctica sometida aquí a debate, debe partirse de la evidencia (que reiteramos por tercera vez) de que la empresa cedente ha resultado ser una empresa real (no se ha acreditado en el pleito que la empresa cedente presente ausencia de infraestructura empresarial), con centro de trabajo y oficinas, aunque sigue resultando paradójico que con un capital social de 21.035 euros presente un objeto social amplísimo, llegando incluso a proporcionar servicios a las tres empresas demandadas en número superior a 37 trabajadores. Y siendo ello así, lo que debe determinarse ahora es cómo actúan aquí los distintos elementos clave (de los que habla el Tribunal Supremo) necesario para determinar la existencia o no de una cesión ilegal de trabajadores.

En primer lugar, y por lo que se refiere a la aportación de medios propios, el juzgador de instancia afirma (con valor de hecho probado) que tanto el material de trabajo como las instalaciones pertenecen a 'Ignacio González Montes, SA' (y Norsalnés sólo facilita a su personal ropa de trabajo y algunos utensilios), existiendo así una mínima transferencia de medios materiales. En segundo lugar, tanto la justificación técnica de la contrata (sobre la que no consta que venga determinada por necesidades de la producción, o exceso de pedidos) como la autonomía de su objeto son inexistentes. En fin, por lo que respecta al ejercicio de los poderes empresariales, la resultancia fáctica de la resolución de instancia pone de manifiesto que 'Norsalnés, SL' no ejercía un poder de dirección efectivo sobre sus trabajadores, puesto que es el encargado de 'Ignacio González Montes, SA' el que controla el trabajo del personal de la contratista, así como sus faltas de asistencia, controlando igualmente las medidas de prevención de riesgos, impidiendo a los trabajadores entrar en el lugar de trabajo si no las cumplen" (**STSJ de Galicia de 2 de abril de 2008,** I.L. J 502).

Similares argumentos sirven para declarar la existencia de cesión ilegal en un supuesto de contratación por la administración autonómica aragonesa "de los servicios necesarios, con empresas ajenas, para proporcionar los recursos humanos y materiales necesarios para permitir el funcionamiento del área de educación ambiental y los trabajos de recuperación y mantenimiento agropecuario incluidos en dicho programa de recuperación" (**STSJ de Aragón de 28 de enero de 2008,** I.L. J 509); y en otro supuesto en el que la empresa contratista retiene "algunas funciones como la ordenación de vacaciones, la organización de turnos, cierta actividad formativa o la prevención de riesgos laborales. Pero el ejercicio de las funciones empresariales básicas y esenciales se desarrollaba por AENA quien llevaba a cabo la gestión plena del servicio. Esta empresa no sólo daba las instrucciones de trabajo, sino que mantenía una conexión permanente y directa con las trabajadoras, recibía información diaria del trabajo realizado, resolvía las incidencias y, en definitiva, desarrollaba plenamente, por medio del personal formalmente adscrito a EULEN, el servicio de atención al cliente" (**STSJ de Valencia de 10 de marzo de 2008,** I.L. J 514).

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

El artículo 43.3 ET reconoce el derecho de los trabajadores sometidos a tráfico prohibido a elegir la empresa, cedente o cesionaria, en la que desean adquirir la condición de trabajadores fijos. De la lectura de dicho precepto no se desprende conexión alguna con lo dispuesto en el artículo 56 del mismo texto legal en materia de despido. Siendo así, parece claro que en supuestos de despidos improcedentes de trabajadores sometidos a cesión ilegal, las reglas que permiten al empresario optar por la readmisión o la indemnización conforme a dicho precepto no quedan alteradas, es decir, corresponderá al empresario decidir en cada caso qué alternativa le parece más adecuada, salvo en los supuestos especiales en que el ejercicio de dicho derecho de opción corresponde al trabajador, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 56 ET. Así al menos lo cree la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que, en unificación de doctrina, ha resuelto:

> "Por consiguiente, la norma contenida en el artículo 43 acerca de la cesión ilegal de trabajadores, concediendo a los ilegalmente cedidos la facultad de optar por cuál de las dos empresas (cedente o cesionaria) prefiere que siga siendo su empleadora, es totalmente independiente (y, por ello, irrelevante) en materia de quien sea el sujeto (empresa o trabajador) al que el artículo 56 confiera la opción entre la readmisión o la resolución contractual mediante la oportuna indemnización.
>
> En definitiva, como en el supuesto aquí enjuiciado el trabajador despedido de manera improcedente no era representante de los trabajadores ni delegado sindical, la opción entre la readmisión o la indemnización no le correspondía a él, sino a aquélla de las dos empresas –cedente o cesionaria– con la que dicho trabajador eligiera mantener la relación laboral" (**STS de 5 de febrero de 2008,** u.d., I.L. J 37).

**C) No procede el reconocimiento genérico de la antigüedad del trabajador en proceso por despido**

La **STS de 12 de febrero de 2008**, u.d., I.L. J 400, se pronuncia sobre la posibilidad de que en un proceso de despido se alegue la existencia de una cesión ilegal del trabajador

despedido o si, por el contrario, ello constituiría una acumulación de acciones vedada en los procesos de despido por aplicación del artículo 27.2 LPL, y en caso afirmativo, si el Tribunal puede pronunciarse sobre el reconocimiento de la antigüedad del trabajador despedido. La primera de las cuestiones ha sido ya resuelta por los tribunales; en concreto, el Tribunal Supremo "lo ha entendido así en numerosas ocasiones resolviendo sin dificultad algunos recursos de casación unificadora en procesos de despido (Sentencias de 16 de febrero de 1989, 13 de diciembre de 1990, 19 de enero de 1994 (recurso 3400/1992) y 21 de marzo de 1997 (recurso 3211/1996), entre otras, en los que las sentencias recurridas habían abordado con carácter previo la existencia de la cesión ilegal para identificar quién era el empleador real y efectivo del despedido, a fin de proyectar sobre él las consecuencias inherentes a todo despido. Y es que la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa –o prejudicial interna como la denominaron las Sentencias de 19 de noviembre de 2002 (recurso 909/2002) y 27 de diciembre de 2002 (recurso 1259/2002). Sobre la que es necesario decidir, por mandato del artículo 4.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los artículos 43 y 56 ET" (STS de 12 de febrero de 2008, u.d., I.L. J 400).

Aunque las afirmaciones previas permiten afirmar con rotundidad que en los procesos de despido puede examinarse la existencia de cesión ilegal entre las empresas demandadas, no cabe realizar interpretaciones extensivas que superen el ámbito de las cuestiones que inciden directamente en el pleito por despido, en caso contrario, no cabe el pronunciamiento del Tribunal. En el supuesto objeto de litigio, se discute también sobre la posibilidad de que el tribunal, reconocida la cesión ilegal y la improdedencia del despido, se manifieste sobre la antigüedad del trabajador, a efectos de reconocimientos de trienios, cuestión que la sentencia rechaza por no tratarse de una cuestión integrante del posible pronunciamiento sobre los efectos del despido, tras argumentar:

> "Tal y como ha quedado anteriormente consignado, la hoy recurrente en su demanda solicita que se le reconozca el tiempo de servicios prestados, a efectos de antigüedad, y que se le reconozca la consolidación de un trienio por el tiempo de servicios prestados. Dicha cuestión ninguna incidencia representa en el proceso por despido, ya que el reconocimiento de un trienio tiene unos concretos efectos respecto a los derechos que al trabajador le acarrea el reconocimiento de determinada antigüedad en la empresa. Cuestión diferente hubiera sido que la solicitud del reconocimiento de antigüedad se hubiera solicitado a los solos efectos del cálculo de la indemnización, en cuyo caso habría de haberse examinado la misma, como cuestión integrante del posible pronunciamiento de los efectos de la improcedencia del despido, pero al no haber sido así, no cabe un pronunciamiento genérico reconociendo la antigüedad del trabajador a todos los efectos" (STS de 12 de febrero de 2008, u.d., I.L. J 400).

## 6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

### A) No existe sucesión de empresa en supuestos de cambio de dependencias de la empresa principal

La **STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2008,** I.L. J 171, resuelve un litigio planteado en torno al traslado de las dependencias de una empresa; en concreto, la cuestión central radica en determinar si existe subrogación, por aplicación del artículo 44 ET, entre dos empresas contratistas, cuando una de ellas asume la limpieza de los locales que anteriormente realizaba la otra tras el traslado de la empresa principal a una nueva ubicación. Como puede leerse en la sentencia:

> "Los datos a considerar para evaluar si estamos ante la figura regulada por el artículo 44 ET y en su caso del artículo 65.2 del convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de Cataluña son los siguientes:
>
> 1. La empresa ISS realizaba el servicio de limpieza para el Instituto IMIM-Hospital del Mar en sus dependencias sitas en el recinto hospitalario del Hospital del Mar (planta baja del mismo y parte de la planta tercera, en la Calle Dr. Aiguader 88), además de en otras dependencias del Hospital del Mar y otras dependencias hospitalarias.
>
> Dentro de tales dependencias, concretamente las del IMIM eran atendidas por cinco trabajadoras, entre las que se encontraba la actora.
>
> 2. Las dependencias del IMIM (pero no del resto del hospital objeto de la contrata de limpieza) son trasladadas, con fecha de octubre de 2006, a las dependencias del Parc de Recerca Biomédica de Barcelona, sito en calle Dr. Aiguadé, 88.
>
> 3. En el citado edificio del Parc de Recerca el servicio de limpieza ya venía prestándose con anterioridad por la empresa Clece, SA, para todo el edificio y dependencias del mismo. Las dependencias que van a ser ocupadas por el IMIM, en la primera planta, estuvieron desocupadas hasta octubre de 2006, pero eran limpiadas desde marzo del mismo año.
>
> 4. La empresa ISS pretende la subrogación de Clece, SA, respecto de tres de las trabajadoras que realizaban la limpieza de las dependencias del IMIM, al trasladarse éstas a las del edificio del PRBB, subrogación que es negada por Clece, SA.
>
> 5. IMIM adjudica en febrero de 2007 el servicio de limpieza del material de laboratorio a la empresa ISS Facility Service, para lo cual se emplea a cinco personas, dos de las cuales realizaban los servicios de limpieza del IMIM en las antiguas dependencias del hospital del Mar" (STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2008, I.L. J 171).

El texto de la sentencia hace un recorrido amplio por el conjunto de la jurisprudencia española y comunitaria en la materia, para concluir que en el supuesto estudiado no se ha producido sucesión de empresa, a los efectos del artículo 44 ET. En opinión del Tribunal, se entiende que no habiéndose producido la extinción de la contrata, sólo cabe entender que se ha producido la reducción del servicio que afecta a varios trabajadores; por otra

parte, tampoco se ha producido nueva adjudicación del servicio correspondiente, por el contrario, las funciones en litigio han sido absorbidas por la empresa de limpieza que realizaba los servicios de limpieza en el nuevo edificio. No verificándose el supuesto de hecho previsto en la normativa laboral sobre transmisión de empresa, no cabe aplicar las consecuencias previstas en el artículo 44 ET para tales supuestos.

Similar razonamiento también impide, a juicio del Tribunal, la aplicación de lo previsto en el artículo 65.2 del Convenio Colectivo aplicable. En este apartado, la sentencia sostiene la inaplicabilidad del precepto al caso enjuiciado, por tratarse de un supuesto distinto al previsto en la norma convencional. Como hemos reflejado más arriba, el Tribunal sostiene que el litigio versa sobre un supuesto de traslado de una empresa a un edificio ya ocupado por otras empresas, motivo por el cual dicho edificio ya posee servicio de limpieza, a la sazón contratado con una contratista diversa. Siendo así, tampoco cabe la aplicación de la norma convencional, únicamente aplicable a supuestos de adjudicación de las labores de limpieza a una nueva contrata.

> "La diferencia entre uno y otro caso es sustancial y absolutamente determinante, porque en esta segunda situación la empresa principal no hace adjudicación de la contrata de limpieza a ninguna otra nueva empresa, sino que simplemente pasa a beneficiarse de los servicios de limpieza que ya se prestaban en el nuevo edificio, en virtud de una distinta contrata anterior concertada por una diferente empresa principal y que no guarda relación jurídica alguna con la contrata del centro de trabajo que se ha clausurado" (STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2008, I.L. J 171).

### B) Sucesión de empresa prevista en convenio colectivo: obligaciones de información

La **STSJ de La Rioja de 15 de enero de 2008,** I.L. J 195, aborda la posible subrogación en los derechos y obligaciones de una contratista saliente, que implica la asunción de la trabajadora demandante, en un supuesto en que la contratista de limpieza entrante ha incumplido los deberes de información impuestos por el convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la Comunidad Autónoma de La Rioja, aplicable a ambas empresas. En concreto, se trata de interpretar la Disposición Adicional Cuarta de dicha norma convencional, precepto en el cual se establece que "con el fin de conservar los puestos de trabajo y ver así reducidos al máximo los expedientes de regulación de empleo se aplicará la subrogación del personal, teniendo en cuenta para ello lo regulado en el artículo 10 del Acuerdo Marco del Sector (…)". El referido artículo 10 del Acuerdo Marco establece "en ningún caso se podrá oponer a la aplicación del presente artículo, y en consecuencia a la Subrogación la empresa entrante, en el caso de que la empresa saliente no le hubiera proporcionado a la entrante la documentación a que viene obligada. Y ello con independencia de que pudiera exigirle a aquélla la indemnización por los daños y perjuicios que en su incumplimiento le haya podido acarrear". A partir de lo dicho, el fallo discurre en la línea marcada por anteriores sentencias (STS de 6 de marzo de 2007):

> "Por todo lo expuesto y habiendo sucedido la recurrente en la prestación de servicios a la mercantil Eulen, SA, desarrollando aquélla la misma actividad que ésta y en el mismo centro de trabajo, no puede sino afirmarse la obligación de la empresa entrante de asumir los servicios de la trabajadora demandante y ello aunque la empresa saliente no cumpliera los requisitos de información a la empresa entrante que legalmente tiene atribuidos, por establecerlo así la norma convencional, y sin perjuicio del derecho que le asiste a deducir las acciones correspondientes en reclamación de los daños y perjuicios sufridos" (STSJ de La Rioja de 15 de enero de 2008, I.L. J 195).

### C) Subrogación empresarial protagonizada por una Sociedad Anónima Laboral

La posible aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 44 ET cuando la empresa cesionaria resulta ser una Sociedad Anónima Laboral, formada por los trabajadores de la empresa cedente tras la aplicación de un expediente de regulación de empleo, requiere una valoración especial, si bien la letra del artículo 44 ET no establece regla especial al respecto. A pesar de lo dicho, los tribunales suelen tener en cuenta las peculiaridades que concurren en los fenómenos de crisis empresarial y, en concreto, el interés general en favorecer los intentos de los trabajadores instrumentalizados a través de la constitución de empresas de economía social, con el objetivo de continuar las actividades de la empresa afectada por un proceso de crisis, aportando sus conocimientos y, en ocasiones, los fondos económicos procedentes de prestaciones públicas. La liquidación de la empresa anterior suele posibilitar la adquisición de elementos patrimoniales, lo que unido a la continuidad de todos o alguno de los trabajadores asemeja tales fenómenos a los descritos en el artículo 44 ET. A tales efectos, conviene tener presente que la aplicación sin matices del régimen jurídico laboral previsto en éste podría frustrar toda iniciativa que, por su contenido fundamentalmente social, requiere un tratamiento diverso. A pesar de lo dicho, no siempre puede excluirse la aplicación de las consecuencias previstas en el artículo 44 ET, que en algunos supuestos puede entenderse adecuada. Es el caso de la **STS de 23 de enero de 2008,** u.d., I.L. J 283, donde el Tribunal reconoce el derecho de un trabajador a percibir la paga de antigüedad reclamada, entendiendo que existe continuidad en su relación laboral. En concreto, se trata del celador de un colegio que participó junto a otros trabajadores en la constitución de una sociedad anónima laboral con el objetivo de continuar la explotación de dicha actividad, una vez que la empresa inicialmente propietaria tramitó el correspondiente expediente de regulación de empleo que posibilitó la extinción del conjunto de los contratos de los trabajadores que empleaba dicha empresa. Pues bien, en palabras de la sentencia:

> "La pretensión que el actor ejercita en la demanda origen de autos tiene como base o punto de partida el que se le reconozca al mismo en la empresa actual la antigüedad que tenía en la anterior o cedente; y es obvio que, a tal respecto, no es lo mismo que el actor y sus compañeros cesados en virtud de ERE no tengan nada que ver con la titularidad de la empresa entrante, que aquella situación en que esa empresa entrante o cesionaria es una sociedad constituida por el demandante y otros compañeros con el objetivo de que continúe la actividad de la empresa anterior y continúen la actividad de la empresa anterior y continúen también los vínculos laborales de estos trabajadores. Existe, por consiguiente,

en este último caso en los trabajadores cesados a consecuencia del ERE que fundaron la sociedad laboral, una voluntad e intención de continuidad de los vínculos laborales anteriormente existentes, que no puede apreciarse en cambio en el caso examinado en la sentencia referencial; y esta voluntad de continuidad en los fundadores de la nueva compañía puede ser razón relevante para estimar que ésta ha quedado subrogada en los derechos y obligaciones laborales de la anterior" (STS de 23 de enero de 2008, u.d., I.L. J 283).

**D) Mantenimiento de las condiciones fijadas en el convenio colectivo de la empresa cedente**

Entre los objetivos de la normativa estatal y comunitaria en materia de sucesión de empresa destaca el mantenimiento de las condiciones laborales de los trabajadores afectados por la cesión, circunstancia que encuentra reconocimiento legal en el artículo 44.4 ET donde, salvo pacto en contrario, se impone el mantenimiento de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transmitida. Dicha previsión únicamente despliega efectos hasta la expiración del convenio colectivo de origen o, en su caso, hasta la entrada en vigor de otro convenio nuevo que resulte aplicable a la entidad económica objeto de transmisión.

La **STS de 11 de junio de 2008,** u.d., I.L. J 576, aborda el problema planteado por un colectivo de trabajadores, afectados por un proceso de transmisión de empresas y encuadrados en el grupo de profesionales de taller, que reclaman la misma categoría y retribución que tenían en la empresa cedente, aunque dicho encuadramiento profesional no existe en el convenio colectivo aplicable en la empresa cesionaria. El Tribunal no entra a valorar el fondo de la cuestión por verse limitado por el tenor de la demanda y las peculiaridades del recurso de casación; a pesar de lo dicho, el texto de la sentencia realiza algunas consideraciones al respecto del derecho de los trabajadores afectados por la cesión a mantener el nivel retributivo precedente:

"En cuanto al mantenimiento del mismo nivel retributivo que tenían en la anterior empresa es cierto que el artículo 44.4 ET en relación a la sucesión de empresas establece que una vez reconocida la sucesión, los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el Convenio Colectivo que en el momento de la transmisión fue de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, lo que implica que en cuanto al salario no pueden verse perjudicados lo que en el caso de autos, puede suceder, de ahí la reclamación de diferencias salariales, pero para que ello pudiera aquí examinarse tendrá que haberse denunciado como vulnerado el referido artículo y concordantes del ET y ello no se ha efectuado, lo que es necesario, dados los límites de la casación, para que la Sala entrara a examinarlo" (STS de 11 de junio de 2008, u.d., I.L. J 576).

Jesús Cruz Villalón
Rafael Gómez Gordillo
Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco

## IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

# Sumario:

**1. Consideración preliminar. 2. Contratación: aspectos generales.** A) Período de prueba. **3. Contratación temporal.** A)Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Interinidad. B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en indefinida. c) Tratamiento de la extinción contractual. **4. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos.** A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato fijo discontinuo. C) Contrato de relevo. **5. Contratos formativos. 6. Contratación en la Administración Pública.**

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se han analizado en la presente crónica las sentencias correspondientes a los números 1 a 4 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* de 2008. Entre ellas cabe destacar algún pronunciamiento como el de la **STS de 25 de febrero de 2008,** I.L. J 73, sobre el período de cálculo de la base reguladora de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo de un fijo discontinuo; la **STS de 4 de marzo de 2008,** I.L. J 467, que entra en la controvertida cuestión de si ha de considerarse lícito o implica abuso de derecho el pacto de prueba de duración igual al del contrato temporal. Y, por resolver una cuestión claramente controvertida en la actualidad, interesa resaltar la **STSJ de Cantabria de 3 de abril de 2008,** I.L. J 500, que aplica el artículo 96.2 LEBEP a los indefinidos no fijos.

## 2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

### A) El período de prueba

Debe destacarse en relación con la duración del período de prueba, la **STS de 4 de marzo de 2008,** I.L. J 467, que entra en la controvertida cuestión de si ha de considerarse lícito o implica abuso de derecho el pacto de prueba de duración igual al del contrato temporal en un supuesto en el que se cumple estrictamente la previsión convencional en la materia:

> "(…) Como el plazo de duración del período de prueba de seis meses se ajusta a lo dispuesto en el Convenio Colectivo teniendo en cuenta los aludidos hechos probados, en ningún momento cabe entender que exista abuso de derecho manifiesto por parte del empresario, pues, para poder apreciar abuso de derecho, se requiere que se hayan acreditado circunstancias que determinen que no es razonable admitir la necesidad de un período de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad de las características de la demandante".

En este sentido, recuerda el TS su jurisprudencia en relación con la razonabilidad del período de prueba establecido, señalando que ésta depende de que el tiempo de prueba debe adecuarse a la finalidad misma de la institución que no es otra que posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato.

## 3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

### A) Supuestos

#### a) Contrato para obra o servicio determinado

Respecto de esta modalidad de contratación temporal, sólo reseñar la **STS de 26 de febrero de 2008,** I.L. J 403, de alcance procesal.

#### b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

En relación con esta modalidad contractual destaca la **STS de 17 de enero de 2008,** I.L. J 1, que viene a recordar la consolidada jurisprudencia en relación con la causalidad reseñando que:

> "(…) se trata de un contrato caracterizado por la temporalidad de la causa que lo legitima; si la causa no es temporal, la relación se convierte en indefinida; cabe la prórroga, siempre que sumada a la duración inicial ya transcurrida, no se supere el plazo máximo de duración permitido".

En el mismo sentido, la **STSJ de Asturias de 18 de enero de 2008,** I.L. J 167, señala que "el contrato de eventualidad sólo está justificado cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular"; y así, declara que no se ajusta a derecho el contrato eventual pactado porque "se debía haber acreditado que la empresa atravesaba por una situación de exceso de trabajo sobre su volumen habitual, no bastando con aducir que se trataba de la implantación de un programa, pues en ese caso se trataría de un servicio determinado".

**c) Interinidad**

En punto al contrato de interinidad por sustitución, cabe destacar, en primer lugar, la **STS de 31 de enero de 2008,** I.L. J 35, que unifica doctrina sobre el carácter fraudulento del cese de un trabajador interino cuando la persona sustituida había fallecido, si en su momento la Administración empleadora no procedió al cese cuando el trabajador sustituido fue declarado previamente en situación de incapacidad permanente absoluta. A estos efectos el Tribunal puntualiza que la simple referencia en la declaración de incapacidad de que "cabía instar la revisión por agravación o mejoría" no equivale a la reserva de puesto de trabajo conforme al artículo 48.2 ET, que exige, como se sabe, declaración expresa.

También resulta de interés la **STS de 13 de mayo de 2008,** I.L. J 462, que establece que el cese de la interina cuando finalizó la situación de baja por enfermedad no constituía un cese improcedente, por más que la trabajadora sustituida pasara a continuación a la situación de baja por maternidad.

Ya en relación con la modalidad contractual de interinidad por vacante 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, entendiendo que la duración de estos contratos no está sujeta al plazo máximo legal de 3 meses (**SSTS de 10 de diciembre de 2007,** I.L. J 227, **de 17 de enero de 2008,** I.L. J 326, **de 21 de enero de 2008,** I.L. J 526, **de 23 de enero de 2008,** I.L. J 438, **de 24 de enero de 2008,** I.L. J 247, **de 14 de febrero de 2008,** I.L. J 414, **de 20 de febrero de 2008,** I.L. J 299, **de 21 de febrero de 2008,** I.L. J 529, **de 26 de febrero de 2008,** I.L. J 392, **de 3 de marzo de 2008,** I.L. J 108, **de 14 de mayo de 2008,** I.L. J 544, **de 29 de mayo de 2008,** I.L. J 543 **y de 4 de junio de 2008,** I.L. J 570).

Asimismo, se aplica la doctrina ya unificada para los casos en que un interino por vacante que no se presentó a las pruebas para acceder a la plantilla de la empresa como trabajador fijo en la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, de modo que la no incorporación del trabajador temporal a su plaza tras haber superado el concurso no puede suponer automáticamente la extinción de la relación laboral temporal anterior. Y ello, por no derivarse de las normas del concurso, preveyéndose únicamente que ante la falta de petición del trabajador, la plaza vacante se transfiere al siguiente candidato de la lista de aprobados (**STS de 30 de octubre de 2007,** I.L. J 224).

Estrechamente ligado al ámbito de la excepción en cuanto al plazo máximo de este tipo de contratos para las Administraciones públicas, algún pronunciamiento declara que un consorcio es una entidad de derecho público (**STSJ de Castilla y León, Burgos, de 24 de enero de 2008,** I.L. J 147).

En fin, reseñar algunos pronunciamientos sin interés como aquellos en que no se admite la contradicción necesaria en la **STS de 22 de enero de 2008,** I.L. J 10, **STS de 21 de febrero de 2008,** I.L. J 343, **STS de 22 de febrero de 2008,** I.L. J 480 y **STS de 26 de febrero de 2008,** I.L. J 397.

### B) Reglas generales

#### a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Destaca en esta materia, la **STS de 17 de enero de 2008,** I.L. J 1, que resuelve la cuestión de si en un supuesto de sucesión de contratos eventuales –tanto a través de ETT como concertados directamente por la empresa usuaria–, la declaración de improcedencia del cese implica que el cómputo de la antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización y salarios de tramitación ha de realizarse desde el primero de los contratos pactados:

> "En efecto, tratándose de ellos (sucesivos contratos temporales) la antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización se remonta a la fecha de la primera contratación, tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos temporales cuanto si lo ocurrido es la mera sucesión –regular– de varios sin una solución de continuidad significativa, con interrupción inferior al tiempo de caducidad y aunque medie recibo de finiquito, y percibo de indemnización a la finalidad de cada contrato temporal, pues (…) en el ámbito del Derecho del Trabajo es regla que si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre la mismas partes, se entiende que la antigüedad se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal (…)".

También en relación con la antigüedad, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 17 de febrero de 2008,** I.L. J 142, viene a pronunciarse sobre la conocida cuestión relativa al trato desigual que supone un tratamiento convencional de ésta que distingue a efectos de trienios entre trabajadores fijos y temporales. Concretamente, concluye la resolución, de acuerdo con la consolidada jurisprudencia en el tema, que debe aplicarse a los trabajadores temporales el mismo régimen para el cómputo de la antigüedad que a los fijos, por aplicación del artículo 15.6 ET.

En el mismo sentido, la **STSJ de Baleares de 4 de febrero de 2008,** I.L. J 510, resuelve el conflicto colectivo planteado en relación con la interpretación del convenio reconociendo el derecho de los trabajadores temporales a percibir el complemento por trienios.

Finalmente, respecto del cómputo de la antigüedad a efectos salariales y su vinculación con la regulación convencional, la **STSJ de Cantabria de 8 de febrero de 2008,** I.L. J 202, viene a señalar, en relación con un supuesto de sucesión de contratos temporales sin solución de continuidad, que:

> "Es cierto que, a efectos de derechos salariales, la antigüedad es un concepto de configuración convencional y por lo tanto sería el convenio colectivo la norma de aplicación. Sin embargo, cuando en el texto del convenio se omite cualquier disposición respecto al modo de cómputo de la antigüedad (disposición que obviamente no puede ser discriminatoria) ha de irse a una interpretación del criterio de la antigüedad con valor general. (…) Por lo

tanto, tratándose de valorar la vinculación del trabajador a la empresa, han de computarse todos los períodos de contratación sucesiva entre los que no haya habido una solución de continuidad, con independencia de los contratos que hayan amparado la prestación de servicios".

**b) Conversión en indefinida**

La **STSJ de Cantabria de 3 de abril de 2008,** I.L. J 500, declara que se convierte en indefinida la relación laboral existente entre un trabajador y el Ayuntamiento que lo incorporó a su plantilla a través de un contrato de relevo temporal pero que, tras la jubilación definitiva del jubilado parcial, continúa prestando sus servicios:

> "(…) la pasividad de las partes unida a la continuación en la prestación de los servicios revela la ausencia de temporalidad en el contrato y conduce a la transformación del contrato temporal en indefinido, salvo que medie prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación. (…) Y el hecho de que el recurrente, hubiera continuado trabajando por cuenta del Ayuntamiento demandado durante un período de tiempo muy superior al mes, después de vencido el término inicialmente pactado en el contrato, sin que hubiera mediado denuncia alguna del mismo y sin que exista constancia en autos de que se haya convocado un concurso o cualquier otro procedimiento selectivo dirigido a la cobertura de la plaza vacante que pudiera justificar la prolongación temporal del mismo en tanto no se resolvía la nueva contratación, convierte el contrato en indefinido, pues la demora observada al tiempo de finalizar el contrato no se puede calificar de una simple irregularidad administrativa (…)".

**c) Tratamiento de la extinción contractual**

En esta materia, sólo cabe apuntar en el período analizado la **STS de 14 de mayo de 2008,** I.L. J 534, de alcance procesal, que no entra en la resolución de la cuestión relativa a si se ajusta o no a derecho la extinción del contrato temporal pactado para cubrir el período vacacional de los trabajadores de la plantilla.

## 4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

### A) Contrato a tiempo parcial

La aplicación del principio de igualdad en contratos a tiempo parcial ha motivado algunos pronunciamientos interesantes. En primer lugar, la **STS de 13 de febrero de 2008,** I.L. J 340, que considera inadecuado el sistema de retribución fijado en un convenio colectivo de Iberia, LAE para el personal fijo de actividad continuada a tiempo parcial. Y ello por cuanto dicho sistema transformaba la jornada anual a días y retribuía conforme a los días trabajados. De esta suerte se abonaba a estos trabajadores una retribución inferior a la que correspondería de la aplicación del principio de proporcionalidad en función de la comparación con la retribución de un trabajador a tiempo completo. En segundo lugar, las **SSTSJ de Baleares de 15, 22 y 24 de enero de 2008,** I.L. J 139, 140 y 141, que abun-

dan en la doctrina de que para meritar un complemento de antigüedad no es aplicable el principio de proporcionalidad, sino que ha de computarse todo el tiempo de servicios prestados, al margen de la jornada realizada, si bien la cuantía del complemento sí será proporcionalmente menor.

Por otra parte, en cuanto a la protección social en este tipo de contratos, la **STSJ de Cantabria de 13 de febrero de 2008,** I.L. J 205, determina la forma de calcular un subsidio de desempleo para mayores de 52 años en el caso de pérdida de un empleo a tiempo parcial. En este caso, se entiende que la situación de desempleo es "total", como si se tratase de un empleo a tiempo completo, radicando la única diferencia en una menor base reguladora.

### B) Contrato fijo discontinuo

En primer lugar, debe remarcarse la **STS de 15 de enero de 2008,** I.L. J 279, que declara que la contratación seguida en varias temporadas de artistas en espectáculos públicos no convierte la relación en trabajo fijo discontinuo. En segundo lugar, la **STS de 7 de febrero de 2008** (recurso 857/2007), que aplica doctrina unificada en el sentido que en los casos en que la irregularidad en la contratación temporal determine el carácter fijo discontinuo de la relación, el reintegro de las prestaciones de la empresa por la vía del artículo 145 LPL no se extiende a prestaciones por desempleo distintas que las trabajadoras no hubieran tenido derecho a cobrar si hubieran sido contratadas como correspondía, esto es, como fijas discontinuas.

Ya sobre las prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos, destaca la **STS de 25 de febrero de 2008,** I.L. J 73, que fija el período de cálculo de la base reguladora de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo estableciendo que se ha de realizar sobre el período comprendido entre el día de inicio de la campaña y el día del accidente. A la postre, la base reguladora no ha de calcularse multiplicando por 365 días el salario diario acreditado, sino sólo multiplicando los días transcurridos desde el inicio de la campaña del trabajador y el accidente.

En fin, reseñar algunos pronunciamientos sin interés como aquellos en que no se admite la contradicción necesaria en relación con la antigüedad de trabajadores fijos discontinuos, como las **SSTS de 16 de enero y 6, 14 y 18 de febrero de 2008,** I.L. J 11, 97, 344 y 345 y **STS de 27 de mayo de 2008,** I.L. J 546.

### C) Contrato de relevo

En este período, diversos pronunciamientos afectan al contrato de relevo y a la jubilación parcial. En primer lugar, el de mayor interés quizá sea el del supuesto contemplado en la **STSJ del País Vasco de 29 de enero de 2008,** I.L. J 191, que aborda 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 tribunal en esta ocasión se pronunica en sentido contrario a otros pronunciamientos en suplicación de otros TTSSJ ya reseñados en estas crónicas (*cfr.* STSJ de Aragón de 17 de septiembre de 2007, I.L. J 2378).

Por otra parte, la **STSJ de Cantabria de 3 de abril de 2008,** I.L. J 500, señala que la prolongación del contrato de relevo durante más de un mes después de la jubilación del trabajador relevado convierte a éste en indefinido.

## 5. CONTRATOS FORMATIVOS

La **STSJ de Extremadura de 21 de febrero de 2008,** I.L. J 216, establece que a efectos del despido el salario que correspondía a una trabajadora mayor de 18 contratada para la formación es el salario correspondiente a la categoría desempeñada fijado en el convenio y no el salario previsto en el mismo convenio para los aprendices menores de 18 años.

## 6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En este terreno, cabe reseñar la **STSJ de Cantabria de 3 de abril de 2008,** I.L. J 500, que aplica la conversión del contrato en indefinido no fijo por irregularidades en el cese de un contrato en la Administración Pública. La cuestión no tendría mayor interés, si no fuera porque el pronunciamiento extiende la previsión del artículo 96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público que impone la readmisión obligatoria del personal fijo, al indefinido no fijo, lo que viene siendo una cuestión de controversia doctrinal importante desde la aprobación de la mencionada Ley.

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) Conflicto colectivo. Ayuntamiento de Burgos. Bolsa Común. Integrada por el presupuesto general del Ayuntamiento para gastos de personal (para la celebración del día del patrón). No tiene naturaleza salarial. b) Correos y Telégrafos. Trabajador temporal. Reclamación del plus salarial de "permanencia y desempeño". Procedencia de su abono. c) ADIF-RENFE. Complemento de antigüedad. Es computable el "período de preparación colegiada" para acceder a sus Escuelas de Aprendices. d) Ministerio de Defensa. Complemento de traslado. Incentivo a la movilidad. Personal trasladado dentro de la misma localidad. No es necesario para su reconocimiento y pago ninguna medida complementaria. e) Personal laboral de las Administraciones Públicas. Complementos singulares de puesto de trabajo. Es necesario su desarrollo por la CIVEA, por acuerdo de los negociadores del Convenio. f) IBERIA, LAE Convenio colectivo. Trabajadores a tiempo parcial. Fórmula de cálculo de retribuciones que no es adecuada al principio de proporcionalidad previsto en el artículo 12 ET. g) Horas extraordinarias. Retribución. Médicos. Guardias de presencia física. Retribución como extraordinarias (valor hora ordinaria) de las que se realicen excediendo la jornada máxima legal. h) Horas extraordinarias según el Convenio Colectivo de Mercancías por Carretera de Cantabria. Prueba. Trabajador con categoría de conductor mecánico. i) Personal laboral temporal de la Junta de Castilla y León. Reclamación de cantidad. El cómputo del plazo prescriptivo comienza cuando las cantidades entregadas a cuenta para el personal fijo devienen definitivas. B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. C) Fondo de Garantía Salarial.
a) Responsabilidad subsidiaria: indemnización por despido improcedente pactada en acto de conciliación. Estado de insolvencia acaecido entre la entrada en vigor de la Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre de 2002, y la fecha de expiración del plazo

para adaptar ésta al Derecho interno. Interpretación de la Directiva 80/987/CE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE. b) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Incumplimiento de los presupuestos legalmente exigidos: cantidad global por los conceptos de saldo y finiquito pactada en acto de conciliación. c) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Indemnización por despido objetivo. Títulos legales habilitantes: no es válida a estos efectos la comunicación escrita enviada por la empresa a la trabajadora. d) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Despido que se formaliza como objetivo o individual y que no sigue el trámite del expediente colectivo de extinción exigible por las circunstancias y el número de trabajadores afectados. **2. Jornada de trabajo.** A) Descanso. Tiempo de bocadillo. Derecho del trabajador a abandonar el recinto laboral con la finalidad de fumar durante el denominado tiempo del bocadillo. B) Día de descanso. Diferencias con día libre. No cabe confundir ni igualar los conceptos de día de descanso consiguiente a una jornada especial y el día libre regulado en la negociación colectiva. C) Horas extras. a) Tienen esta consideración las que excedan de la jornada anual en proporción a los meses de años trabajados, aun cuando al momento de extinguirse la relación laboral no se hubiera superado la jornada anual. b) Prueba de su realización. Corresponde al trabajador cuando éste tiene facilidad probatoria a tal fin, cual es la existencia de tacógrafo en el vehículo que conduce. c) Nulidad de la cláusula introducida en contratos de duración determinada, de relevo y por tiempo indefinido, que obliga a realizar las horas extraordinarias requeridas por la empresa hasta el máximo legal. **3. Pacto de no competencia.** A) Cláusula de no concurrencia post-contractual. La compensación económica lo es de cantidades líquidas en las cuales han de incluirse las pagas extraordinarias. B) Pacto de no competencia. Validez. Cláusula penal. Nulidad parcial por exceso en la cuantía de la indemnización. No conlleva la nulidad del acuerdo de no competencia. **4. Clasificación profesional.** A) Convenio colectivo extraestaturio, ascenso y clasificación profesional. B) Acción de clasificación profesional: prescripción. Convenio Colectivo Único para el Personal de la Administración General del Estado. **5. Movilidad funcional.** A) Realización de funciones de superior categoría: supletoriedad y mínimo de derecho necesario en el artículo 39.4 ET. B) Legitimación procesal, movilidad descendente y doble límite causal y temporal. C) Realización de

funciones de superior categoría y retribución. D) Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado: cambio de funciones por disminución de la capacidad laboral y retribuciones. **6. Movilidad geográfica.** A) Ministerio de defensa. Indemnización por traslado dentro de la misma localidad. Estimación. B) Movilidad geográfica. Traslado. Derecho a indemnización por daños ocasionados por el traslado efectuado y declarado injustificado por sentencia firme. **7. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.** A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Concepto y requisitos. Implantación de señales acústicas para delimitar el cambio de turno. No es modificación sustancial. Ejercicio del *ius variandi* y con exigencia de razones que la justifican. B) Rescisión contractual indemnizada. Improcedencia. La revocación de poderes y la orden de traslado no constituyen modificación sustancial de las condiciones de trabajo. **8. Excedencias.** A) Excedencia voluntaria. Reingreso. Denegación. Indemnización de daños y perjuicios: *Dies a quo*. B) Excedencia forzosa: Concepto de cargo público. **9. Suspensión del contrato de trabajo.** A) Suspensión del contrato de trabajo. Fuerza mayor. B) Suspensión del contrato de trabajo. Trabajador declarado en incapacidad permanente total con previsión de revisión por mejoría.

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2008 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 581).

## 1. SALARIO

### A) Definición y composición de la estructura salarial

#### a) Conflicto colectivo. Ayuntamiento de Burgos. Bolsa Común. Integrada por el presupuesto general del Ayuntamiento para gastos de personal (para la celebración del día del patrón). No tiene naturaleza salarial

**STSJ de Castilla y León (Burgos) de 6 de marzo de 2008** (recurso 118/2008), I.L. J 316.

En resolución de un supuesto bien concreto, la Sentencia del TSJ de Castilla y León (Burgos) de 6 de marzo de 2008 (recurso 118/2008), I.L. J 316, llega a la conclusión de que tal contribución municipal no es una retribución salarial, sino extrasalarial, porque no constituye una retribución básica o complementaria, ni siquiera es un complemento per-

sonal ni transitorio, cuando para su determinación no se parte de los salarios y categorías de los empleados municipales sino que se establece una fórmula de cálculo partiendo del presupuesto general para gasto de personal. Además, se concede a la generalidad de empleados municipales sin tener en cuenta el trabajo realizado, esto es, al margen de toda consideración relativa al tiempo de trabajo, al resultado de la actividad laboral, a las condiciones materiales o personales de las prestación de servicios, de forma que existe una desconexión entre tal contribución económica y la prestación de servicios, tal y como exige el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores al definir el salario.

**b) Correos y Telégrafos. Trabajador temporal. Reclamación del plus salarial de "permanencia y desempeño". Procedencia de su abono**

**STS de 17 de enero de 2008** (recurso 447/2007), I.L. J 57, y **STS de 24 de enero de 2008** (recurso 533/2007), I.L. J 7.

La STS de 17 de enero de 2008 (recurso 447/2007), I.L. J 57, después seguida por la STS de 24 de enero de 2008 (recurso 533/2007), I.L. J 7, reitera el criterio ya expuesto de forma más reciente en la STS de 26 de marzo de 2007, y todas ellas parten 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). 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 de 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.

Como entonces ya se dijo, señalar que la postergación en la percepción del discutido plus de permanencia y desempeño a la negociación obtenida entre empresa y trabajadores en el plazo de un año, cuando se ha superado con creces el indicado período de tiempo y en función de una norma que ya aparece en Convenio anterior, no resulta admisible. La empresa no puede ampararse, exclusivamente, en la falta de acuerdo respecto a la percepción del plus cuestionado –en sus diferentes tramos– para no reconocer y abonar éste a los trabajadores demandantes que, además y a la fecha de la reclamación ya ostentan la condición de fijos de plantilla.

Como argumento adicional, que indica la STS de 17 de enero de 2008 (recurso 447/2007), I.L. J 57, la percepción del cuestionado plus de "permanencia y desempeño" a trabajadores que llevan en la empresa una larga trayectoria de prestación de servicios se opone, como es obvio, a un orden lógico de enjuiciamiento de las cosas.

**c) ADIF-RENFE. Complemento de antigüedad. Es computable el "período de preparación colegiada" para acceder a sus Escuelas de Aprendices**

**SSTS de 15 de febrero 2008 (dos)** (recurso 1718/2007), I.L. J 46 y (recurso 1895/2007, I.L. J 103, y **STS de 21 de febrero de 2008** (recurso 2322/2007), I.L. J 355.

Precisan las SSTS de 15 de febrero de 2008 (dos) (recurso 1718/2007), I.L. J 46 y (recurso 1895/2007), I.L. J 103, en criterio reiterado después por STS de 21 de febrero de 2008 (recurso 2322/2007), I.L. J 355, 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 el BOE de 26 de agosto de 1993, regula el cómputo de la antigüedad en el artículo 19, con arreglo al cual la antigüedad 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.

**d) Ministerio de Defensa. Complemento de traslado. Incentivo a la movilidad. Personal trasladado dentro de la misma localidad. No es necesario para su reconocimiento y pago ninguna medida complementaria**

**SSTS de 17 de enero 2008** (recurso 4914/2006), I.L. J 4, **de 23 de enero 2008** (recurso 786/2007), I.L. J 284, **de 6 de febrero 2008** (recurso 1150/2007), I.L. J 304, **de 11 de febrero de 2008** (recurso 1306/2007), I.L. J 399, **de 28 de febrero 2008** (recurso 1306/2006), I.L. J 413, **de 6 de marzo 2008** (recurso 1938/2007), I.L. J 424, **de 12 de mayo 2008** (recurso 2825/2007), I.L. J 457, **de 14 de mayo 2008 (dos)** (recurso 1992/2007) I.L. J 431 y (recurso 123/2007) I.L. J 432, **de 27 de mayo 2008** (recurso 1333/2007), I.L. J 538 y **de 28 de mayo 2008** (recurso 1507/2007), I.L. J 474.

A tenor del criterio mantenido ya por la Sala Cuarta en Sentencias de 29 de noviembre de 2007, las Sentencias de 17 de enero de 2008 (recurso 4914/2006), I.L. J 4, 23 de enero de 2008 (recurso 786/2007), I.L. J 284, 6 de febrero de 2008 (recurso 1150/2007), I.L. J 304, 11 de febrero de 2008 (recurso 1306/2007), I.L. J 399, 28 de febrero de 2008 (recurso 1306/2006), I.L. J 413, 6 de marzo de 2008 (recurso 1938/2007), I.L. J 424, 12 de mayo de 2008 (recurso 2825/2007), I.L. J 457, 14 de mayo de 2008 (dos) (recurso 1992/2007), I.L. J 431 y (recurso 123/2007), I.L. J 432, 27 de mayo de 2008 (recurso 1333/2007), I.L. J 538 y 28 de mayo de 2008 (recurso 1507/2007), I.L. J 474, reiteran los argumentos de aquélla. No se discute en todos estos supuestos el traslado en las condiciones que se fijan en el Capítulo II del Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 2003/2004. Por ello, si dentro de los Incentivos para la Modernización y Mejora de la Administración Pública (año 2003-2004), especificados en el Anexo de ese Acuerdo, figura un incentivo a la movilidad, como medida para mejorar la eficacia de los servicios y la eficiencia en la utilización de los recursos humanos, consistente en el abono, por una

sola vez, de 1.200 euros al personal trasladado dentro de la localidad, procede el abono, ya que los elementos determinantes de la percepción están perfectamente delimitados.

No es necesaria entonces acción alguna gubernamental para hacerlo efectivo, ya que la mención genérica contenida en el Capítulo XVIII, relativa a que "el Gobierno promoverá las medidas necesarias para la ejecución de lo previsto en el presente Acuerdo", no puede referirse a ninguna acción que varíe lo pactado sino tan sólo a las medidas necesarias (presupuestarias, técnicas, administrativas,...) para que se cumplan y ejecuten los Acuerdos alcanzados. A diferencia de otros incentivos, no parece que necesite de ninguna medida complementaria" para su efectividad.

**e) Personal laboral de las Administraciones Públicas. Complementos singulares de puesto de trabajo. Es necesario su desarrollo por la CIVEA, por acuerdo de los negociadores del Convenio**

**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), I.L. J 77 y (recurso 1821/2007), I.L. J 404, **de 29 de mayo de 2008** (recurso 1105/2007), I.L. J 539, **de 3 de junio de 2008** (recurso 715/2007), I.L. J 568 **y de 24 de junio 2008** (recurso 2897/2007), I.L. J 578.

A propósito de la reclamación del personal laboral de distintos Ministerios (Defensa, de Educación y Ciencia, de Medio Ambiente), la Sala Cuarta 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 Personal 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 Sentencia de 18 de enero de 2007 (recurso123/2005), de 12 de noviembre de 2007 (recurso 899/2007), seguida 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), I.L. J 77 y (recurso 1821/2007), I.L. J 404, de 29 de mayo de 2008 (recurso 1105/2007), I.L. J 539 y de 24 de junio 2008 (recurso 2897/2007) , I.L. J 578. 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, I.L. J 568 (recurso 715/2007), 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 294/2005) antes referida, 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 en el presente recurso 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.

**f) IBERIA, LAE. Convenio colectivo. Trabajadores a tiempo parcial. Fórmula de cálculo de retribuciones que no es adecuada al principio de proporcionalidad previsto en el artículo 12 ET**

**STS de 13 de febrero de 2008** (recurso 4352/2006), I.L. J 340.

Según la STS de 13 de febrero de 2008 (recurso 4352/2006), I.L. J 340, en el Convenio Colectivo de aplicación el artículo 5 no reconoce a los trabajadores de actividad continuada a tiempo parcial una retribución proporcional, en atención a las horas trabajadas, a

la que correspondería a un trabajador a tiempo completo comparable –de la misma empresa, con el mismo tipo de contrato de trabajo, excepto la duración de la jornada y que realice un trabajo idéntico o similar–, tal como señala el apartado 1 del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores. Le resulta suficiente realizar una sencilla operación aritmética, partiendo de los propios datos suministrados por la demandada. Procede, por ello, la aplicación de lo establecido en el artículo 12.4.d) del Estatuto de los Trabajadores para calcular las retribuciones correspondientes a los trabajadores fijos de actividad continuada a tiempo parcial, teniendo en cuenta las horas efectivas realizadas y el porcentaje que éstas representan respecto a la jornada anual de un trabajador a tiempo completo, que tiene fijada su jornada en 1.712 horas efectivas anuales.

**g) Horas extraordinarias. Retribución. Médicos. Guardias de presencia física. Retribución como extraordinarias (valor hora ordinaria) de las que se realicen excediendo la jornada máxima legal**

**STS de 26 de diciembre de 2007** (recurso 3697/2006), I.L. J 324.

La **STS de 26 de diciembre de 2007** (recurso 3697/2006), I.L. J 324, insiste en una doctrina pacífica, que el tiempo de trabajo en guardias de presencia se corresponde con la definición del artículo 8.2 de la Directiva 93/104 y ha de enlazarse con el número 1 del artículo 35 ET, con arreglo al que "tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido". Por ello, las horas de guardia son de trabajo y que se realizan incuestionablemente sobre la duración de la jornada legal máxima a que se refiere el artículo 34 ET, de ello se desprende que las horas de trabajo –y las guardias, como se ha expuesto, lo son– que excedan de la jornada máxima del ET, 40 horas semanales o 1.826 horas y 27 minutos anuales (artículo 6 del Acuerdo Interconfederal de 1983, BOE de 1 de marzo), han de calificarse como extraordinarias forzosamente y han de retribuirse con el valor establecido para la hora ordinaria de trabajo.

**h) Horas extraordinarias según el Convenio Colectivo de Mercancías por Carretera de Cantabria. Prueba. Trabajador con categoría de conductor mecánico**

**STSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2008** (recurso 80/2008), I.L. J 203.

Muy interesante, sin duda, es la Sentencia del TSJ de Cantabria de 20 de febrero 2008 (recurso 80/2008), I.L. J 203, que remite a la STS de 20 de febrero de 2007, respecto a la distinción entre horas ordinarias, horas extraordinarias y horas de presencia o espera, y de las consecuencias que de esa distinción se derivan en orden a la retribución de cada una de ellas, atendiendo a la regulación establecida en el convenio colectivo. Tal pronunciamiento resulta explícito en la aplicación a ese sector de control y prueba de la realización de horas extraordinarias (artículo 35.5 ET) y de los tacógrafos como aparatos de control.

**i) Personal laboral temporal de la Junta de Castilla y León. Reclamación de cantidad. El cómputo del plazo prescriptivo comienza cuando las cantidades entregadas a cuenta para el personal fijo devienen definitivas**

**SSTS de 18 de diciembre de 2007** (recurso 4751/2006), I.L. J 233, **de 11 de diciembre de 2007** (recurso 2727/2006), I.L. J 234, **y de 11 de febrero 2008** (recurso 4828/2006), I.L. J 362.

La solución conforme a derecho de la cuestión controvertida es la resuelta con anterioridad en asuntos idénticos al presente, en los que se apreció la inexistencia de prescripción, Así en SSTS de 14 de marzo de 2007 (recurso 975/2006) (RJ 2007, 4625), de 30 de abril de 2007 (recurso 1685/2006) (RJ 2007, 7517) y de 31 de mayo de 2007 (recurso 2055/2006) (RJ 2007, 7529), entre otras.

Las razones las vuelve a exponer la STS de 18 de diciembre de 2007 (recurso 4751/2006), I.L. J 233 y la STS de 11 de diciembre de 2007 (recurso 2727/2006), I.L. J 234; se pueden resumir en los siguientes puntos que la primera, más explícita, dispone: 1) el precepto aplicable al caso es el artículo 59.2 ET, según el cual prescriben al año las pretensiones "para exigir percepciones económicas", iniciándose el cómputo del plazo "desde el día en que la acción pudiera ejercitarse"; 2) a diferencia de lo que sucede con el personal fijo, la Disposición Transitoria Cuarta del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Castilla y León (2003) no ha dispuesto la entrega de una cantidad a cuenta a los trabajadores vinculados con la Comunidad Autónoma mediante un contrato temporal, por lo que respecto de la actora no sería razonable exigirle la reclamación inmediata de dicha percepción a cuenta; 3) por otra parte, la invocación por parte de la Comunidad Autónoma de la excepción de prescripción incurre en contradicción con el "acto propio" de dicha entidad autonómica, en su cualidad de parte de la mesa de la negociación colectiva, de limitar al personal fijo el abono inmediato de la cantidad a cuenta ahora reclamada; 4) a ello hay que añadir que, "en sentido semejante a lo establecido en el artículo 1972 del Código Civil", no cabe hablar de iniciación del plazo de prescripción respecto de cantidades pendientes de liquidación futura, y que no están por tanto definitivamente establecidas, máxime teniendo en cuenta la mayor brevedad de los plazos de prescripción establecidos en el ordenamiento laboral.

La STS de 11 de febrero de 2008 (recurso 4828/2006), I.L. J 362, insiste en la efectividad de los artículos 59.2 ET y 1972 del Código Civil.

**B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación**

**STS de 21 de diciembre de 2007** (recurso de casación 1/2007), I.L. J 229.

1. El VI Convenio Colectivo de la empresa XXX establece en su artículo 42 una regulación diferente del complemento de antigüedad, de esta forma los trabajadores en alta el 30 de septiembre de 1994 mantienen como condición más beneficiosa a título personal lo

establecido en el II Convenio Colectivo y continuarán percibiendo trienios indefinidos y quinquenios, mientras que el resto de trabajadores percibirán un complemento salarial personal de antigüedad que consiste en quinquenios indefinidos. Se pone en tela de juicio en este recurso de casación la supuesta vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 14 CE) como consecuencia de la diferente regulación del complemento de antigüedad en función de la fecha de ingreso en la empresa.

2. Señala el TS que la fecha de ingreso en la empresa no es un motivo genérico de discriminación o una circunstancia personal o social que se haya incluido en la lista tasada del artículo 14 CE, ahora bien, las diferencias de trato entre trabajadores en función de la fecha de ingreso en la empresa establecidas en convenios colectivos podrán ser lícitas o ilícitas dependiendo de si están o no basadas en una justificación objetiva y razonable, de forma que a pesar de que la fecha de ingreso no pueda ser considerada como un factor discriminatorio, subsiste la necesidad de justificar la diferencia de trato.

Por su parte, la jurisprudencia social, en sus últimas sentencias ha establecido que puede ser lícita y justificar la diferencia de tratamiento una cláusula de un Convenio Colectivo que garantice derechos adquiridos en materia salarial, ahora bien, lo que no es lícito es que una cláusula del Convenio Colectivo instaure para el futuro un determinado régimen jurídico, con persistencia del privilegio.

Siendo esto así, se argumenta que el hecho de que los trabajadores en alta antes del 30 de septiembre de 1994 hayan disfrutado de unas condiciones económicas superiores, justifica que no reciban un trato peyorativo en los convenios colectivos posteriores, pero no legitima que esa situación de privilegio se perpetúe en la relación laboral, haciéndoles acreedores de trienios y quinquenios futuros, frente al exclusivo derecho a quinquenios por parte de los empleados ingresados con posterioridad. Ni siquiera por el hecho de que esta regulación privilegiada traiga causa lejana en la procedencia empresarial. Y es que solamente podría defenderse la diferenciación en términos de temporalidad, aplicándose el régimen privilegiado para la antigüedad ya devengada y la nueva normativa para los servicios posteriores.

En conclusión, la diferencia retributiva que se establece en este Convenio Colectivo no supera el juicio de proporcionalidad y ello puesto que no consta que la doble escala obedeciese a una política empresarial favorecedora del empleo; ni que los trabajadores favorecidos por la doble escala salarial hayan sido los trabajadores sacrificados en otra situación de crisis.

3. Se trata en este supuesto del fenómeno conocido como doble escala salarial, esto es, la desigualdad retributiva que se establece exclusivamente en función de la fecha de ingreso en la empresa, que es analizada por primera vez por la doctrina constitucional en la sentencia 119/2002, de 20 de mayo. En su exposición, el TC afirma que el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada sino que también debe superar un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, en resumen, que el principio genérico de igualdad no postula ni como

fin ni como medio la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato. Además el juicio de igualdad es de carácter relacional, y exige de un lado que como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas, y de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables.

**STSJ de Canarias (Las Palmas) de 17 de febrero de 2008** (recurso de suplicación 47/2008), I.L. J 142.

1. La actora ha prestado servicios para la empresa XXX desde el 8 de agosto de 2000 como contratada temporal de carácter laboral y cuando se interpone la demanda computaba tres años y tres días de antigüedad desde que se inició el primero de sus contratos. El artículo 60.b) del Convenio Colectivo reconoce a todos los trabajadores, así como a los eventuales en el ámbito de un mismo contrato de trabajo, un complemento de antigüedad (trienios). La parte dispositiva de la sentencia de instancia estima totalmente la demanda interpuesta por la actora y declara que la antigüedad de ésta se remonta al 8 de agosto de 2000, por lo que se le reconoce un trienio en la empresa. La sentencia de instancia fue recurrida en suplicación alegando la infracción de los artículos 25.1 ET y 60.b) del Convenio Colectivo.

2. Se trata de dilucidar si el régimen de la antigüedad previsto en el artículo 60.b) para el personal contratado temporalmente supone un trato desigual carente de justificación, en relación con el régimen que permite al personal fijo el devengo de trienios. Efectivamente, el artículo 60.b) reconoce un complemento de antigüedad a los trabajadores eventuales en el ámbito de un mismo contrato de trabajo, precepto del que resulta que la antigüedad computable para el personal temporal es la derivada de un mismo contrato, mientras que para el cómputo del tiempo para el personal fijo a estos efectos de antigüedad es el de la continuidad de la relación laboral sin referencia alguna al número de contratos suscritos o a su naturaleza temporal o indefinida.

La Sala entiende que este diferente régimen en el cómputo de la antigüedad a efectos de trienios carece de justificación alguna porque la prolongada permanencia de más de tres años consecutivos al servicio de la empresa ya sea en virtud de un mismo contrato o de varias relaciones contractuales sucesivas acredita de la misma manera y con la misma intensidad una experiencia merecedora de la equiparación de los trabajadores temporales a los fijos en materia de antigüedad. De esta forma, el régimen establecido en el artículo 60 del Convenio Colectivo resulta contrario a lo establecido en el artículo 15.6 ET.

3. Como es sabido, la jurisprudencia sobre el complemento de antigüedad y los trabajadores temporales ha sido variable hasta que el TS en su Sentencia de 7 de octubre de 2002 establece una doctrina unificada tomando en consideración, tanto lo dispuesto en la Directiva 1999/70 CEE del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración indefinida, como en el artículo 15.6 ET, garantizando de esta forma

el principio de no discriminación del trabajador temporal respecto del contratado con carácter indefinido. Posteriormente, la jurisprudencia del TS ha considerado el carácter imperativo del artículo 15.6 ET, que, de esta forma, se superpone al precepto convencional contrario. El citado artículo debe estimarse provisto de imperatividad, tanto por su propio texto como en virtud de los antecedentes y criterios a que responde: aplicación de la normativa comunitaria en el ordenamiento laboral español y fundamento en el principio de igualdad, salvo apreciación de causa objetivamente justificativa de una diferencia de trato entre los trabajadores fijos y los temporales. Siguiendo la anterior jurisprudencia, la sentencia que se comenta concluye que el cálculo de la antigüedad a efectos de trienios para el personal temporal tomando en consideración la relación contractual vigente, supone un trato desigual sin justificación respecto al personal fijo para el que la antigüedad se computa por la continuidad en la relación laboral, sin que quede consiguientemente limitado al contrato en vigor.

### C) Fondo de Garantía Salarial

**a) Responsabilidad subsidiaria: indemnización por despido improcedente pactada en acto de conciliación. Estado de insolvencia acaecido entre la entrada en vigor de la Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre de 2002, y la fecha de expiración del plazo para adaptar ésta al Derecho interno. Interpretación de la Directiva 80/987/CE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE**

**STJCE de 17 de enero de 2008** (asunto C-246/2006), I.L. J 116.

1. La Sra. V.N. y la empresa C.L. alcanzaron un acuerdo de conciliación en virtud del cual la empresa, por un lado, reconoció la improcedencia del despido de que fue objeto la trabajadora y, por otro lado, se comprometió a abonar a ésta la indemnización por despido y los salarios de tramitación previstos en el artículo 56 ET. En base al auto de insolvencia provisional relativo a la empresa, la Sra. V.N. solicitó al FOGASA que le abonara la correspondiente prestación en concepto de indemnización y salarios de tramitación que su antigua empresa no le había pagado. El FOGASA aceptó abonar a la demandante la suma correspondiente a los salarios de tramitación, pero consideró que la trabajadora no tenía derecho a la cantidad solicitada en concepto de indemnización por despido debido a que no estaba reconocida por sentencia ni por resolución judicial. La Sra. V.N. interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Social Único de Algeciras contra la negativa del FOGASA a abonarle la correspondiente indemnización por despido.

2. El Juzgado de lo Social Único de Algeciras plantea una petición de decisión prejudicial ante el TJCE. Dicha petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002. Concretamente se plantean las siguientes cuestiones prejudiciales: "1) Una vez

(constatado) por el Juez nacional que la legislación interna, por ser incompleta, no está adaptada a fecha 8 de octubre de 2005, a la Directiva 2002/74 y su interpretación por el TJCE (…) ¿debe considerarse que la misma tiene efecto directo, frente al FOGASA, la Institución Estatal de Garantía, a partir del día siguiente (9 de octubre de 2005)? 2) Si la respuesta anterior es afirmativa, dicho efecto directo de la Directiva 2002/74 ¿debe aplicarse también, por su carácter más beneficioso para el trabajador (y menos beneficioso para el Estado incumplidor), a una situación de insolvencia declarada –tras una conciliación judicial no prevista en dicha legislación interna incompleta– entre la fecha de entrada en vigor de la Directiva (8 de octubre de 2002) y la fecha máxima en que el Estado español debió tener en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la referida Directiva (8 de octubre de 2005)?".

Para dar respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, el TJCE indica, en síntesis, que, según jurisprudencia reiterada, una Directiva sólo puede tener efecto directo cuando haya vencido el plazo fijado para adaptar a ésta el ordenamiento jurídico de los Estados miembros. En base a ello se concluye que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia cabe deducir que si un Estado miembro no ha adaptado su Derecho nacional a la Directiva 2002/74 en el plazo fijado, el eventual efecto directo de ésta sólo puede invocarse, a partir del 8 de octubre de 2005 (fecha en que venció el plazo para adaptar el Derecho interno a la indicada Directiva), y en relación con un estado de insolvencia producido después de esta fecha.

Por otro lado, se señala que el propio Tribunal de Justicia también ha declarado en anteriores ocasiones, en que no se había presentado argumento convincente para justificar la diferencia de trato, que el respeto al principio de igualdad únicamente puede garantizarse concediendo a las personas incluidas en la categoría perjudicada las mismas ventajas que aquellas de que disfrutan las personas comprendidas en la categoría beneficiada. En base a ello se concluye que cuando la normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987, en su versión modificada por la Directiva 2002/74, el juez nacional está obligado, en relación con un estado de insolvencia producido entre la fecha de entrada en vigor de esta última Directiva y la fecha de expiración del plazo para la adaptación a ésta del Derecho interno, a garantizar una aplicación de esta normativa nacional conforme al principio de no discriminación, tal como se reconoce en el ordenamiento jurídico comunitario.

**b) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Incumplimiento de los presupuestos legalmente exigidos: cantidad global por los conceptos de saldo y finiquito pactada en acto de conciliación**

**STS de 22 de enero de 2008** (recurso de casación para la unificación de doctrina 490/2007), I.L. J 270.

1. En el supuesto que resuelve la STS comentada se cuestiona de nuevo la responsabilidad del FOGASA en orden al pago de ciertas cantidades concretadas en acto de conciliación,

donde la empresa reconoció adeudar determinada cantidad en concepto de saldo y finiquito. Posteriormente, declarada la insolvencia de la empresa, se reclamó del FOGASA el pago y el FOGASA deniega la solicitud. Recurrida dicha resolución, se confirma por el TSJ de Madrid al no haberse desglosado los conceptos que incluía el saldo y finiquito; se señala que la demandada, al tratarse de un acto de conciliación, sólo respondía de los conceptos salariales del artículo 26.1 ET, conceptos entre los que no se encuentran las dietas y gastos de locomoción, motivo por el cual la falta de concreción de los conceptos adeudados impedía que naciera la obligación subsidiaria del FOGASA. Ante parecida situación, el TSJ de Castilla-La Mancha resuelve que la falta de concreción de los conceptos sobre los que se había producido la conciliación carecía de relevancia y no liberaba de responsabilidad al FOGASA, quien, bien durante la tramitación del expediente administrativo previo, bien durante el incidente de ejecución judicial de la conciliación, había podido alegar y resolver esa falta de concreción de los conceptos reclamados.

2. Para resolver esta cuestión, el TS insiste, de nuevo, en la necesidad de cumplir con los presupuestos legalmente exigidos por el artículo 33 ET para que pueda prosperar la reclamación ante el FOGASA. En síntesis se indica que en el acto de conciliación no se reconoció una deuda estrictamente salarial, al no precisarse los conceptos a los que se imputaba, y que tal falta de concreción perjudica a quien intervino en ese acto sin especificar y acreditar la naturaleza salarial de la deuda y los conceptos a los que se imputaba, pues es a él a quien correspondía alegar y probar los hechos constitutivos de la pretensión que ejercita frente al FOGASA.

3. Con este pronunciamiento se reitera la doctrina jurisprudencial plasmada en SSTS de 17 de enero de 2000, I.L. J 28, y de 17 de marzo de 2003, I.L. J 472, entre otras, en donde señaló el TS que al fijarse en acto de conciliación una cantidad global por el concepto de salarios de trámite, saldo y finiquito, sin especificar, ni concretar individualizadamente cada uno de dichos conceptos, y consecuentemente cuál de ellos tiene naturaleza retributiva, decae la posibilidad de que prospere la pretensión por ausencia de los presupuestos legalmente exigidos para ello.

**c) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Indemnización por despido objetivo. Títulos legales habilitantes: no es válida a estos efectos la comunicación escrita enviada por la empresa a la trabajadora**

**STS de 31 de enero de 2008** (recurso de casación para la unificación de doctrina 3863/2006), I.L. J 17.

1. En el supuesto que resuelve la STS comentada se cuestiona la responsabilidad subsidiaria del FOGASA en el pago de la totalidad de la indemnización de veinte días por año de servicio que prescribe el artículo 53 ET, pero que no fue puesta a disposición de la trabajadora, en un caso de despido que la empresa llevó a cabo bajo la forma de despido objetivo del artículo 52.c) ET y que no fue impugnado por la trabajadora despedida.

2. Se declaran como hechos probados que la empresa despidió a la actora, alegando la existencia de causas económicas, con base en el artículo 52.c) ET y que reconoció en la

carta de despido que la actora tenía derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, aunque no la puso en tal momento a disposición de la demandante por motivos económicos. La demandante no formuló demanda alguna contra el despido, pero sí presentó demanda contra la empresa y contra el FOGASA reclamando determinada cuantía económica correspondiente a la indemnización por despido objetivo y a diferentes conceptos retributivos que se consideraban adeudados por la empresa. El Juzgado de lo Social estimó parcialmente dicha demanda y condenó a la empresa demandada a pagar a la actora, absolviendo al FOGASA sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria de éste. Contra esta sentencia, el FOGASA interpuso recurso de suplicación y el TSJ del País Vasco desestimó íntegramente el recurso. El FOGASA aporta, a efectos de contradicción, sentencia del TSJ de Cataluña, pues mientras la sentencia recurrida reconoce esa responsabilidad subsidiaria del FOGASA, la de contraste la niega.

Para resolver esta cuestión, el TS indica, de nuevo, que para que nazca la responsabilidad subsidiaria del FOGASA regulada en el artículo 33.2 ET, es preciso que las indemnizaciones por despido que se le reclaman hayan sido "reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores" como se indica expresamente en el precepto, y que no basta a estos efectos con que, de un modo u otro, aparezca en el ámbito de la controversia una indemnización por despido. Se señala que en el supuesto analizado es evidente que no existe en forma alguna el título habilitante exigido por el artículo 33.2 ET, en tanto que el documento o título que sirve de base a la pretensión que se ejercita en la demanda es la comunicación escrita enviada por la empresa a la actora ("carta de despido") en la que se dijo que se procedía a la extinción de su contrato de trabajo al amparo del artículo 52.c) ET y que le correspondía una indemnización de 20 días de salario por año de servicio según lo dispuesto en el artículo 53 ET. Por todo ello, en tanto que en el presente caso no existe en forma alguna el título habilitante exigido por el artículo 33.2 ET, se indica que no se puede exigir del FOGASA el cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria pretendida.

3. Con este pronunciamiento se reitera la doctrina jurisprudencial plasmada en anteriores SSTS de 26 diciembre 2002, I.L. J 2716 y de 23 de abril de 2004, I.L. 389, entre otras, en donde señaló el TS que la doctrina en la materia ya ha sido unificada, a partir de la STS de 4 de julio de 1990, recaída en un recurso "en interés de la ley", votada en Sala General, y cuya doctrina se ha seguido por otras SSTS posteriores, como las de 22 de diciembre de 1998, de 17 de enero de 2000 y de 26 de diciembre de 2002, en donde se ha concretado que lo que el precepto estatutario "pone a cargo del FOGASA son las prestaciones que sustituyen obligaciones incumplidas por un empresario insolvente, en materia de salarios e indemnizaciones por cese (…) pero (que) estos conceptos dinerarios no se atienden sin más sino que es preciso disponer de un título habilitante que la norma exige. Para los salarios es suficiente con una conciliación, previa o judicial. Para las indemnizaciones por despido, u otras modalidades extintivas, se precisa una sentencia o una resolución administrativa". Como el TS concreta, se deben añadir a dichos "títulos habilitantes", los autos y conciliaciones judiciales, en base a las reformas de este precepto llevadas a cabo en los últimos años.

**d) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Despido que se formaliza como objetivo o individual y que no sigue el trámite del expediente colectivo de extinción exigible por las circunstancias y el número de trabajadores afectados**

**STSJ de Aragón de 6 de marzo de 2008** (recurso de suplicación 118/2008), I.L. J 482.

1. En el supuesto que resuelve la STSJ comentada, la empresa procedió al despido objetivo de las actoras por causas económicas. Las actoras solicitaron del FOGASA el 40% de la indemnización y el FOGASA se lo denegó al constatar que la empresa había procedido a su cierre, que la extinción de los contratos afectaba a la totalidad de la plantilla de la empresa y que el número de trabajadores afectados en un período de 90 días anteriores a dicho cierre era superior a cinco. Tras la denegación del FOGASA del 40% de la indemnización legal, las demandantes formularon reclamación judicial contra la empresa empleadora en reclamación del indicado 40% de la indemnización, dictando sentencia el Juzgado de lo Social estimatoria de la demanda. Posteriormente, despachada ejecución, se declaró por auto la insolvencia total de la empresa y las actoras solicitaron del FOGASA el abono del correspondiente importe económico al amparo de lo dispuesto en el artículo 33.2 ET. Denegada la solicitud en vía administrativa, esta denegación fue impugnada y revocada por la sentencia impugnada que condena al FOGASA al pago de dicho 40% de la indemnización conforme lo dispuesto en el artículo 33.2 ET. Tanto la demanda, como la sentencia de instancia, como el escrito de impugnación, se apoyan, para sostener la responsabilidad del FOGASA, no en el artículo 33.8 ET sino en el artículo 33.2 ET entendiendo que, aunque se trata del 40% de la indemnización, una vez que la empresa ha sido declarada insolvente, corresponde al FOGASA el pago de la indemnización como responsable subsidiario.

2. El TSJ de Aragón llega a una conclusión distinta de la indicada. A tal efecto señala que el artículo 33 ET, tanto en sus apartados uno y dos, como en su apartado número ocho, y en lo que se refiere a los supuestos de despido objetivo, requiere que el despido cumpla los requisitos legales establecidos para el supuesto de hecho de que se trate, y, en consecuencia, entiende que un despido que se formaliza como objetivo o individual y que no sigue el trámite del expediente colectivo de extinción exigible por las circunstancias y número de trabajadores afectados, no reúne uno de los presupuestos legales de la responsabilidad del FOGASA, tanto en cuanto a su responsabilidad legal y directa del 40% de la indemnización en empresas de menos de 25 trabajadores, como en cuanto a la responsabilidad subsidiaria por insolvencia de la empresa en todos los demás casos.

3. Con este pronunciamiento, el TSJ de Aragón aplica la jurisprudencia del TS referida a la responsabilidad legal y directa del FOGASA del artículo 33.8 ET –SSTS de 24 abril 2002, I.L. J 1003, de 24 de septiembre de 2002, I.L. J 1899, y de 16 de noviembre de 2004, I.L. J 2027, entre otras–, a la responsabilidad subsidiaria del artículo 33.2 ET en relación en el caso con el pago del 40% de la indemnización consecuencia del despido de las demandantes. En dichas Sentencias ha señalado el TS que para que se le pueda exigir al FOGASA el pago de la cantidad correspondiente a las extinciones por despido objetivo del artículo 52.c) ET o por despido colectivo del artículo 51 ET a que se refiere el artículo 33.8 ET se requiere del cumplimiento del supuesto de hecho descrito en la norma, y que

por ello, si la extinción supera los baremos fijados para despedir por circunstancias objetivas, y se lleva a cabo acogiéndose el empresario a lo que dispone el artículo 52.c) ET, no existe legalmente despido objetivo, puesto que para ello, no sólo se han de cumplir las exigencias formales del artículo 53 ET, sino que además es preciso que se respeten con rigor y exactitud los límites numéricos y temporales que establecen los artículos 52.c) y 51.1 ET. En tal caso, el TS ha indicado que si no existe despido objetivo ni tampoco se ha tramitado el procedimiento de regulación de empleo que exige el despido colectivo, no puede aplicarse, en consecuencia, la responsabilidad que le asigna al FOGASA el mencionado artículo 33.8 ET.

## 2. JORNADA DE TRABAJO

### A) Descanso. Tiempo de bocadillo. Derecho del trabajador a abandonar el recinto laboral con la finalidad de fumar durante el denominado tiempo del bocadillo

**STJ de Navarra de 14 de febrero de 2008,** I.L. J 192.

El conflicto enfrenta a una empresa y un trabajador reiteradamente sancionado por abandonar el recinto laboral de la empresa durante el tiempo del bocadillo con la finalidad de fumar. Se plante así al Tribunal la licitud o no de esta medida empresarial restrictiva al amparo de la normativa vigente.

La normativa vigente la componen no sólo la Ley 28/2005 de medidas sanitarias frente al tabaquismo; se declara probado en la Sentencia que comentamos la existencia de una Orden empresarial que prohíbe abandonar el recinto laboral, ni siquiera durante el descanso del bocadillo, salvo por causas justificadas y previa obtención del permiso al efecto.

Es por ello que el debate sobre la posibilidad de salir a fumar durante el tiempo del bocadillo, se extiende en realidad al análisis de la legalidad de la orden empresarial de abandonar el recito laboral durante el período del bocadillo, sea para acudir a fumar o a cualquier otra causa.

El tribunal recuerda que los derechos fundamentales del trabajador perviven también durante la relación laboral, y que sólo cabe mermarlos o limitarlos cuando ello sea preciso para proteger un interés mayor. Desde esta óptica el tribunal concluye la razonabilidad de la propuesta del trabajador de abandonar el recinto laboral una sola vez durante su tiempo de bocadillo y con la finalidad de fumar.

El Tribunal, sin citarlo, aplica la doctrina constitucional del juicio de proporcionalidad respecto de las decisiones empresariales limitativas de derechos fundamentales. Conforme a este principio los intereses del trabajador constitucionalmente relevantes sólo deben ceder, cuando su recorte se revele necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del

derecho (SSTC 57/1994, de 28 de febrero y 143/1994, de 9 de mayo) de modo que el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el artículo 20.3 de la LET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo (STC 186/2000, de 10 de julio).

En este caso el derecho fundamental afectado sería el de la intimidad personal, en cuanto vinculado a la propia personalidad, que deriva de la dignidad de la persona, y que implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana con proyección lógicamente en el ámbito de las relaciones laborales y cuyo tributo más importante es la facultad de exclusión de los demás de abstención de injerencias por parte de otro" (SSTC 170/1987, de 30 de octubre; 142/1993, de 22 de abril y 202/1999, de 8 de noviembre).

### B) Día de descanso. Diferencias con día libre. No cabe confundir ni igualar los conceptos de día de descanso consiguiente a una jornada especial y el día libre regulado en la negociación colectiva

**STS de 19 de febrero de 2008,** I.L. J 417.

Se desarrolla en un ámbito laboral muy concreto como es el de los descansos del personal de cabina de los vuelos aéreos.

Como dato fáctico se parte de la existencia de una serie de vuelos o servicios de especial consideración, entendiendo como tales aquellos especialmente penosos por su duración, nocturnidad o por desarrollarse en varias etapas con sucesivas maniobras de despegue y aterrizaje. En estos supuestos, la norma colectiva de una Compañía Aérea (SPAIN AIR, SA) prevé el reconocimiento de un día de descanso compensatorio y recuperador con carácter inmediato a la realización del servicio de especial consideración.

El conflicto surge cuando coinciden por planificación, el día de descanso sucesivo a una jornada especial y un día libre de los regulados en la norma colectiva de la compañía. La empresa pretende la subsunción del día de descanso en el día libre, entendiendo que la finalidad de recuperación del piloto se cumple ya cuando tras la jornada especial disfruta de un día libre que a la sazón opera como día de descanso.

Disconformes con citada interpretación, el Comité de Empresa interpone conflicto colectivo interesando del TS una interpretación distinta que, finalmente, obtienen.

Razona el Alto Tribunal en una interpretación global del texto que existen diferencias notables entre la finalidad y régimen del denominado día libre y día de descanso que desaconsejan su equiparación.

Así, el día de descanso sólo puede disfrutarse de forma inmediata tras la realización de la jornada de descanso, mientras que el día libre puede ser mucho más flexible y es susceptible de distintas modalidades, entre las cuales se encuentra el acuerdo entre las partes.

En otro orden de cosas, y respecto a la duración, razona el Tribunal que el día de descanso puede tener una duración variable, en función del descanso que en cada servicio sea aconsejable procurar. Por su parte el día libre siempre ha de tener una duración de 24 horas.

Por ambas razones, en definitiva, estima el Tribunal el conflicto colectivo y sienta la distinción entre día libre y día de descanso.

Como sustrato jurídico de esta Sentencia encontramos no sólo el convenio colectivo de la empresa demandada; se cita también el RD 294/2004 que traspone al ordenamiento español la Directiva sobre el Acuerdo Europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil.

Conforme citada norma cabe integrar día de descanso y día libre; pero a juicio del Tribunal esto no obsta al anterior razonamiento, pues la norma del ordenamiento español supondría una norma de derecho necesario relativo mejorable por convenio colectivo, situación que acaece en los presentes autos.

### C) Horas extras

**a) Tienen esta consideración las que excedan de la jornada anual en proporción a los meses de años trabajados, aun cuando al momento de extinguirse la relación laboral no se hubiera superado la jornada anual**

**STS de 25 de febrero de 2008,** I.L. J 105.

¿Cabe la reclamación de horas extras en un sector en que el convenio colectivo fija la jornada en términos anuales, cuando la relación laboral se extingue con anterioridad al 31 de diciembre y no se ha superado a la fecha de extinción la jornada anual?

Ésta es la cuestión que analiza la **STS de 25 de febrero de 2008,** I.L. J 105, en relación a una empresa con jornada anual y distribución irregular de forma que el primer semestre del año desarrollan una jornada superior a la legalmente prevista que se compensa con una disminución de actividad en el segundo semestre del año.

El litigio surge porque el convenio colectivo señala como horas extraordinarias las que excedan de la jornada (anual) pactada, lo que plantea la cuestión del derecho a la retribución de las horas extraordinarias de los trabajadores que prestan servicios en el primer semestre del año y extinguen su relación laboral antes de que la compensación de ese exceso de jornada pueda tener lugar por la disminución de la actividad en el segundo semestre del año.

El Tribunal Supremo resuelve en lógica y equidad que la jornada ordinaria máxima que corresponde al trabajador que extingue su contrato antes de finalizar el año, debe ser proporcional a la que le correspondería en el caso de haber trabajado el año completo.

Decisión que compartimos, pues es obvio que una solución contraria provocaría que los trabajadores temporales debieran trabajar más que sus compañeros a igual salario, lo que puede llegar a entrañar vulneración de lo dispuesto en el artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto predica igual de derechos entre trabajadores con contrato temporal e indefinidos.

**b) Prueba de su realización. Corresponde al trabajador cuando éste tiene facilidad probatoria a tal fin, cual es la existencia de tacógrafo en el vehículo que conduce**

**STSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2008,** I.L. J 203.

Con frecuencia la prueba de las horas extraordinarias realizadas es el núcleo del debate en los procedimientos donde se reclama este emolumento salarial.

Este debate se simplifica en gran medida cuando existen instrumentos de control de la jornada incorporados a los vehículos que maneja el trabajador como son los tacógrafos digitales.

Esta situación concurre en la STSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2008, I.L. J 203, la cual analiza la reclamación por horas extraordinarias de un conductor mecánico que aporta a los autos sus discos digitales.

Señala la Sala cómo estos discos sustituyen la obligación de la empresa establecida en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores en el sentido de registrar día a día y hora a hora la jornada de cada trabajador. En el fondo, desestima la demanda al no deducirse de citados discos la realización de jornada extraordinaria, a la luz de la prueba pericial practicada sobre ellos.

Del contenido jurídico de la Sentencia cabe destacar la convalidación de la técnica de regular en convenio colectivo los distintos tipos de jornada que puedan concurrir en determinados sectores de actividad. En este sentido se recuerda la doctrina contenida entre otras en la STS de 20 de febrero de 2007, la cual se muestra a favor de la regulación en convenio colectivo de la distinción entre horas ordinarias, horas extraordinarias y horas de presencia o espera, con el único límite del respeto a las horas de derecho necesario absoluto o relativo.

**c) Nulidad de la cláusula introducida en contratos de duración determinada, de relevo y por tiempo indefinido, que obliga a realizar las horas extraordinarias requeridas por la empresa hasta el máximo legal**

**STSJ de Aragón de 8 de enero de 2008,** I.L. J 509.

Poca duda cabe acerca de la voluntariedad de las horas extraordinarias, salvo acuerdo en contra plasmado en convenio colectivo o acuerdo individual con el trabajador (artículo 35.4 del Estatuto de los Trabajadores).

Ahora bien, el conflicto puede surgir cuando no conseguida en negociación colectiva la obligatoriedad en el desarrollo de un número de horas extraordinarias (máximo de 80 en un año), la empresa pretende introducirlas masivamente en la empresa, por la técnica de incluirlas en los clausulados de cada contrato individual.

Es el supuesto contemplado en la **STSJ de Aragón de 8 de enero de 2008,** I.L. J 509; los contratos de trabajo en masa que incorporan una cláusula contraria a la regulación que sobre el mismo tema contiene la negociación colectiva supone una quiebra del sistema de negociación colectiva.

Recuerda a estos efectos la doctrina contenida, entre otras en la STC 105/1992, la cual sostiene que la actuación unilateral del empresario puede resultar lesiva del derecho de libertad sindical cuando, aun sin alterar el contenido del convenio colectivo, la trascendencia colectiva de la medida adoptada por la empresa pudiera tener tal entidad como para afectar al propio sistema de negociación colectiva lesionando, en definitiva, el derecho a la libertad sindical regulada en el artículo 28 CE.

## 3. PACTO DE NO COMPETENCIA

### A) Cláusula de no concurrencia post-contractual. La compensación económica lo es de cantidades líquidas en las cuales han de incluirse las pagas extraordinarias

**STS de 4 de marzo de 2008** (recurso de casación para la unificación de doctrina 575/2007), I.L. J 47.

1. En instancia se admite que el trabajador reciba, en concepto de compensación económica por no competencia post-contractual, una cantidad bruta diaria por un período de dos años, debiendo integrarse tal cantidad en la totalidad de las percibidas por el trabajador por desempleo y salarios obtenidos en empresas no concurrentes. Recurrida en suplicación, el TSJ de Madrid desestima los recursos presentados por ambas partes.

2. El trabajador solicita que no se descuente de la indemnización por no competencia post-contractual cantidad alguna correspondiente a lo percibido en la nueva empresa que le ha contratado, empresa que no se corresponde con el ámbito de actividad de la empresa demandada. Si bien ambas partes recurren, la sentencia de contraste propuesta por el demandante no se admite por no apreciar en ella contradicción, siendo válida, sin embargo, la propuesta por la empresa "por cuanto resuelve igual pretensión de otro trabajador de la citada empresa recurrente, relativa a la compensación económica por pacto de no competencia post-contractual, entendiendo que, la misma, ha de venir referida a cantidades líquidas y no brutas que es, en cambio, lo que declara y establece la sentencia ahora impugnada". Pese a lo anterior, el Tribunal Supremo considera que si bien en orden a la configuración de las percepciones como brutas o líquidas "le asiste la razón a la sentencia referencial y ello porque el propio pacto de no concurrencia post-contractual

en cuestión explícitamente así lo establece (...) lo que, en modo alguno puede prosperar, es la exclusión en tal compensación económica de la parte proporcional de las pagas extraordinarias por cuanto éstas son de devengo diario y forman parte del salario, conforme a lo establecido en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores".

3. La solución a la que llega el Tribunal Supremo no parece susceptible de crítica toda vez que la discusión sobre las cantidades líquidas o brutas ha sido fijada por el propio pacto –que opta, según se deduce de los hechos probados de la sentencia, por cantidades líquidas– y la obligación de incluir la cantidad correspondiente a las pagas extraordinarias deriva de la propia consideración global del salario. No en vano, y como es sabido, constituye un derecho del trabajador, *ex* artículo 31 LET, la percepción de dos pagas extraordinarias al año. Por lo tanto, no se trata de un concepto objeto de negociación –ni individual ni colectiva– sino de un derecho del trabajador *ex lege*. No cabe obviar, no obstante, que el Tribunal Supremo ha considerado excluidas del concepto de salario base (que no de salario) las cantidades derivadas de las pagas extraordinarias (SSTS de 6 de febrero de 1998, recursos de casación para unificación de doctrina 281 y 283/1998, respectivamente) pero siempre admitiendo la soberanía de las partes (en este caso, del Convenio Colectivo) para establecerlo de esta forma y exigiendo una constancia expresa de la exclusión del concepto de pagas extras en la cuantificación de otros complementos salariales. En todo caso, y como señala la sentencia que se comenta y salvo disposición expresa en contrario, la parte proporcional de las pagas extras forman parte del salario, objeto de referencia en la cuantificación económica de la compensación por la obligación de no concurrencia post-contractual.

### B) Pacto de no competencia. Validez. Cláusula penal. Nulidad parcial por exceso en la cuantía de la indemnización. No conlleva la nulidad del acuerdo de no competencia

**STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6 de febrero de 2008** (recurso de suplicación 69/2006), I.L. J 214.

1. Empresario y trabajador formalizan un pacto de no competencia por un período de dos años siguientes a la finalización de la realización laboral en el que se destaca que "en el caso de que el trabajador incumpla con lo dispuesto en esta cláusula, en los términos indicados, deberá satisfacer a la Sociedad el doble de la cantidad que, de acuerdo con esta estipulación, haya percibido el trabajador en virtud de este pacto de no competencia, en concepto de indemnización por los perjuicios causados a la misma". Tras solicitar su baja voluntaria, el trabajador pasa a prestar servicios para una empresa dedicada a la comercialización de productos similares a los que distribuye la empresa anterior.

2. El Tribunal considera válido el pacto suscrito entre empresa y trabajador por entender que no existe vicio alguno en la formación de la voluntad de ambas partes, *ex* artículos 1265 y siguientes CC. Se discute, no obstante, si el pacto devino ineficaz por la acción de la cláusula implícita en todo contrato denominada *rebus sic stantibus*, por cuanto dicho pacto se alcanzó en un momento en que no actuaban en el mercado representantes del propio grupo empresarial contratante vendiendo otros productos de la misma índole

con otras marcas, pero pertenecientes a la misma empresa y en competencia con ella. Sin embargo, para el Tribunal "no consta acreditada cuál fuese la repercusión concreta que la presencia de segundas marcas del propio grupo empresarial tuviera sobre el desarrollo del contrato de trabajo por el empleado (...) no está claro, pues, si sería más o menos gravoso para el trabajador haber renunciado a los incentivos o a este pacto, esto es, si el trabajador hubiera dejado de suscribir el mismo si hubiese conocido la presencia de estas segundas marcas". Considera el Tribunal necesario probar cuál pudiera ser la afectación de la aparición de esas segundas marcas sobre el volumen de incentivos percibido y sin dicho dato –que debería haber sido acreditado por quien pretende oponerse a la vigencia del pacto de no competencia–, no puede partirse del elemento fáctico de que se había producido un perjuicio desproporcionado para dicho trabajador que permita la aplicación de la cláusula *rebus sin stantibus*. A ello se añade el hecho de que la causa de la extinción fuera la voluntad del trabajador y no la iniciativa de la empresa. Por tanto, "si la gravedad y afectación de la aparición de esas segundas marcas tuviera la incidencia que se dice, la extinción se podría haber llevado a cabo por la vía del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, siendo entonces imputable a la empresa". Estando por tanto vigente el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato, el mismo fue claramente incumplido por el trabajador, debiendo indemnizar a la empresa. Un planteamiento distinto requiere, sin embargo, la cuantía de la cláusula penal inserta en dicho pacto. En realidad, la cuantía que se reclama no deriva de una prueba de determinados perjuicios concretos y su valoración, sino de la aplicación de una estimación objetiva incluida en el pacto de no competencia a través de una cláusula penal. Se plantea así si dicha cláusula es o no lícita, esto es, si es preciso que el empresario acredite los perjuicios reales causados o su valoración sin que pueda ser admisible una estimación objetiva pactada de éstos. Pues bien, para el Tribunal "la prohibición de renuncia a derechos del trabajador contenida en el artículo 3.5 del Estatuto impide exigir una indemnización por incumplimiento del pacto de no competencia que sea superior a la compensación abonada". Si así fuese, se le estaría imponiendo al trabajador "una renuncia de derechos no compensada de una forma equivalente y adecuada".

3. Se trata de una decisión acorde a lo manifestado en otras ocasiones por el Tribunal Supremo. A juicio de este último, el pacto de no competencia es nulo cuando la cláusula penal que se incorpora al mismo permite un resultado desproporcionado y abusivo en la fijación de la indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento del pacto. Esta desproporción vendrá dada cuando supere la restitución de las cantidades abonadas por el empresario al trabajador como consecuencia de dicho pacto. Algunas veces, el Tribunal Supremo ha optado por establecer una compensación por la suscripción de un pacto nulo y no por su incumplimiento (STS de 7 de noviembre de 2005, recurso de casación para unificación de doctrina 5211/2004). Por lo demás, y como asimismo ha señalado el mencionado Tribunal Supremo (STS de 6 de mayo de 2001, recurso de casación para la unificación de doctrina 3669/2001), la aceptación de un pacto de semejante tenor por parte del empleado supone una renuncia anticipada de derechos proscrita por el artículo 3.4 LET y que merece la calificación de abusiva por parte de la empresa en los términos del artículo 7.2 CC.

## 4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

### A) Convenio colectivo extraestaturio, ascenso y clasificación profesional

**STSJ de Asturias de 18 de abril de 2008** (recurso 984/2007), I.L. J 499.

La sentencia conoce de una demanda que pretende el reconocimiento de la categoría de Técnico Ferroviario Superior de Grado II, nivel salarial 11 del XVIII Convenio Colectivo de FEVE y consiguientes diferencias retributivas más allá de la vigencia de un convenio colectivo extraestatutario, convenio cuya atribución de categoría profesional a los actores sirve de base para sustentar la demanda, por ser la pretendida la asimilada en el nuevo sistema profesional vigente. Confirma la Sala la doctrina de suplicación sentada en su previa Sentencia de 30 de noviembre de 2007 (recurso 3758/2007) manifestando que el hecho de que "a un convenio de eficacia limitada que pierde su vigencia, suceda un Convenio Colectivo de eficacia general, no puede suponer, si además este último no contiene una previsión al respecto, que todo lo negociado o consensuado en el extraestatutario sea desconocido por la empresa como si nunca hubiera existido ni estado sometida la misma a su contenido, y ello no significa que del pacto extraestatutario puedan surgir verdaderos derechos adquiridos por los trabajadores que se mantengan más allá de la vigencia del convenio de eficacia limitada, sino de que tenga virtualidad y eficacia lo que fue negociado y pactado válidamente entre la empresa y los trabajadores". Aclara la sentencia, estimatoria de la demanda, que los actores no reclaman la consolidación de una categoría profesional, "para lo cual carecerían de todo derecho", sino que al quedar sometidos "al nuevo convenio colectivo de eficacia general, se les incluya partiéndose de la categoría reconocida en el ascenso operado bajo la vigencia del Convenio Colectivo Extraestatutario".

### B) Acción de clasificación profesional: prescripción. Convenio Colectivo Único para el Personal de la Administración General del Estado

**STS de 20 de febrero de 2008** (recurso 116/2007), I.L. J 42.

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, sino que puede fijar su inicio con la aprobación de normas más específicas concreción de aquél. 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 Ad-

ministración 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: supletoriedad y mínimo de derecho necesario en el artículo 39.4 ET

**STS de 12 de mayo de 2008** (recurso 148/2006), I.L. J 469.

La importante STS de 12 de mayo de 2008 (recurso 148/2006), I.L. J 469, conoce de la impugnación del convenio colectivo de la empresa "Islas Airways, SA" promovida por la Asociación Sindical de Técnicos de Mantenimiento de Aeronaves en base a su inadecuación al artículo 39.4 ET. Pronunciamiento de significada trascendencia puesto que basado en la literalidad de la norma sostiene que dicho precepto estatutario "no fija una regulación mínima a la que necesariamente hayan de ajustarse los sujetos de la relación laboral y que no pueda ser desconocida por los convenios colectivos, antes al contrario: los períodos de ejercicio de las funciones superiores a los que se refiere para poder posibilitar el ascenso, así como los límites temporales dentro de los cuales han de estar comprendidos los aludidos períodos (6 u 8 meses) los fija el Estatuto 'si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo', lo que significa que en esta materia la ley da preferencia al convenio sobre lo legalmente dispuesto. Lo que sí constituye regulación legal mínima es la posibilidad que, a continuación de lo que acabamos de señalar, confiere el tan repetido artículo 39.4 ET en el sentido de que, si concurre el aludido tiempo de desempeño de las funciones superiores, pueda el interesado pedir 'en todo caso' la cobertura de la vacante" (FJ 2º).

### B) Legitimación procesal, movilidad descendente y doble límite causal y temporal

**STSJ de Cantabria de 11 de febrero de 2008** (recurso 19/2008), I.L. J 204.

La STSJ de Cantabria de 11 de febrero de 2008 (recurso 19/2008), I.L. J 204, reconoce la condición de parte, si bien *sui generis* por no poder desistir ni solicitar la suspensión del proceso, no de meros coadyuvantes, a los trabajadores, también cuando el proceso de oficio se inicia *ex* artículo 149 LPL por verse afectados sus derechos en el seno de la relación jurídico-laboral. Pueden así, entre otras facultades, acceder al recurso con independencia de la parte principal. Recuerda también la Sentencia que la movilidad funcional se somete

a un doble límite, causal y temporal, que determina la excepcionalidad de la medida, en particular de la movilidad descendente, no apreciando la justificación objetiva y razonable suficiente a efectos de concurrir las necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva propias de ésta.

### C) Realización de funciones de superior categoría y retribución

**STS de 12 de mayo de 2008** (recurso 2083/2007), I.L. J 550.

La jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal sienta, desde sus sentencias de 1 de diciembre de 1967 y 17 de diciembre de 1970, que "para que concurra la figura de la encomienda de funciones superiores no es preciso que se ejecuten todas y cada una de las tareas de la categoría superior, pero sí que ha de realizar cuanto menos *las funciones básicas y esenciales* de la misma" (fundamento de derecho segundo). Doctrina seguida en suplicación, entre otras, en la STSJ de Valencia de 11 de julio de 2000 (recurso 3299/1997), I.L. J 2179 y la STSJ de Andalucía de 27 de enero de 2004 (recurso 2375/2003), I.L. J 577. También en esta línea, la STSJ de Asturias de 27 de octubre de 2000 (recurso 3307/1999), I.L. J 2293, manifiesta que existe derecho a percibir retribuciones superiores cuando las funciones ejercidas no sólo exceden claramente "de las que son atribuidas a la categoría propia, sino que es preciso que entren de lleno en las asignadas a la categoría superior y sean llevadas a cabo no sólo en posesión de un título sino en función del título que de modo específico habilita o capacita para su realización" (FJ 2º).

Jurisprudencia continuada por la STS de 20 de diciembre de 2007 (recurso para la unificación de doctrina 4722/2006), I.L. J 2285, en relación con una demanda presentada por una "especialista puericultora" que presta servicios en una guardería infantil contando con la titulación de "Diplomada en profesorado de EGB en la especialidad de Educación Preescolar". Especialista que realiza cometidos inherentes a su categoría profesional amén de la elaboración "de objetivos y programas para los niños de su clase", "tutorías con los padres" y otros, reclamando por ello las retribuciones propias de la categoría de "Educadora". El Alto Tribunal confirma la Sentencia recurrida porque estas funciones son propias de distintas categorías no constando "en los hechos probados que los cometidos laborales a los que se dedica la mayor parte del tiempo sean los propios de la categoría superior", por lo que "no se tiene derecho a las retribuciones de dicha categoría". Sobre el alcance de la movilidad del artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores advierte así el Tribunal Supremo que "para tener derecho a retribuciones superiores, es necesario no sólo que el ejercicio de dichas funciones excedan a las que son atribuidas a su categoría profesional sino que es preciso entren de lleno en las asignadas a la categoría superior". Sin hacer particular mención a esta doctrina la STS de 12 de mayo de 2008 (recurso 2083/2007), I.L. J 550, reconoce las diferencias retributivas reclamadas por una Auxiliar de Enfermería del Servicio Canario de Salud que desempeñó funciones de la categoría superior de Técnico Especialista de Laboratorio recurriendo a una enumeración amplia de las "capacidades" (organizar y gestionar el trabajo, recoger, registrar, clasificar y distribuir muestras, etcétera) propias de esta última aseverando que la actora ha venido realizando durante el tiempo de la reclamación todas ellas.

**D) Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado: cambio de funciones por disminución de la capacidad laboral y retribuciones**

**STS de 24 de enero de 2008** (recurso 1723/2006), I.L. J 5.

La sentencia diferencia el ámbito de aplicación de los artículos 65 y 66 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado, advirtiendo que mientras aquél se refiere a la incapacidad permanente total del trabajador, es decir, a la pérdida de capacidad para desempeñar su profesión habitual, garantizando ante tal circunstancia un posible cambio de funciones con mantenimiento de las retribuciones básicas del antiguo puesto de trabajo en cómputo anual, el último se refiere a una disminución de capacidad que no alcanza las cotas anteriores, y si bien también contempla la posibilidad de cambio de funciones no así la garantía de indemnidad salarial referida ante su ejercicio.

## 6. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

**A) Ministerio de defensa. Indemnización por traslado dentro de la misma localidad. Estimación**

**STS de 8 de febrero de 2008,** I.L. J 96.

La cuestión litigiosa es determinar si el incentivo de movilidad por traslado es o no directamente aplicable sin necesidad de actuación alguna al respecto por parte del Gobierno. En la STS de 8 de febrero de 2008, I.L. J 96, reiterando la doctrina de la Sala –29 de noviembre de 2007; 23 de enero de 2008–, se señala no ser necesaria acción gubernamental y por tal dándose los presupuestos del Acuerdo y dentro de los Incentivos para la Modernización y Mejora de la Administración Pública aparece la figura del incentivo por movilidad, como medida de eficacia de los servicios y la eficiencia en la utilización de los recursos humanos.

**B) Movilidad geográfica. Traslado. Derecho a indemnización por daños ocasionados por el traslado efectuado y declarado injustificado por sentencia firme**

**STS de 2 de junio de 2008,** I.L. J 464.

El trabajador fue trasladado desde Murcia a Asturias, lo que fue impugnado en vía judicial, declarándose la movilidad injustificada, instada ejecución de extinción del contrato de trabajo por readmisión irregular, fue desestimada ésta. En el presente procedimiento el trabajador reclamó una indemnización por daños y perjuicios, que fue estimada en parte y recurrida en suplicación por la empresa. La **STS de 2 de junio de 2008,** I.L. J 464, conoció del recurso y destaca después de analizar las posibles actuaciones previstas en el artículo 40.1 ET para el traslado, pero señala que en el presente supuesto "entra el juego del mandato del artículo 1101 del Código Civil que ordena indemnizar

los daños y perjuicios a los que, en el cumplimiento de sus obligaciones, incurrieran en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier manera contravinieran el tenor de aquéllas. No puede aceptarse la tesis que mantiene la sentencia invocada de contradicción y esgrimida por el recurrente, que supone declarar la no responsabilidad del autor de un acto declarado ilícito sobre las consecuencias perjudiciales que de él se deriven para el sujeto directamente perjudicado. Por el contrario la aplicación del mandato referido, rector de la culpa contractual establece la responsabilidad del acto ilegal de una de las partes del contrato, sobre los daños ocasionados a la otra parte. Tesis que se complementa con la expuesta en nuestra sentencia de 19 de abril de 2004 (recurso 1968/2003) donde rechazamos aplicar los mandatos del artículo 1101 del Código Civil en los supuestos de cambio de centro de trabajo, ajustado a los mandatos del artículo 40 ET, al estar la actuación empresarial amparada en este caso a los mandatos de la Ley lo que no supone incumplimiento de obligación".

## 7. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

### A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Concepto y requisitos. Implantación de señales acústicas para delimitar el cambio de turno. No es modificación sustancial. Ejercicio del *ius variandi* y con exigencia de razones que la justifican

**STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2008,** I.L. J 172.

La cuestión litigiosa resulta en razón a que la empresa reorganizó el sistema de descansos, realizando una distinción entre las secciones cuyo sistema de trabajo requiere de trabajadores denominados "comodines", que se ocupan de sustituir temporalmente a otros, y las que no, acordando un único descanso general común para el primero de los casos, y un total de 6 turnos distintos en la jornada de mañana y de 3 turnos distintos en la de tarde, y vinculando a tales descansos las correspondientes señalizaciones acústicas, lo que determina un total de 8 toques de sirena por turno en lugar de los toques existentes con anterioridad a tal decisión empresarial. A su vez existía un acuerdo de 29 de marzo de 2004 al respecto, al establecer que "los paros correspondientes a descansos colectivos no serán señalados por señal acústica, manteniéndose esta medida sólo para la entrada y salida de turno y. para el descanso de bocadillo". En STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2008, I.L. J 172, se revoca la sentencia dictada en la instancia entendiendo que no se trata de "modificación sustancial de condiciones de trabajo", pues ni afecta a la jornada ni al sistema de trabajo a turnos, ni al horario, que en nada quedan afectados por la introducción de un sistema de señalización acústica. Así destaca que "la medida se limita a indicar acústicamente –con una sirena– la cadencia de turnos y descansos, pero éstos no experimentan variación alguna con tal innovación. Cierto es que el citado mecanismo de sirena causa una molestia a los trabajadores, por la perturbación auditiva que les supone, y dicha medida podría ser sustituida por otra que, desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, introdujera menor dosis de perjuicio auditivo y con ello de carga mental, en tanto que supone un impacto para su salud laboral, pero tal cuestión, obviamente obligación de la empresa desde el marco normativo delimitado por la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, no puede ser evaluada en este pleito, limi-

tado a la valoración de la medida desde el punto de vista organizativo y por ello dentro de los límites de las facultades organizativas y el alcance del *ius variandi*".

Por otro lado, examina la sentencia si la decisión tomada unilateralmente altera el pacto colectivo de fecha 29 de marzo de 2004, lo que niega pues no "estamos ante un convenio colectivo de los regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores, sino ante un acuerdo colectivo sin dicha naturaleza, lo que, sumado al carácter no sustancial de la medida, conduce a concluir que la medida, pese a contravenir un acuerdo anterior, es lícita dentro del marco regulador de las facultades empresariales, precisamente por no exceder de los mismos en atención a la naturaleza de la medida. Por otra parte, concurren razones que justifican dicha medida y la privan de un posible carácter caprichoso, impositivo, o trasgresor de los acuerdos alcanzados con los trabajadores y/o sus representantes, como ha admitido la sentencia de instancia, al haberse comprobado cómo la supresión del sistema de señalización acústica ha provocado una serie de desórdenes organizativos que la nueva medida cuestionada trata de paliar".

**B) Rescisión contractual indemnizada. Improcedencia. La revocación de poderes y la orden de traslado no constituyen modificación sustancial de las condiciones de trabajo**

**STSJ de Murcia de 4 de febrero de 2008,** I.L. J 222.

En el presente conflicto el demandante tuvo varios traslados, Barcelona, Gran Canaria y sucediéndose en la empresa la mercantil Ferrovial Servicios Inmobiliarios, novándose el contrato y pasando a la categoría profesional de Director de oficina y pasando a la provincia de Murcia. Posteriormente la empresa cambió de denominación y fue convocado a una reunión en fecha febrero 2007, donde se le expuso el descontento del personal, como las irregularidades en la oficina, concediéndosele un permiso retribuido. La empresa en marzo de 2007 le remitió comunicación de traslado donde le manifestó: "Muy Señor nuestro: nuestra Delegación de Málaga está atravesando una situación de crisis, con escasa producción de ventas. Es por ello que la dirección de la empresa, por causas organizativas y económicas, ha decidido que a partir del día 7 de mayo del corriente año pase usted a dirigir la citada delegación, a fin de que, a través de una mejor organización de los recursos humanos existentes en la indicada Delegación, podamos levantar el rumbo de la misma, sin vernos obligados a tener que proceder a tomar otras medidas más drásticas, como podría ser el cierre de ella. Así pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 del Estatuto de los Trabajadores, y por los motivos apuntados, esto es, organizativos y económicos, le comunicamos que con fecha del día 5 de mayo, deberá usted pasar a prestar sus servicios como delegado, de la Delegación que la empresa tiene en Málaga (...)". Asimismo al trabajador se le revocaron los poderes. El trabajador instó demanda de extinción del contrato al amparo del artículo 50.a) y b) ET, esto es, modificación sustancial de condiciones de trabajo e impago de salarios. Este comentario se va a limitar a la modificación sustancial pues entiende el trabajador que tal orden de traslado supone la misma, y así la Sala de lo Social del TSJ de Murcia en Sentencia de 4 de febrero

de 2008, I.L. J 222, señala que "La orden de traslado a otra localidad que implica cambio de residencia no puede ser valorada como constitutiva de tal tipo de modificación, de un lado porque no aparece entre las variaciones de tal índole que, aunque sea a título de ejemplo o de lista no cerrada, se describen en el artículo 41.1 del ET, de otro, porque el traslado se encuentra aceptado y regulado por el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores como manifestación de los poderes de dirección del empresario, si bien condicionado a la concurrencia de determinadas circunstancias (técnicas, organizativas o de producción). La regulación legal se basa en la aceptación de que tal cambio de residencia puede ser generadora de perjuicios, por lo que faculta al trabajador para optar por la extinción del contrato con el percibo de una indemnización de cuantía inferior a la que por esta vía se reclama o para impugnar la decisión empresarial, mediante el ejercicio de diferente acción a la ejercitada en el presente procedimiento, si entiende que no concurren las razones técnicas, organizativas o de producción que son las que habilitan al empresario para tal decisión. El hecho de que los anteriores traslados que el actor ha experimentado durante su relación con la empresa hayan sido convenidos entre ésta y el trabajador, no supone que tal tipo de decisión empresarial deba estar sujeta a la aceptación del demandante, en ausencia de pacto, individual o colectivo, en tal sentido, cuya existencia en este juicio no se ha acreditado". Y respecto a la revocación de los poderes señala que "pues la empresa ha acreditado la justificación de tal proceder, en el hecho del cambio en la aparente titularidad de la empresa o cambio de denominación de la misma que determina la necesidad de la revocación de los poderes otorgados por el anterior empresario; no se aprecia en ello el establecimiento de trabas para que el actor desempeñe su trabajo, pues la revocación de poderes afectó a otros empleados de la empresa y, si bien ello no fue seguida de la concesión de nuevos poderes a favor del nuevo titular de la empresa, tal proceder se justifica por el hecho de no ser en ese momento necesarios para el desempeño de su trabajo". En su consecuencia se desestima el recurso.

## 8. EXCEDENCIAS

### A) Excedencia voluntaria. Reingreso. Denegación. Indemnización de daños y perjuicios: *Dies a quo*

**STS de 28 de mayo de 2008,** I.L. J 459.

1. La STS de 28 de mayo de 2008, I.L. J 459, analiza un supuesto en el que solicitado, el 7 de noviembre de 2003, por un trabajador en excedencia voluntaria, el reingreso a su puesto de trabajo con un mes de antelación al vencimiento del plazo de la excedencia, la empresa le comunicó que no había plaza vacante para dicha fecha, motivo por el que el trabajador reiteró su petición el 29 de noviembre de 2004 obteniendo igual respuesta. Posteriormente, el interesado descubrió que la empresa había contratado en diferentes fechas a diversos trabajadores de igual categoría profesional, para puesto de trabajo similar al suyo, motivo por el que presentó demanda. La sentencia de la instancia estimó la demanda y condenó a la empresa a dar ocupación y a pagarle una indemnización equivalente a los salarios que habría cobrado si le hubiese dado ocupación el día 29 de noviembre de 2004, cuando reiteró su petición de reingreso.

2. La cuestión planteada consiste en determinar cuál sea el *dies a quo* para determinar la cuantía de la indemnización a pagar por la empresa al empleado que no readmite, pese a tener que hacerlo, tras agotarse el período de excedencia voluntaria. En otras palabras, a partir de qué día incurre la empresa en mora en el cumplimiento del deber de reincorporar al excedente voluntario a su puesto de trabajo y está obligada a indemnizarle por los daños y perjuicios causados por esa acción. La doctrina unificada del tribunal Supremo sobre la materia, resumidamente, viene situando el referido *dies a quo* en la fecha de presentación de la papeleta de conciliación previa a la demanda, cuando se trata de supuestos en los que la vacante se ha producido en fecha posterior a la petición de reingreso [Sentencias de 14 de marzo 1995 (recurso 1300/1994) y de 21 de enero de 1997 (recurso 2004/1996) dictada por el Pleno de la Sala]. Tal doctrina no se aplica, como dice la Sentencia de 13 de febrero de 1998 (recurso 1076/1997), cuando al terminar el período de excedencia existe vacante de la categoría del trabajador excedente, pues en este caso los daños y perjuicios, consistentes en el valor de los salarios dejados de percibir, salvo que se pruebe que son superiores o inferiores, serán los causados desde el día en que terminó la excedencia voluntaria.

3. En conclusión, la solución se determina en función de dos factores: La fecha de producción de la vacante y la de petición de reingreso.

### B) Excedencia forzosa: Concepto de cargo público

**STS de 13 de noviembre de 2007,** I.L. J 225.

1. La STS de 13 de noviembre de 2007, I.L. J 225, parte de analizar los siguientes hechos: La actora ha prestado servicios en la empresa demandada con la categoría de ayudante de programación. Por Decreto de 28 de octubre de 2004 el Alcalde-Presidente nombró a la actora como Técnica de Asesoramiento para la Comunicación de Programas Municipales de Empleo, con el carácter de personal eventual y en régimen de dedicación exclusiva. El 26 de octubre de 2004 la actora solicitó a la empresa el derecho a la excedencia forzosa, denegándosele porque su nuevo puesto no era representativo. Posteriormente la trabajadora ha asesorado sobre los trámites administrativos para la creación de una radio municipal y ahora está en el Gabinete de Prensa de la Concejalía de Medio Ambiente y Comunicación en los temas de comunicación.

2. Para resolver la cuestión planteada debe seguirse, con determinadas puntualizaciones, la doctrina del Tribunal Supremo sobre la interpretación del artículo 46.1 ET, que ha sido aplicada en STS de 18 de septiembre de 2007 (recurso 2432/2006). De acuerdo con esta doctrina, el "cargo público" que da derecho a pasar a la situación de excedencia forzosa "no es el permanente burocrático de carrera", sino el cargo "político temporal o amovible al que se accede por elección o por designación de la autoridad competente" (STS de 7 de marzo de 1990), y cuyo desempeño "imposibilite la asistencia al trabajo" (artículo 46.1 ET).

La adscripción a uno u otro de estos dos grupos de servidores públicos es clara en muchos supuestos, pero ha planteado dudas en otros, en los que se trata de empleos de confianza y designación política en cuyo desempeño profesional prevalecen los aspectos de gestión o de asesoramiento técnico. Así sucede en el caso examinado, donde la actora desarrolló inicialmente labores de asesoramiento para "comunicación" de los "programas municipales de empleo", luego de asesoramiento "sobre los trámites administrativos para la creación de una radio municipal, "y ahora está en el gabinete de prensa de la concejalía de medio ambiente y comunicación".

Una interpretación sistemática y finalista de la normativa sobre las situaciones de excedencia inclina a denegar al desempeño de tales cometidos la consideración de cargo público. La finalidad del instituto de la excedencia forzosa no es facilitar que los trabajadores incorporados a la Administraciones públicas por designación política desarrollen de manera privilegiada una doble paralela carrera profesional, sino evitar la ruptura o el impedimento de la carrera profesional anterior como consecuencia del desarrollo temporal de cargos políticos en el sentido más propio de la expresión. El interés protegido en la excedencia forzosa no es sólo el interés del trabajador designado, que hay que coordinar con el de otros trabajadores y el de la empresa de origen, sino también el interés público en que la vinculación laboral no sea obstáculo para el desempeño de los cargos políticos oficiales.

En esta acepción propia y estricta de "cargo público" se incluyen, por una parte, los cargos representativos o electivos y, por otra parte, los cargos de designación política que participan en las decisiones de Gobierno mediante el desempeño personal de los distintos órganos de las Administraciones públicas. Dentro de este campo de aplicación se encuentran numerosos cargos orgánicos (Ministros, Subsecretarios, Secretarios Generales, Directores Generales, cargos equivalentes de las Administraciones autonómicas o municipales, Delegados del Gobierno, Directores o Delegados provinciales, etcétera) pero no los empleos de gestión o asesoramiento, aunque se trate de puestos de confianza, que llevan a cabo una labor de apoyo de quienes desempeñan los anteriores cargos políticos. Para el desarrollo de estos cargos técnicos de apoyo están previstas en el ordenamiento laboral otras situaciones como la excedencia voluntaria (artículo 46.6 ET) y la suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes [artículo 45.1.a) ET].

3. En conclusión la trabajadora no se encuentra en el círculo limitado de los cargos públicos con derecho a excedencia forzosa. Ninguno de los cargos de asesoramiento técnico o comunicación desarrollados constituye un cargo político oficial en el sentido expuesto. Ciertamente su empleo no le permite continuar en el puesto de ayudante de programación desempeñado en su empresa de origen. Pero el empleo de destino no es ni un cargo de elección representativa ni tampoco un cargo orgánico en una Administración Pública, cuyo titular participe en la adopción de las decisiones de Gobierno. La situación en su anterior empleo que le puede corresponder es la excedencia voluntaria regulada en el artículo 46.2 ET y en los convenios colectivos aplicables, o la suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo del artículo 45.1.a) ET.

## 9. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

### A) Suspensión del contrato de trabajo. Fuerza mayor

**STS de 27 de febrero de 2008,** I.L. J 36.

1. La STS de 27 de febrero de 2008, I.L. J 36, contempla la situación de una empresa, dedicada a la actividad de hostelería, que disponía de cuatro cafeterías en Madrid con una plantilla total de ciento tres trabajadores, y el 28 de diciembre de 2001 se incendió con motivo de unas obras de reparación del inmueble uno de los establecimientos, de cuyos treinta y tres trabajadores, seis fueron ubicados en otras cafeterías (que ya ocupaban a veinticinco, dieciocho y veinticinco trabajadores), solicitándose respecto a los veintisiete empleados restantes la suspensión temporal de sus contratos de trabajo por un período de cinco meses estimado necesario para la reconstrucción del establecimiento y la reanudación de su actividad.

2. Según la sentencia, el artículo 47.2 del Estatuto de los Trabajadores permite la suspensión del contrato de trabajo "por causa derivada de fuerza mayor con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51.12 de esta Ley y normas reglamentarias de desarrollo" y el citado precepto trata de "la existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción o suspensión de los contratos de trabajo", cuando se aprecie la existencia de un evento de esta naturaleza imprevisible e inevitable, según la dicción del artículo 1105 del Código Civil y como sucede en el supuesto que enjuiciamos, en que la Administración autonómica no discute, y por ende admite, la existencia de la *vis maior,* por la destrucción del inmueble a raíz del incendio ocasionado en donde se ubicaba el negocio de la empresa demandante, tal evento *per se* determina la suspensión o extinción de los contratos, en general, y, en particular, de los laborales, sin otro condicionamiento respecto de estos últimos que la empresa acompañe los medios de prueba justificativos de su existencia y cumplimente formalmente los requisitos establecidos en el mencionado Estatuto de los Trabajadores y Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, en orden a la simultánea comunicación a los representantes de los trabajadores.

### B) Suspensión del contrato de trabajo. Trabajador declarado en incapacidad permanente total con previsión de revisión por mejoría

**STSJ de Madrid de 25 de febrero de 2008,** I.L. J 221.

1. La STSJ de Madrid de 25 de febrero de 2008, I.L. J 221, analiza el supuesto de una trabajadora a la que se le reconoció la prestación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, con la previsión de la revisión de la calificación a partir del 1 de abril de 2007 por mejoría, que permitía la reincorporación al trabajo antes de dos años conforme a1 artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores.

La trabajadora al amparo del artículo 65 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado solicitó dentro de plazo, el 29 de junio de 2006, la asignación de un puesto de trabajo adecuado a la situación de invalidez declarada.

El texto de dicho artículo es el siguiente:

> "Artículo 65. Movilidad funcional por incapacidad laboral.
>
> En el caso de declaración de una incapacidad laboral permanente total, la Administración procederá, a petición del trabajador y previas las actuaciones y con las garantías establecidas en el artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, al cambio de puesto de trabajo por otro más adecuado a la situación del trabajador dando lugar con ello a una novación del contrato. Dicho cambio se comunicará a los representantes de los trabajadores.
>
> Los complementos de puesto y aquellos otros que retribuyan una mayor cantidad o calidad en el trabajo, se percibirán de conformidad con las retribuciones que correspondan al nuevo puesto de trabajo, sin perjuicio del mantenimiento en cómputo anual de las retribuciones básicas y, si existe, el complemento personal de unificación, percibiendo en su caso un complemento personal.
>
> Si el trabajador no hubiese ejercitado este derecho, mediante la correspondiente solicitud, en el plazo de dos meses a partir de la notificación de la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social por la que se le declara en la situación de incapacidad laboral permanente total, se extinguirá la relación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores."

2. La cuestión litigiosa se centra en dilucidar si la trabajadora tiene derecho al cambio de puesto de trabajo al amparo del artículo 65 del convenio colectivo citado al haberle sido declarada una incapacidad permanente total o si, por el contrario, ese derecho no surge debido a que la resolución del INSS establece la previsión de revisión por mejoría durante un período de dos años con reserva del puesto de trabajo tal como permite el artículo 48.2 del ET.

Hay que resaltar que el cambio de puesto de trabajo al que se refiere el precepto convencional implica, como en el propio texto se dice, una novación del contrato de trabajo, es decir, una "variación en su objeto o en sus condiciones principales" (artículo 1203.1º del Código Civil), y esta novación modificativa que se produce en todos los supuestos del artículo 1203 del Código Civil determina la transformación del original contrato en otro cuyas condiciones son distintas ya que se cambia el puesto de trabajo para evitar que el trabajador continúe prestando servicios en un puesto cuyas exigencias no son adecuadas a la discapacidad declarada, conforme a lo que dispone el artículo 25 de la LPRL.

Pues bien, la novación del contrato originario implica que el trabajador va a seguir prestando servicios en un nuevo puesto de trabajo, con determinadas condiciones diferentes de las iniciales, y ese contrato así transformado que es el marco de derechos y obligacio-

nes del trabajador, es incompatible con el mantenimiento del primitivo contrato, que por mandato del artículo 48.2 ET no se ha extinguido pese a la declaración de incapacidad permanente total, sino que se halla en suspenso, con prolongación de la suspensión previa debida a incapacidad temporal y con reserva del puesto de trabajo. No es posible que la relación laboral esté a la vez suspendida y vigente, o lo que es lo mismo, la novación del contrato es incompatible con la suspensión, pues la novación implica la continuidad de la plenitud de derechos y obligaciones en otro puesto de trabajo y la suspensión en cambio exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (artículo 45.2 ET). De ahí que deba concluirse que el derecho del trabajador en el específico supuesto del artículo 48.2 ET es el de la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto, lo que se justifica por la probabilidad de mejoría que la entidad gestora declara, y en tal caso no es posible a la vez pretender que el contrato se nove y continúe en otras condiciones distintas. Por ello el último párrafo del artículo 65 del convenio único al establecer la extinción del contrato cuando el trabajador no solicite el cambio de puesto de trabajo en el plazo de dos meses, hace la salvedad referida al artículo 48.2 del ET, pues este supuesto tiene su propia regulación que no permite la novación del contrato sino su suspensión con reserva del puesto de trabajo.

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) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica.* **3. El despido disciplinario. Causas que lo motivan. 4. Extinción del contrato por causas objetivas.** *A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET.* B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación. **5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** A) La caducidad de la acción. B) El procedimiento por despido. **6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** *A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización. a) La indemnización: cuantía y cálculo. b) Salarios de tramitación.* **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** *A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.* B) Distribución de la carga probatoria. C) Cuestiones conexas.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, números 1 a 4 del año 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

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

una de ellas son objeto de consideración –con mayor o menor profusión o intensidad– en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a sus posibles calificaciones judiciales y las consecuencias derivadas de ellas.

## 2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

### A) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica

En el análisis judicial del despido se seleccionan diversas resoluciones, que analizan la naturaleza jurídica de la relación de trabajo valorando, en su caso, los distintos requisitos necesarios para la existencia de una relación laboral. Así, la **STSJ de Cataluña de 10 de enero de 2008** (recurso 147/2007), I.L. J 156, desestima la existencia de despido, ante lo que califica como un supuesto de desistimiento de empresario respecto de una relación laboral de alta dirección.

Según la Sala:

> "El hecho de recibir instrucciones del representante de la persona jurídica no descalifica la relación especial ya que es el límite de la capacidad de decisión del alto directivo. Fallando la existencia de dimisión de la empresa e inexistencia de despido."

En sentido análogo, la **STS de 5 de febrero de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 215/2007), I.L. J 92, estima la inexistencia de despido a un trabajador, objeto de una sanción inadecuada y desproporcionada. Asimismo, la **STS de 21 de febrero de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 178/2007), I.L. J 447, desestima la existencia de despido de varios trabajadores que prestan sus servicios en una empresa del sector de *telemarketing* mediante un contrato de obra o servicio determinado para realizar tareas de teleoperador en una plataforma de Telefónica. Al cesar el contrato de arrendamiento de servicios entre Telefónica y la empresa empleadora, se rescinden los contratos de los demandantes por finalización del contrato temporal. Los demandantes accionan por despido y el TSJ desestima la demanda. El TS aprecia que en el supuesto los actores se limitan a realizar una comparación abstracta de doctrinas y no de los pronunciamientos concretos. En todo caso, el TS considera que la sentencia recurrida es conforme con la doctrina de esta Sala, dado que se puede celebrar un contrato de obra o servicio cuyo objeto sea la realización de una actividad contratada por un tercero durante un tiempo determinado, siempre que no concurra fraude en la contratación.

Finalmente, y en idéntico sentido, la **STS de 29 de mayo de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 2417/2006), I.L. J 540, estima la inexistencia del despido efectuado a un trabajador del Patronato Deportivo Municipal del Ayuntamiento de Guadalajara –Contrato temporal concertado con Monitor Deportivo Socorrista–. Se trata

de trabajador discontinuo y se desestima la demanda por despido por falta de acción al no haberse producido extinción de contrato sino su suspensión.

## 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 **STS de 22 de febrero de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 3315/2006), I.L. J 480, falla que el cese de varios trabajadores, que se declara improcedente por la sentencia recurrida, no se trata de despido colectivo (aunque hayan cesado doce trabajadores semejantes en la misma fecha), pues no se alega ni consta la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Reitera la STS de 22 de enero de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4042/2006).

La Sala justifica el fallo en su FJ 4º alegando que

> "Entrando en el fondo de la cuestión que se plantea en el segundo tema de contradicción, resulta claro que es totalmente acertada la decisión adoptada por la sentencia recurrida, al calificar de improcedente el despido de la actora, pues el mismo no tiene nada que ver, en absoluto, con las figuras jurídicas que regulan los artículos 51, 52 y 53 del ET. Esto es obvio, habida cuenta que los denominados despidos colectivo y objetivo que prevén estos preceptos exigen necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; si no existe ni aparece ninguna de estas causas no puede apreciarse la existencia de estos particulares despidos. Ello significa que para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el 51.1 del ET, sino que además es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción. En el caso de autos no consta, en forma alguna, la concurrencia de ninguna de estas causas; ni siquiera aparece el más mínimo indicio de tal concurrencia; es más, en el despido de la actora no se hizo referencia de ningún tipo a esas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y además a lo largo de todo este proceso nadie ha alegado la existencia de las mismas. No hay, por tanto, razón de clase alguna para aplicar en esta litis el artículo 51 del ET. Se recuerda además que la extinción del contrato de trabajo de la demandante se acomodó, en principio, a lo que decía la cláusula tercera de tal contrato, en la que se fijaba que el mismo duraría hasta el '15 de junio de 2005', lo cual, independientemente de la licitud o ilicitud de tal cláusula, es un dato indicativo de la no concurrencia de aquellas causas extintivas. No existe violación alguna del artículo 51.1 del ET, con lo que se ha de rechazar también el segundo tema de contradicción del recurso de demandante."

La interpretación de la causa de despido económico o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) ET] se plantea en la **STS de 22 de ene-**

**ro de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 4042/2006), I.L. J 278, en la **STS de 29 de febrero de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 3687/2006), I.L. J 391, y, finalmente, en la **STS de 26 de febrero de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 3672/2006), I.L. J 397. En ellas se analiza, además del requisito de la contradicción entre las sentencias contrastadas, cómo en un despido colectivo es necesario que los ceses sean debidos a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

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 **STS de 14 de mayo de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 3688/2006), I.L. J 471, que falla la improcedencia del despido colectivo efectuado. La Sala determina, como ya hiciera en las SSTS anteriores, que para su existencia no basta el despido de varios trabajadores al tiempo, sino que es necesario que sean debidos a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

La Sala argumenta en su FJ 2º:

> "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 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."

## 6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La **STSJ de Baleares de 3 de marzo de 2008** (recurso 15/2008), I.L. J 308, aprecia la existencia de transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la conducta de un trabajador, cuyas actuaciones se traducen en una agresión física a un compañero de trabajo.

Para la Sala, tomando como referencia la doctrina emanada por el Tribunal Supremo:

> "considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, c) las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa y d) la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. El actor ha incurrido en tales incumplimientos y los hechos que la sentencia declara probados tienen por sí solos entidad y gravedad suficientes como para ser sancionados con el despido disciplinario".

## 7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

### A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La **STS de 31 de enero de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 3812/2006), I.L. J 35, falla la improcedencia del despido efectuado a una trabajador objeto de un contrato de interinidad para sustituir a un trabajador en situación de baja con derecho a reserva de puesto de trabajo al fallecer este último.

La Sala, trayendo a colación la doctrina que en la materia ya ha sido unificada, fundamenta el fallo en los siguientes términos:

> "Es claro, por consiguiente, que el contrato de trabajo del trabajador sustituido, se extinguió a fines de junio de 2005 cuando el INSS dictó la resolución en que le declaró afecto de IPA, dado lo que dispone el artículo 49.1.e) del ET. Por ende, en esa fecha tuvo que haberse extinguido también el contrato de interinidad del actor, y como no sucedió así, pues este contrato de interinidad pervivió hasta el 31 de agosto de 2005, (disponiendo el Instituto demandado tal extinción por causa de la muerte del trabajador sustituido, acaecida el 21 de ese mismo mes y año), no cabe duda que los dos últimos meses de trabajo del actor dejaron de estar amparados en alguna modalidad de contratación temporal prevista en el artículo 15.1 del ET; lo cual significa que su relación laboral con el organismo demandado se ha convertido en indefinida, dado lo que estatuye el párrafo tercero del artículo 49.1.c) del ET. Por ello la sentencia recurrida ha vulnerado los preceptos legales comentados, y en consecuencia ha de ser estimado el recurso de casación para la unificación de doctrina entablado por el actor y casada y anulada tal sentencia. Y resolviendo el debate planteado en suplicación, se ha de confirmar la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife el 3 de marzo de 2006, que estimó la demanda origen de esta litis y declaró la improcedencia del despido del actor."

Asimismo, la **STS de 5 de febrero de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 215/2007), I.L. J 92, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de enero de 2008** (recurso 2078/2007), I.L. J 146, la **STS de 22 de enero de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 3679/2006), I.L. J 327 y la **STS de 11 de febrero de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 2538/2007), I.L. J 363, determinan la improcedencia del despido efectuado a sendos trabajadores, al considerar la sanción impuesta inadecuada y desproporcionada en aplicación de la teoría gradualista.

Las Salas se manifiestan en los siguientes términos:

> "Recurrida en suplicación por la parte actora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó Sentencia el 19 de diciembre de 2006, recurso 4405/2006, estimando el recurso formulado. La sentencia entendió que, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 54 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes en relación con las sanciones por faltas muy graves, así como lo establecido por el Tribunal Supremo (Sentencias de 28 de febrero de 1990 y 16 de mayo de 1995) y Tribunal Constitucional (Sentencia de 29

> de mayo de 1989), ha de graduarse la sanción a imponer al trabajador que ha cometido una falta, atendiendo a las exigencias de proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido y la sanción impuesta, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, llevando a cabo una tarea individualizadora de la conducta del trabajador, a fin de determinar si procede o no mantener la sanción impuesta, entendiendo que en el supuesto debatido la sanción de despido resulta claramente inadecuada y desproporcionada por excesiva, habida cuenta de la elevada antigüedad de la trabajadora, más de trece años, período en el que no ha habido ningún tipo de tacha o incidente reprobable."

En sentido análogo, la **STS de 26 de febrero de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 477/2007), I.L. J 403, tomando en consideración la duración total de todos los contratos eventuales dentro del período de referencia previsto en la Ley o en el Convenio Colectivo, falla la improcedencia del despido efectuado en un supuesto de contratación temporal reiterada.

La Sala lo fundamenta en los siguientes términos:

> "El artículo 15, que experimentó sensibles modificaciones por la Ley 11/1994, de 7 de mayo y la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, regula en su número 1, apartado b), el denominado contrato eventual, motivado por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa; tal definición pone de manifiesto que la temporalidad de este tipo de contratación es causal y contingente, pues en el proceso productivo o en la prestación de servicios se produce de manera transitoria un desajuste entre los trabajadores vinculados a la empresa y la actividad que deben desarrollar, permitiendo la ley la posibilidad de acudir a la contratación temporal para superar esa necesidad de una mayor actividad, sin incrementar la plantilla más de lo preciso, evitando el inconveniente de una posterior reducción de la misma si, superada la situación legalmente prevista, se produjera un excedente de mano de obra. De ahí que si esa actividad normal de la empresa persiste y se transforma en permanente, el tipo de contratación permitido ya no será el temporal, sino el contrato por tiempo indefinido. Éste es el sentido de la norma para el Tribunal Supremo, que en Sentencia de 21 de diciembre de 1990 declaró que el criterio decisivo en esa modalidad contractual es el carácter temporal, coyuntural u ocasional del trabajo, como circunstancia que exige a la empresa un incremento de mano de obra con ese mismo carácter eventual."

A mayor abundamiento, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 31 de marzo de 2008** (recurso 27/2008), I.L. J 513, determina la improcedencia de los despidos efectuados a varios trabajadores debido a que no se justifica la necesidad de amortización de sus puestos de trabajo.

Por el contrario, las **SSTSJ de Cantabria de 3 de abril de 2008** (recurso 239/2008), I.L. J 500, y **de Aragón de 28 de enero de 2008** (recurso 40/2008), I.L. J 509, desestiman la improcedencia de los despidos efectuados a sendos trabajadores, objeto de sucesivos contratos temporales, estimando la conversión de sus contratos en indefinidos.

**B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización**

**a) La indemnización: cuantía y cálculo**

Las **SSTJCE de 17 de enero y 21 de febrero de 2008** (As. C-246/2006 y C-489/2006), I.L. J 116 y 119, respectivamente, determinan la protección de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial a la entrada en vigor de la Directiva 2002/74/CE y la fecha de expiración del plazo para la adaptación de ésta al Derecho interno, fallando que el Juez nacional durante este lapso de tiempo está obligado a garantizar un aplicación de esta norma nacional conforme al principio de no discriminación.

Sobre la cuestión planteada en el recurso, las Salas señalan:

> "En caso de que, a 8 de octubre de 2005, no se haya adaptado el derecho interno a la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la aproximación de legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, el eventual efecto directo del artículo 3.1 de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, no puede en ningún caso invocarse en relación con un estado de insolvencia producido antes de dicha fecha."

**b) Salarios de tramitación**

La **STS de 22 de enero de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 1689/2007), I.L. J 66, la **STS de 6 de marzo de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 4786/2006), I.L. J 114 y la **STS de 29 de enero de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 1119/2007), I.L. J 287, al fallar la exención de abonar los salarios de tramitación, mediante la compensación/deducción de los percibidos en metálico y directamente al trabajador, determinan el alcance temporal de la responsabilidad del Estado.

Sobre la cuestión planteada en el recurso de la empresa, las Salas señalan:

> "El problema que aquí nos ocupa no se había suscitado anteriormente ante esta Sala de la manera tan específica como ahora se nos plantea, pero sí hemos tenido ya oportunidad de conocer de otros dos similares e íntimamente relacionados con él, cuales son, en primer lugar, el relativo a la extensión temporal del pago de los salarios de tramitación a cargo de aquel empresario que había sido absuelto en la instancia, pero resultó condenado en suplicación, absolviéndose en esta última sede al que se condenó en la instancia. Cuestión esta que fue objeto del recurso de casación unificadora número 3868/2001, en el que recayó la Sentencia de 30 de septiembre de 2003, y ésta atribuyó al empresario condenado en suplicación el pago de los salarios devengados hasta el momento de notificación de la sentencia que lo condenó, esto es, la recaída en sede de suplicación. Razona nuestra

reseñada Sentencia que la solución debe buscarse en el texto del artículo 56.1.a) del ET, al que se remite el artículo 110.1 de la LPL, a cuyo tenor, declarada la improcedencia del despido, el empresario podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización y de 'una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación'. En aquel caso (lo mismo que en el que ahora nos ocupa) no existía duda acerca de la fecha inicial de devengo de los salarios de tramitación, pero el problema estaba en cuál sería el *dies ad quem* de dicho devengo. Sigue razonando la Sala en la Sentencia reseñada que, aunque el precepto mencionado no contempla situaciones como la que se analiza, sin embargo el propósito del legislador aparece claramente expresado, pues de lo que se trata es de determinar las consecuencias que un despido va a acarrear al verdadero responsable de la extinción del contrato de trabajo, y como lo que en realidad ha ocurrido es que la sentencia de suplicación parte de la base de que la relación laboral extinguida vinculaba al trabajador demandante y a la empresa condenada en suplicación, cuya decisión es calificada como improcedente, y esa circunstancia debe acarrear las consecuencias previstas en el artículo 56.1.a) del ET, importando poco que la sentencia de instancia hubiera entendido que era otro el empresario autor del despido, en cuanto que dicho pronunciamiento quedó anulado y sin efecto alguno."

De otro lado, la **STS de 11 de febrero de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 868/2007), I.L. J 306, 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 **STS de 29 de febrero de 2008,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 657/2007), I.L. J 389, y la **STS de 12 de marzo de 2008,** Sala Cuarta (recurso

de casación para la unificación de doctrina 1695/2007), I.L. J 427, al fallar la nulidad de los despidos efectuados a dos trabajadoras embarazadas, analizan el requisito del conocimiento previo del estado de la trabajadora por la empresa.

Las Salas fundamentan sus respectivos fallos:

> "La interpretación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores ha de acometerse partiendo de la letra y del espíritu de la norma misma, y del contexto en el que se ha promulgado, sin olvidar la Directiva comunitaria que ha traspuesto a nuestro ordenamiento interno. La Directiva 92/85/CEE del Consejo es bien explícita en cuanto al objeto a que se aplica y a su alcance; se refiere, como su texto explica, a la 'aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo', no de todas las mujeres en general, sino de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, y para tales supuestos, el artículo 10 de la Directiva encomienda a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 de la norma comunitaria, es decir, 'durante el período comprendido entre el comienzo de un embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo'; cuando se despida a una trabajadora, 'el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito'. La remisión que en el artículo 10 se hace al artículo 2 supone que, a estos efectos, por mujer embarazada ha de entenderse 'cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales'. Es evidente, por tanto, que con la reiteración normativa sobre los mismos conceptos, lo que en realidad se protege en este caso no es la igualdad de sexos, sin más, sino la maternidad, poniendo a la mujer a salvo de decisiones empresariales motivadas, directa o indirectamente, por su embarazo, evitando con ello la finalización de su relación laboral en conexión con su estado de gravidez. Por tanto, a la vista de cuanto se ha probado en este caso, no es procedente plantear el problema que se puede suscitar por el desconocimiento por la empresa del embarazo, como de seguido se razonará."

De otro lado, numerosas sentencias revocan las sentencias de instancia y desestiman la nulidad de los despidos. Así, la **STS de 25 de febrero de 2008**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 3000/2006), I.L. J 409, y la **STSJ de Baleares de 15 de enero de 2008** (recurso 513/2007), I.L. J 141, desestiman la nulidad de sendos despidos ante la falta de aportación de indicio razonable de existencia de lesión de derecho fundamental, así como la inexistencia de violación del derecho a la indemnidad.

En sentido análogo, las **SSTSJ de Asturias de 18 de enero de 2008** (recurso 3453/2007), I.L. J 138, y **de Cataluña de 17 de enero de 2008** (recurso 135/2007), I.L. J 154, desestiman la nulidad de los despidos efectuados a dos trabajadores ante la ausencia de indicios de vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la libertad sindical, ambos en su vertiente del derecho a la indemnidad.

Asimismo, la **STS de 29 de febrero de 2008**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 1092/2007), I.L. J 260 y la **STS de 15 de febrero de 2008,** Sala

Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 1516/2007), I.L. J 289, fallan la inexistencia de la nulidad de los despidos efectuados ante la inexistencia de falta de contradicción, sin que pueda apreciarse vulneración del derecho a la libertad sindical.

La **STC de 26 de mayo de 2008** (recurso de amparo 3912/2005), I.L. J 465, declara la improcedencia y no la nulidad del despido efectuado a un trabajador en situación de incapacidad temporal. Para ello la Sala fundamenta su fallo en:

> "El despido basado en la enfermedad como incapacitante para el trabajo no es causa de nulidad del mismo debido a causa discriminatoria."

Finalmente, la **STS de 28 de mayo de 2008**, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 136/2007), I.L. J 554, estima la existencia de nulidad de un despido por causas objetivas por incumplimiento de los requisitos formales. Falla la nulidad del cese como consecuencia de la anulación del concurso para la provisión de plazas en la Administración Canaria por no cumplirse las normas que establece para el despido objetivo el artículo 53 del ET. Reitera doctrina de las SSTS de 18 de diciembre de 2007 y 21 de enero de 2008.

La Sala fundamenta su fallo en los siguientes términos:

> "de acuerdo con la doctrina a que se ha hecho referencia en el fundamento anterior, el recurso, que denuncia la infracción de los artículos 49.1.l) y 52.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, debe estimarse. En efecto, establecen las sentencias mencionadas que, produciéndose el cese como consecuencia de la ejecución de una sentencia firme del orden contencioso-administrativo que anula un procedimiento de selección, se trata de una extinción del contrato de trabajo de las previstas en el artículo 52.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, que ha de ajustarse a las formalidades del artículo 53 del citado texto legal y, como no se cumplieron los requisitos previstos en este artículo –en concreto, la puesta a disposición de la indemnización, al ser subsanable la falta de preaviso–, el despido debe calificarse como nulo de acuerdo con lo previsto en el artículo 53.4, sin perjuicio de que pueda procederse a un nuevo despido, cumpliendo tales exigencias, como prevé el precepto citado en relación con el artículo 122.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral. Por ello, se ha de casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, debe estimarse el recurso de esta clase interpuesto por la recurrente, declarando nulo su despido con las consecuencias inherentes a tal declaración, sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre las costas, conforme al artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral".

Mª. 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) Derecho a la promoción de elecciones mediante agrupación de centros de trabajo. b) Elecciones sindicales y negativa empresarial a entregar el censo a sindicato sin representatividad. c) Preceptos convencionales y libertad sindical como derecho fundamental. d) Negociación de convenio y aceptación de acuerdos. B) Conducta antisindical y vulneración del derecho. a) Despidos nulos por razón de afiliación sindical. b) Despido nulo por represalia en trabajador que convoca asamblea aunque no conste su afiliación sindical ni ostente representación alguna. c) Despido de delegado sindical. Incumplimientos formales. d) Remoción de cargo por razón de afiliación. **2. Conflictos colectivos.** A) El proceso de conflicto colectivo: Objeto. **3. Huelga.**

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2008 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*.

## 1. LIBERTAD SINDICAL

### A) Contenido y alcance

#### a) Derecho a la promoción de elecciones mediante agrupación de centros de trabajo

El derecho a promover elecciones forma parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical (artículo 28.1 CE), razón por la cual cualquier laminación del mismo puede constituir violación de este derecho constitucional. Con esta premisa la **STS de 20 de**

**febrero de 2008,** u.d., I.L. J 104, recaída en procedimiento de conflicto colectivo, analiza la impugnación de la empresa contra el preaviso de elecciones, efectuado por el sindicato CCOO con la pretensión de agrupar determinados centros de trabajo en la provincia de Barcelona a los efectos de elección de comité de empresa.

Se estudia el artículo 63.2 que regula el comité de empresa conjunto en los casos de que los centros de trabajo no superen el mínimo de 50 trabajadores. Y para tal fin, se adentra en los fundamentos conceptuales de éstos como circunscripciones electorales básicas con la única excepción del artículo 63.2 ET, destacando además la legitimación de los sindicatos para promover elecciones como expresión del derecho de libertad sindical que amparan los artículos 7 y 28.1 CE y que diferencia del derecho de los trabajadores a decidir por mayoría la celebración de elecciones (62.1 ET), por tener asiento constitucional en el artículo 129.2 CE.

Tales referencias doctrinales, en las que se extiende ampliamente la sentencia que comentamos en sus fundamentos de derecho tercero, cuarto y quinto, dan paso seguidamente al tratamiento del núcleo de la litis, centrado en si el sindicato CCOO puede proceder a la agrupación de algunos centros de trabajo situados en la provincia de Barcelona y con plantillas entre seis y diez trabajadores. Y la respuesta viene dada por aplicación de la jurisprudencia constitucional y ordinaria al supuesto estudiado, que se traduce y sintetiza en que la ausencia de concreción numérica en el precepto (en el mismo sólo se habla de que en los centros de trabajo no se llegue a la cifra de 50 trabajadores) impide entender que la acotación de los electores deba someterse a la discrecional voluntad del sindicato que venga en promover el proceso electoral y que en el caso de autos lleva a cabo *agrupando tan sólo a la mitad de los centros de trabajo, sin que conste razón alguna para excluir del conjunto a los restantes centros, pues no hay que olvidar que el precepto analizado* (63.2 ET) *imperativamente comporta la agrupación de todos los centros de menos de 50 trabajadores.*

No cabe, pues, entender infringido el derecho a la libertad sindical, toda vez la promoción de elecciones no se ajusta a la literalidad de la norma, que permite la agrupación de los centros de trabajo inferior al umbral mínimo exigido por ley, pero sin quiebra de su integridad cuantitativa y de su realidad material.

En relación con la promoción de elecciones sindicales hay que referenciar otras resoluciones judiciales. En la **STS de 2 de junio de 2008**, I.L. J 565, se plantea recurso de casación por el sindicato CGT frente a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por vulneración del derecho de libertad sindical en su vertiente de promoción de elecciones sindicales fundamentada en los artículos 28 CE, 2.1, 6.3 y 7.2 LOLS y 67.1 ET. Se discute si la empresa está facultada a negar la iniciación del proceso electoral por falta de cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa que delimita el derecho de promoción de elección. El TS afirma que la empresa puede desarrollar esta labor de filtro, sin que ello deba interpretarse como una facultad de control del derecho a la promoción de elecciones de sindicatos. Es el caso que se produce por existir falta de legitimación del sindicato al haberse producido una modificación en la organización de los departamentos de la

Comunidad Autónoma, que deriva en una alteración de las circunscripciones de electorales en perjuicio del sindicato. El TS considera necesario el análisis de los empresariales en pos de una tutela especial del derecho fundamental en juego. De esta forma, además de comprobar la falta de legitimación, apoya el argumento de la empresa de que el pacto de celebración de elecciones por mayoría de los sindicatos tiene preferencia a otra promoción electoral en virtud de los artículos 67.2 ET y 2.3 RD 1844/1994.

Siguiendo en esta línea, la **STS de 20 de mayo de 2008**, I.L. J 536, recoge un recurso de casación por vulneración de los artículos 74 y 75 ET. Se trata de un caso en el que la parte recurrente alega que el artículo 74 ampara la información a las secciones sindicales de las empresas legalmente constituidas, aspecto infringido por la empresa, al igual que el deber de colaboración establecido en el artículo 75 ET. Además la empresa no ha comunicado el preaviso electoral, ni ha publicado censo electoral (a pesar de haberlo remitido el sindicato accionante) en todos los centros de trabajo, tal y como exigen estas normas. Por último, el recurrente afirma que la empresa no le ha facilitado el centro electoral. El Tribunal desestima el recurso. En primer lugar, porque se plantean cuestiones nuevas que no se plantearon en las instancias y el enjuiciamiento de éstas no es posible en un recurso de casación, y, en segundo lugar, en lo que se refiere al censo electoral, no resulta exigible al empresario facilitar el censo laboral a los promotores de las elecciones sino a los miembros una vez constituida la mesa lectoral.

**b) Elecciones sindicales y negativa empresarial a entregar el censo a sindicato sin representatividad**

Por el sindicato CCOO se promueven elecciones y la empresa impide su celebración, por lo que entiende vulnerado su derecho a la libertad sindical, instando el cese de dicha conducta obstruccionista al demandando e igualmente la debida indemnización por daños morales y materiales: es el objeto del procedimiento de tutela de derechos fundamentales que examina la **STS de 11 de febrero de 2008**, I.L. J 366.

Como antecedente se hace mención a la cuestión procesal suscitada sobre la clase de procedimiento aplicable, habiéndose decantado la Sala en favor del de tutela y no por los trámites del proceso electoral. La sentencia de alzada estimó en lo sustancial la demanda obligando a la empresa a cesar en su conducta con entrega del censo electoral e imponiendo la reparación de daños en la cuantía solicitada. No obstante ello, el Alto Tribunal acoge el recurso de casación ordinaria interpuesto por la empresa y entiende no vulnerado el derecho fundamental que invoca el sindicato actor, pues tomando como cuestión nuclear del debate que "el verdadero problema que late en el fondo del presente litigio no es sino la negativa empresarial a facilitar los censos a otro sindicato distinto al que aquí demanda", es claro que "ello no supone la vulneración del derecho a la libertad sindical de la organización actora porque a ésta siempre se le han facilitado los censos en la forma prevista en el pertinente Acuerdo de empresa, y tal cuestión ni siquiera ha sido objeto de discusión" en momento alguno de las actuaciones.

En un contexto complejo de diversas impugnaciones en materia electoral, donde concurren los intereses legítimos de las asociaciones sindicales y de la propia empresa, la buena

fe debe presumirse, en tanto no se demuestre lo contrario. Y ello conduce a la conclusión de que no se ha producido vulneración del derecho a la libertad por parte de la empleadora, dado que la negativa empresarial a facilitar los censos electorales a un determinado sindicato encuentra causa justificada en la base fáctica de la sentencia, toda vez carece de representación unitaria de los trabajadores, no se evidencia ningún tipo de representación sindical en el ámbito de la empresa y ni siquiera consta que cuente con afiliados en ningún centro de trabajo. De ahí que se entienda conforme a derecho la vía llevada a efecto mediante la publicación de la lista de electores en los tablones de anuncios de la empresa conforme dispone el artículo 74.3 ET, debiendo entregarse el censo de trabajadores a los sindicatos con presencia en los órganos de representación unitaria.

**c) Preceptos convencionales y libertad sindical como derecho fundamental**

En la determinación del alcance del derecho de libertad sindical del artículo 28 CE y de la LOLS, es necesario saber si la vulneración de los preceptos convencionales sobre derecho colectivo puede suponer vulneración del derecho a la libertad sindical. En este sentido, se manifiesta la **STS de 9 de mayo de 2008**, I.L. J 547, en la que el recurrente (comité intercentros) alega vulneración del derecho a la libertad sindical por parte de la empresa en base a tres motivos: 1. facilitar al comité medios necesarios para que se pueda reunir y negociar; 2. despedir por motivos disciplinarios a 4 trabajadores, y 3. instalar cámaras de vigilancia informando al comité después de haber llevado a cabo esta acción. El Tribunal parte de la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el establecimiento del alcance del derecho a la libertad sindical. Por ello, entiende que lo regulado en las leyes ordinarias y en los convenios colectivos no forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad sindical (STC 70/2000). Por tanto, no todo incumplimiento del contenido del derecho supone una vulneración del artículo 28 CE y de la LOLS, y no toda denuncia de incumplimiento de las normas colectivas debe tener entrada en la modalidad de tutela de derecho fundamental. Pese a ello, el Tribunal decide entrar a enjuiciar el recurso desestimado el mismo, y ello, porque la empresa no incumple la obligación de proporcionar medios necesarios para que el comité pudiera reunirse, cuando la realidad es que éste se reunió hasta ocho veces, y en cuanto a los despidos de la empresa, la empresa y los trabajadores ya habían asumido la improcedencia de éstos.

**d) Negociación de convenio y aceptación de acuerdos**

El derecho, por excelencia, que pueden poseer los sindicatos, es el derecho a negociar un convenio colectivo. Ahora bien, la negociación no siempre es lo exitosa que pudiera preverse, y a lo largo de la misma, las discrepancias en la aplicación e interpretación del derecho puede ser muy variada. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2008, I.L. J 439, los recurrentes plantan dos motivos para articular su recurso por vulneración de la libertad sindical. En cuanto al primero de ellos, se alega exclusión del sindicato por paralización de la negociación y, en cuanto al segundo, se alega la aprobación, sin su parte, de acuerdos de la Comisión de Interpretación y Vigilancia. Se desestiman ambos motivos. Respecto del primero, la libertad sindical comprende el derecho a

desarrollar la actividad sindical y a participar en la negociación colectiva, y sin embargo, el decaimiento del sindicato por inactividad del proceso de negociación y la sola legitimación inicial del sindicato, que no plena ni decisoria, permiten al tribunal desestimar el recurso. Respecto al segundo motivo, habría que determinar si se trata de una Comisión negociadora o de administración del convenio, cuestión que en todo caso debe resolverse en un proceso de impugnación de convenios y no de tutela de la libertad sindical.

El derecho fundamental a la libertad sindical puede verse vulnerado por distintas actuaciones que tanto la empresa como otros sujetos colectivos puedan realizar. En relación con ello, la **STSJ de Cataluña de 27 de marzo de 2007,** I.L. J 486, plantea una posible vulneración de la libertad sindical al sindicato recurrente (CCOO), por no contar con él en la toma del acuerdo sobre incremento salarial de 2,7% que percibirían a cuenta de convenio, abonándose durante la negociación del convenio colectivo. El Tribunal entiende que no se está vulnerando la libertad sindical puesto que el hecho de que la empresa adoptara la decisión de aceptar la propuesta de UGT no es una actuación que vulnere este derecho. Es aplicable aquí la doctrina del TC mediante la que se establece que las secciones sindicales son instancias organizativas que desarrollan actividades que permitan la defensa y protección de los trabajadores. Por ello, las secciones sindicales pueden proponer a la dirección un incremento salarial, no tratándose de una negociación de un acuerdo, que necesitaría la existencia de reuniones sucesivas, distintos planteamientos y la toma de pactos. Tan sólo se trataba, dice la sentencia, de una propuesta. El Tribunal también establece que no puede tratarse de una discriminación del sindicato CCOO, por cuanto, en el momento en el que se enjuicia este caso, se negociaba el nuevo convenio colectivo en cuya comisión negociadora participaba este sindicato. Por ello, se desestima el recurso.

### B) Conducta antisindical y vulneración del derecho

#### a) Despidos nulos por razón de afiliación sindical

Se produce trato discriminatorio cuando en un expediente de crisis el índice de afectación de afiliados a un determinado sindicato no resulta proporcional respecto del resto de las asociaciones sindicales o se muestra injustificada la selección de trabajadores y su posterior inclusión en el expediente de regulación de empleo.

Los desequilibrios en el número de trabajadores afectados es cuestión ya tratada por la doctrina de la Sala en resoluciones anteriores. Y la conclusión es rotunda: hay trato discriminatorio si la empresa no justifica adecuadamente su elección y *no aparece motivada por razones ajenas a la afiliación sindical,* si bien –y transcendiendo del aspecto sustantivo– es cierto que en el orden procesal para determinar la inadmisión del recurso en base a la falta de contradicción debe estarse a la existencia de algún indicio de discriminación que haga posible la inversión de la carga de la prueba.

Tal supuesto es el que analiza la **STS de 7 de febrero de 2008,** u.d., I.L. J 94, pues la declaración de nulidad de los despidos que los actores impugnan encuentra su origen en la

desproporción existente en el número de trabajadores afiliados al Sindicato Confederación General del Trabajo, entre los que se encontraban los actores, y que fueron incluidos en un expediente de regulación de empleo sin que la empresa ofreciera ninguna clase de justificación, razón que determina el trato discriminatorio que se denuncia y la declaración de nulidad de las extinciones de que fueron objeto.

La vulneración del derecho a la libertad sindical, que trae como consecuencia el despido nulo por afiliación al sindicato que en fase de consultas se opuso al ERE, configura el mismo tema tratado con anterioridad: ahora en la **STS de 15 de febrero de 2008**, u.d., I.L. J 298. En el contexto del mismo expediente de regulación de empleo, la Autoridad administrativa autoriza la rescisión de 660 contratos en la empresa SEAT, de los que un porcentaje muy elevado de trabajadores afectados, el 27%, son afiliados a la CGT y sólo un 3% a los sindicatos CCOO y UGT. Circunstancia numérica esta que se ve acompañada por el hecho de que el sindicato minoritario, y comparativamente perjudicado, no suscribió el pacto con la empresa previo a la resolución administrativa.

En suma, nos encontramos ante claros indicios de discriminación, sin que la demandada haya opuesto razón alguna que neutralice la denuncia del trabajador en tal sentido, por lo que procediendo la inversión de la carga de la prueba y no habiéndose removido por la empresa, el despido debe declararse nulo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Es cierto que la sentencia de contraste invocada en los supuestos tratados representa un difícil obstáculo que sortear, por cuanto en esos autos la actora también pertenecía a determinado sindicato, estaba probada su afiliación y su participación en el proceso electoral, pero básicamente las razones del despido habían sido las de carácter puramente laboral y se centraban en su bajo rendimiento. Aprovecha el Tribunal Supremo estos elementos de comparación para reafirmar su doctrina en este punto, que básicamente se resume en lo siguiente: las diferencias que aprecia son esenciales partiendo de la distinta naturaleza del despido (que en la recurrida es colectivo y en la de contraste individual), y centrando su argumento en el dato fundamental de que la empresa conozca la afiliación del trabajador despedido, hecho que no concurre en la sentencia de contraste. También valora otros aspectos relevantes como la circunstancia de que en la recurrida su sindicato no firmara el acuerdo previo a la resolución del ERE y que el hecho extintivo venga sustentado en causa estrictamente de naturaleza objetiva cual es el bajo rendimiento de la actora.

Con referencia al mismo expediente de regulación de empleo antes tratado, el de SEAT con 660 trabajadores, y en autos esta vez procedentes del Juzgado de lo Social número 27 de Barcelona, llega de nuevo la misma temática al conocimiento del TS. La **STS de 22 de enero de 2008,** u.d., I.L. J 260, confirma la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que determinó la existencia de despido nulo a consecuencia de la vulneración del derecho a la libertad sindical por la desproporción existente en el número de trabajadores afectados en razón a su pertenencia a determinado sindicato.

La naturaleza del propio recurso de casación para la unificación de doctrina hace, como en las ocasiones anteriores, que la Sala proceda al exhaustivo análisis tanto de la sentencia recurrida como de la invocada como elemento de comparación, que en este caso también es la STSJ de Madrid de 7 de febrero de 2006, comentada con anterioridad, y que venía referida a trabajadora despedida y afiliada a sindicato, pero que la empresa lo desconocía, y siendo la causa de naturaleza individual por imputársele bajo rendimiento. Tales diferencias son sustantivas y bastantes para determinar diferentes respuestas judiciales, como sin duda lo hace, transcribiendo la doctrina sobre el particular y que resume manteniendo que "para que opere el desplazamiento al empresario del *onus probandi* no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido".

La falta de contradicción entre las sentencias recurrida y de contrate, por un lado, y la existencia probada de lesión al derecho constitucional de libertad sindical por otro, determinan la nulidad del despido, conforme se había declarado en la sentencia de apelación, que viene a confirmarse en sus propios fundamentos.

**b) Despido nulo por represalia en trabajador que convoca asamblea aunque no conste su afiliación sindical ni ostente representación alguna**

Se plantea ahora la nulidad del despido por violación del derecho de libertad sindical en trabajador que invoca una represalia empresarial por actividad sindical previa que ni siquiera consta en la comunicación extintiva como imputación. En definitiva, se trata de analizar el artículo 55.5 ET y, en concreto, si concurren indicios de violación de un derecho fundamental que se sustancia en el hecho de producirse el despido quince minutos antes de que tuviese lugar una asamblea por él convocada con sus compañeros de trabajo, en fecha de 8 de enero de 2007 e inmediatamente después de las vacaciones de Navidad, para iniciar el proceso electoral en la empresa.

La sentencia que comentamos, la **STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2008,** I.L. J 154, después de fijar con toda precisión la entidad del indicio y referir el efecto del desplazamiento de la carga de la prueba en caso de estimarse, entra en el análisis del supuesto, considerando que en efecto se ha producido tal violación, al margen de su condición de no representante, pues la actuación de la empresa "atenta contra su derecho fundamental a la libertad sindical toda vez la protección de este derecho se extiende a los actos que razonablemente cabe calificar de preparatorios y presupuesto del ejercicio de una acción propiamente sindical", con independencia de su representatividad efectiva o afiliación sindical, concluyendo que "el despido efectuado por la sola convocatoria de la asamblea por parte de la recurrente (…) lesionó el derecho de libertad sindical al represaliar una conducta que por las circunstancias concurrentes, cabe calificar de acto preparatorio del ejercicio de aquel derecho".

**c) Despido de delegado sindical. Incumplimientos formales**

Como ya se mencionó anteriormente, la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, se articula primordialmente con el recurso al despido de los representantes de los trabajadores, sean éstos sindicales o unitarios. Tal es el caso de la **STS de Cataluña**

**de 14 de enero de 2007**, I.L. J 158, en la que se produce un despido de delegado sindical con falta del trámite formal correspondiente para realizar este despido. Las prerrogativas establecidas en el artículo 10 LOLS se aplica siempre que se cumpla el requisito numérico de trabajadores en centro de trabajo y no en empresa. La jurisprudencia del TS determina que así sea (STS de 28 de noviembre de 2007). En el centro de trabajo en cuestión no se daban las características para poseer delgado sindical, por lo que, aun existiendo éste, no era necesario cumplir, por parte de la empresa, el trámite de audiencia en el expediente contradictorio, que es simplemente cuando se cumplan los requisitos del artículo 10.

**d) Remoción de cargo por razón de afiliación**

La vulneración de la libertad sindical no sólo se puede producir cuando una determinada afiliación a un sindicato influye de tal manera en el trabajador que éste puede ser despedido, sino que, una determinada afiliación puede tener otras consecuencias, en cierto modo parecidas al hecho del despido. Así ocurre con la **STSJ de Murcia de 23 de enero de 2007**, I.L. J 187, en la que el demandante, tras un cambio de afiliación de un sindicato, para pasar a formar parte de otro, cuando había sido elegido miembro del Consejo Territorial de Murcia, es separado del cargo para el que había sido elegido. Se trata de una remoción sin causa que lesiona el derecho a la libertad sindical del demandante. El Tribunal declara la vulneración del artículo 2.1.b) LOLS, declarando, por ende, la nulidad del acuerdo de remoción condenando a la empresa demandada a reponer al actor a la situación anterior y además al pago de la correspondiente indemnización.

## 2. CONFLICTOS COLECTIVOS

### A) El proceso de conflicto colectivo: Objeto

Las **SSTS de 14 febrero de 2002,** I.L. J 102 y **5 de marzo de 2008,** I.L. J 112, resuelven sendos conflictos colectivos planteados contra las empresas LOGISTA, SA y ALTADIS, SA, motivados por la decisión empresarial de no entregar a los trabajadores los llamados "tabacos de regalía o promocional" y el "tabaco de fuma" que hasta entonces suministraban en virtud de obligaciones establecidas en los respectivos convenios colectivos. Las empresas justifican dicha decisión en el tenor de la Ley 28/2005, de medidas sanitarias frente al tabaquismo, que prohíbe en el ejercicio de una actividad empresarial, la entrega, suministro o distribución de muestras de cualquier producto del tabaco, sean o no gratuitas. Se plantea entonces si al perder su eficacia la norma convencional como consecuencia de una posterior norma imperativa de derecho necesario cabría interponer una demanda mediante el cauce procesal de conflicto colectivo. Habida cuenta de que el contenido de la obligación que ya no puede cumplirse tiene un claro carácter económico –en las nóminas la entrega del tabaco consta como retribución en especie– fácilmente evaluable y el carácter general de la práctica de la empresa que afecta a todo el colectivo de trabajadores, activos, pensionistas y prejubilados, se trata de un conflicto jurídico y no de intereses y, por tanto, susceptible de dirimirse por los trámites previstos en los artículos

151 y siguientes LPL. Reitera la jurisprudencia consolidada en lo que se refiere al triple condicionamiento para la conformación del conflicto colectivo: el objetivo, en cuanto a la generalidad del interés debatido, el subjetivo, que se refiere a los sujetos afectados, y el finalista, caracterizado por el fin perseguido con su planteamiento. En consecuencia, la Sala desestima los recursos formulados por los sindicatos.

La **STS de 16 de enero de 2008,** I.L. J 130, resuelve el conflicto colectivo planteado ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por el Comité Nacional de Empresa del Banco de España y el Sindicato Autónomo de Trabajadores del Banco de España frente a dicha entidad. En la demanda se instaba al reconocimiento del derecho de todos los trabajadores que se encontrasen al servicio del Banco durante parte de la vigencia del convenio 2002-2005 y que pasaron a la situación de prejubilados con posterioridad al día 1 de enero de 2003, del incremento de los porcentajes de aportación al Plan de Pensiones del Banco de España. Se plantea entonces si la modalidad procesal de conflicto colectivo es el cauce adecuado para dirimir tal pretensión, concluyendo con la conveniencia de dicho proceso, toda vez que concurren en él los requisitos para accionar dicha modalidad procesal, esto es, elemento subjetivo: los trabajadores del Banco de España afectados por el conflicto constituyen sin duda un grupo genérico al que dota de homogeneidad el hecho de estar constituido por todos los que se prejubilaron a partir de 1 de enero de 2003, y un elemento objetivo: las pretensiones ejercitadas en el conflicto obedecen al interés general de todos los trabajadores.

En la **STSJ de Madrid de 31 de febrero de 2008,** I.L. J 182, se plantea la adecuación a la modalidad procesal de conflicto colectivo de la controversia surgida con ocasión de la entrega de un lote con productos navideños a los trabajadores de la Real Fábrica de Tapices. La Sección Sindical de UGT en la empresa plantea mediante la modalidad procesal de conflictos colectivos, bien el derecho que, según ella, asiste a todos los trabajadores que no acudiesen a la comida navideña a recibir una cesta, bien, de forma subsidiaria, a que compense económicamente a cada uno de ellos con una suma de 100 euros. No se admite tal pretensión al no concurrir los requisitos exigidos por la jurisprudencia para acoger tal modalidad procesal, en tanto que aunque los trabajadores afectados por la demanda rectora integran una pluralidad de trabajadores, ni éstos forman un grupo homogéneo en su conjunto, ni sus intereses pueden calificarse como generales.

La **STS de 19 de febrero de 2008,** I.L. J 416, resuelve la controversia surgida tras la decisión de una empresa que, apartándose de lo previsto en el convenio colectivo de aplicación, establece unilateralmente un sistema sustitutivo de un complemento salarial que aceptan 76 de los 89 trabajadores. El Comité Intercentros presentó una demanda de conflicto colectivo ante el incumplimiento empresarial, pretensión que, estimada por la Sala de lo Social de la AN, fue confirmada por el TS reiterando el carácter colectivo de la pretensión, habida cuenta de que lo que se insta en la demanda es que se aplique la pactado en convenio colectivo, que afecta a todos los trabajadores de la empresa.

## 3. HUELGA

La extensa **STS de 12 de diciembre de 2007,** I.L. J 382, analiza el recurso interpuesto por CTA ante la desestimación de su demanda de tutela del derecho fundamental a la huelga

frente a la empresa IBERIA LAE, SA, sustentándolo en seis motivos, uno por error en la apreciación de la prueba y cinco relacionados con la infracción de normativa e interpretación jurisprudencial. El argumento principal del recurso es la calificación como conducta vulneradora del derecho a la huelga de la decisión de la empresa de dar dos órdenes de vuelo en casos no calificados por la correspondiente Orden Ministerial como servicios mínimos. Constatado por la propia empresa el error, da a los trabajadores citados la opción de sumarse a la huelga, la cual es declinada por éstos. Junto a esta circunstancia, se solicita asimismo la declaración de conducta contraria al citado Derecho Fundamental la restricción de la información de los convocantes a un espacio situado a la entrada del control policial, prohibiéndose en consecuencia que se llevaran a cabo acciones de persuasión en el interior de las oficinas. Se discute asimismo la legalidad de la negativa de la empresa aérea a facilitar billetes "de posicionamiento" a los trabajadores que habían suspendido su contrato con ocasión de la huelga.

Respecto de esta última cuestión el Alto Tribunal resuelve en sentido negativo, por entender que siendo una prestación de carácter retribuido –según la redacción del propio Convenio Colectivo–, e íntimamente unida a la actividad laboral –pues la finalidad de los billetes señalados no es otra que la de facilitar la presencia del trabajador en el lugar designado para el desempeño de sus funciones– es lógico que no se les haga entrega. Por otra parte, destaca el Tribunal que la conducta empresarial no puede considerarse lesiva del derecho de huelga toda vez que en la jornada siguiente se facilitó el traslado de los trabajadores al lugar en el que debían operar, sin que por tanto haya tenido lugar ninguna consecuencia negativa indirecta la participación en la protesta.

En lo que se refiere a la función informativa, expresamente se reitera la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en el sentido de incluirla como parte integrante del núcleo esencial del derecho de huelga. No obstante, el reconocimiento del derecho a informar no implica que éste sea ilimitado, por lo que la prohibición de la realización de estas tareas dentro de las oficinas no puede calificarse como lesiva, toda vez que el lugar que se permitió ocupar a los representantes de los trabajadores –el hall del centro de trabajo por el que necesariamente habrían de pasar todos los miembros de la plantilla que acudieran a su puesto de trabajo– les permitía realizar adecuadamente su función sin perturbar el desempeño normal de los restantes empleados que libremente decidieran no participar de la huelga convocada.

La cuestión de la calificación como servicios mínimos de dos vuelos no incluidos como tales en la resolución administrativa, aun cuando fuera por error y así se indicara a los trabajadores, sí que constituye una lesión del Derecho Fundamental alegado, toda vez que, como recoge la abundante jurisprudencia constitucional que el Tribunal Supremo cita expresamente, "la vulneración de DDFF no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control". De esta forma, el mero hecho de hacer llegar a los trabajadores la indicación de que estaban obligados a prestar sus servicios constituye una lesión del derecho de huelga, sin que la posterior rectificación pueda subsanar tal daño, toda

vez que el trabajador que ya ha acudido al centro de trabajo y se ha incorporado se ve obligado a adoptar una conducta mucho más activa para participar de la convocatoria de huelga que aquel que sólo decide no presentarse.

Una última cuestión de interés en esta sentencia es la reiteración de la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la procedencia de la indemnización en caso de lesión del derecho de huelga, especialmente tras la STC 24/2006, que anuló la STS de 21 de julio de 2006. En este sentido, la Sala mantiene su criterio de que no es suficiente con la constatación del hecho lesivo para que nazca el derecho a indemnizar, sino que se requiere la prueba concreta del daño, lo que lleva a desestimar las pretensiones del sindicato actor, pues la citada Sentencia del Tribunal Constitucional se limita, a juicio de la Sala, a considerar que en el caso concreto analizado sí que estaba suficientemente acreditado el daño, sin que pueda descartarse la necesidad de dicha prueba.

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

## VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

# Sumario:

**1. Legitimación para negociar. 2. Contenido "normativo" del convenio colectivo.** A) Cláusulas. B) Límites. a) Doble escala salarial: respeto del principio de igualdad. b) Respeto a la ley: a las disposiciones de derecho necesario absoluto o relativo. **3. Ámbito temporal. 4. Impugnación "directa" del convenio colectivo. 5. Convenios colectivos "extraestatutarios". 6. Administración del convenio colectivo.** A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales laborales.

Las sentencias reseñadas aparecen reproducidas en los números 1 a 4, ambos incluidos, de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, 2008, de Lex Nova. Aunque ninguna aborda cuestiones nuevas, algunas han tenido la oportunidad de aportar matices de interés a las soluciones que vienen aplicando los Tribunales laborales al resolver casos de igual naturaleza o similares.

### 1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

Un supuesto de aplicación del conocido criterio judicial según el cual la impugnación de la validez de un convenio colectivo por carecer de legitimación alguno de los sujetos que lo han suscrito obliga a quien la realice a acreditar las circunstancias que evidencien dicha falta legitimación, en **STS de 13 de febrero de 2008,** I.L. J 443, con reproducción de los términos de sentencias anteriores de igual Sala y Tribunal:

> "De conformidad con una constante doctrina jurisprudencial, recordada entre otras en las Sentencias de 27 de abril de 2000 (recurso 1581/1999) y 16 de junio de 2003 (recurso 132/2002), 'de acuerdo con las reglas de distribución de la carga de la prueba (…) la (de la) falta del nivel de representatividad corresponde a la parte demandante que la afirme, como hecho nuclear de su pretensión de negar vigencia (*sic*; propiamente, validez) al convenio, y ello, específicamente, porque, una vez que el convenio colectivo ha superado el control de la legalidad de la Administración, tiene una presunción de validez que sólo

puede ser desvirtuada por la impugnación, pero siempre que se acredite por quien demanda la concurrencia de los vicios que alega'."

## 2. CONTENIDO "NORMATIVO" DEL CONVENIO COLECTIVO

### A) Cláusulas

Forma parte de dicho contenido la cláusula en virtud de la cual la empresa se compromete a seguir determinadas reglas a la hora de proceder a la celebración de contratos por tiempo indefinido con las personas que figuran en una bolsa de trabajo organizada por ella misma. El compromiso adquirido por la empresa de incorporar como fijos a quienes reúnan las condiciones previstas en semejante cláusula es constitutivo de un precontrato de trabajo (**STSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2008,** I.L. J 201).

### B) Límites

#### a) Doble escala salarial: respeto del principio de igualdad

Conculca este principio y, por lo tanto, es nula, la cláusula del convenio colectivo que establece, sin concurrir razones objetivas que lo justifiquen, regulaciones que perpetúan un régimen diverso del complemento de antigüedad en función de la fecha de ingreso de los trabajadores, de modo que el mantenimiento del régimen más favorable previsto en favor de los más antiguos no se limita a la parte del complemento ya devengada en la fecha de efectividad de dicha cláusula ni resulta sometido a reglas de absorción y compensación. Así, **STS de 21 de diciembre de 2007,** I.L. J 229:

> "Con tales parámetros, la conclusión de la Sala es que la diferencia retributiva establecida (…) no resulta justificada en los exigibles términos de 'razonabilidad' de la diferencia, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y lo pretendido supere un juicio de proporcionalidad (…). En manera alguna consta (…) que la doble escala obedeciese a una política empresarial favorecedora del empleo (…) ni que los trabajadores favorecidos por la doble escala salarial hubiesen sido los sacrificados en precedente situación de crisis (…). Y la circunstancia de que los trabajadores con antigüedad anterior al 30 de septiembre de 1994 hubiesen disfrutado –en su día– de unas condiciones económicas superiores justifica –naturalmente– que no hubiesen tenido un tratamiento peyorativo en los convenios posteriores, pero no legitima que esa situación de privilegio se perpetúe en la relación laboral, haciéndoles acreedores de trienios y quinquenios futuros, frente al exclusivo derecho a quinquenios por parte de los empleados ingresados con posterioridad. Ni siquiera por el hecho de que tal regulación privilegiada traiga causa lejana en la procedencia empresarial (pertenencia anterior a otra empresa de los trabajadores beneficiados) (…), puesto que la diferenciación únicamente sería defendible en términos de temporalidad, distinguiendo, en su caso, la aplicación del precedente régimen para la antigüedad ya devengada (a respetar) y la nueva normativa para los servicios posteriores; o, más razonablemente, (…) con la aplicación del mecanismo de la absorción y compen-

> sación, en orden a conseguir una plena y deseable equiparación salarial futura. Pero no esta diferenciación retributiva como solución de consolidada diversidad y a manera de derecho adquirido al devengo de superior retribución, en contra del principio 'a igual trabajo, igual salario' (…). En este punto parece oportuno recordar la doctrina contenida en la STC 27/2004 (FJ 7º), en la que se alude, como elementos justificativos de la doble escala, aparte de otros, a 'compromisos empresariales dirigidos efectivamente a compensar, favoreciendo a los trabajadores perjudicados, por el trato salarial peyorativo al que se les somete (…) (o) previsiones que con base en pautas de compensación o reequilibrio determinen el establecimiento de la diferencia de modo transitorio, asegurando su desaparición progresiva; unos y otros inexistentes en el caso de autos".

Igual criterio en **STS de 20 de febrero de 2008,** I.L. J 84, haciendo también hincapié en que la cláusula convencional examinada en el caso de autos no implica el reconocimiento de un derecho ya consolidado, sino el "reconocimiento a un trato más favorable en el futuro, sin que exista razón objetiva que justifique el que ese beneficio no se reconozca a quienes están en la misma situación, salvo en lo relativo a la fecha de ingreso". Para la Sala,

> "podría admitirse que a quienes ingresaron antes se les reconociera un complemento único y no compensable por la cantidad hasta entonces cobrada y que a partir de ese día cobrasen igual plus de antigüedad que los de nuevo ingreso, pero lo que no es aceptable es que, a partir de determinada fecha, unos generen un plus de antigüedad por cuantía muy superior al que generan otros trabajando el mismo número de años. Tal diferencia no está objetivamente fundada cuando para ello se aduce, simplemente, la fecha de ingreso en la empresa".

**b) Respeto a la ley: a las disposiciones de derecho necesario absoluto o relativo**

**En materia de clasificación profesional**. La regulación del *sistema de clasificación profesional* no escapa a la posibilidad de que algunos de sus extremos resulten afectados por disposiciones de derecho necesario absoluto. La atribución al convenio colectivo del establecimiento de dicho sistema y, por lo tanto, de la "competencia de regulación sobre composición, definición y determinación de cometidos o funciones laborales de los grupos y categorías profesionales" puede encontrarse limitada por el referido tipo de disposiciones legales, laborales o no, cuya inobservancia comportaría la nulidad de las correspondientes cláusulas de aquél. En otros términos, "mediante el artículo 22.1 ET el legislador atribuye competencia a los interlocutores sociales, pero no excluye su propia competencia para intervenir en casos especiales o excepcionales". Se da tal intervención en el sector de las empresas de seguridad, donde la normativa estatal no permite al convenio la omisión de la categoría de escolta privado (**STS de 16 de enero de 2008**, I.L. J 325).

**Mínimos de derecho necesario y realización de movilidad funcional ascendente.** No forma parte de tales mínimos la regulación que hace el artículo 39.4 del ET de los períodos de realización de funciones de categoría o grupo superior que permiten al trabajador reclamar el ascenso o la cobertura de la vacante. Sobre la aludida regulación prevalece la

que pueda realizar el convenio colectivo. La única regla de mínimos del precepto es la de que el trabajador pueda solicitar la cobertura de la vacante una vez que la realización de las funciones supere el período legal o el distinto que fije el convenio colectivo. Así, **STS de 12 de mayo de 2008,** I.L. J 469:

> "El repetido artículo 39.4 estatutario no fija una regulación mínima a la que necesariamente hayan de ajustarse los sujetos de la relación laboral y que no pueda ser desconocida por los convenios colectivos, antes al contrario, los períodos de ejercicio de las funciones superiores a los que se refiere para poder posibilitar el ascenso, así como los límites temporales dentro de los cuales han de estar comprendidos los aludidos períodos (6 u 8 meses) los fija el Estatuto 'si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo', lo que significa que en esta materia la Ley da preferencia al convenio sobre lo legalmente dispuesto. Lo único que sí constituye regulación legal mínima es la posibilidad que, a continuación de lo que acabamos de señalar, confiere el tan repetido artículo 39.4 ET en el sentido de que, si concurre el aludido tiempo de desempeño de las funciones superiores, pueda el interesado pedir 'en todo caso' la cobertura de la vacante."

**En materia de jubilación forzosa: cumplimiento suficiente, por parte de la cláusula que establece dicha jubilación, de las condiciones previstas en la Disposición Adicional Décima del ET.** Concurre en el caso del convenio colectivo de un ente público estatal (la Agencia estatal de la Administración tributaria) que vincula la jubilación forzosa a lo que resulte de los principios que inspiren la política de empleo en la Administración general del Estado. Tal remisión determina que la correspondiente cláusula convencional deba entenderse complementada, a efectos de valorar si se cumplen de modo suficiente las condiciones de la Disposición Adicional Décima del ET, con lo que resulte de las normas que definen aquella política de empleo, constituidas por las Leyes de presupuestos del Estado y los Reales Decretos sobre oferta de empleo público anual y, en concreto, con las previsiones de tales normas sobre contratación de discapacitados, consolidación del empleo temporal, reducción de la temporalidad del empleo público y mantenimiento de los volúmenes de plantilla (**STS de 14 de mayo de 2008,** I.L. J 470).

## 3. ÁMBITO TEMPORAL

El hecho de que entre la fecha de publicación del convenio colectivo y la de retroactividad de sus condiciones económicas medie más de un año no comporta prescripción de las acciones que correspondan a los trabajadores para reclamar la efectividad de las aludidas condiciones en la forma en que queden establecidas en aquél. Tal es la pauta que se extrae de la lectura de la **STS de 13 de febrero de 2008,** I.L. J 443:

> "Se impugna también el convenio colectivo porque se considera que el período de tiempo que media entre la retroactividad que se le asignó a sus efectos económicos (1 de abril de 2004) y la de su publicación (14 de abril de 2005) 'excede el ámbito temporal de un año para formular reclamaciones derivadas del contrato de trabajo'.

> La inconsistencia de este nuevo medio de impugnación se pone de relieve si se tiene en cuenta que el artículo 86.1 del Estatuto de los Trabajadores confiere a las partes negociadoras del convenio la facultad y libertad para determinar la duración del mismo, siendo notorio, por otra parte, que en virtud de la fecha de promulgación de la norma convenida y del efecto interruptivo que, en todo caso, habría de producir la propia negociación del convenio, en ningún caso quedarían afectadas por prescripción las reclamaciones correspondientes al período de tiempo al que se retrotrae el convenio colectivo."

## 4. IMPUGNACIÓN "DIRECTA" DEL CONVENIO COLECTIVO

**Inadecuación de procedimiento**. El cauce para conocer de la impugnación del acuerdo suscrito entre la empresa con la totalidad de los trabajadores que integran su plantilla, sin intervención de sus representantes (convenio "plural"), inexistentes, es, no el de los artículos 161 y siguientes de la LPL (impugnación de convenios colectivos), sino el proceso ordinario (**STS de 20 de febrero de 2008,** I.L. J 41, en unificación de doctrina).

## 5. CONVENIOS COLECTIVOS "EXTRAESTATUTARIOS"

**Consecuencias de su eficacia contractual.** La inaplicación o indebida aplicación por el juzgador *a quo* de un convenio colectivo extraestatutario no constituye una infracción de normas del ordenamiento jurídico o sustantivas que sirva de fundamento para interponer recurso de casación o suplicación. Así, **STS de 14 de enero de 2008,** I.L. J 277:

Aunque

> "la negociación colectiva seguida al margen del ET también está protegida constitucionalmente por el artículo 37.1 de la norma suprema (…) y 'la naturaleza meramente contractual de esos pactos implica su sometimiento a la jerarquía de fuentes de la relación laboral establecida en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo respeto a la ley, a los reglamentos y a los convenios colectivos estatutarios o de eficacia general' (…), nada de ello es óbice para que, precisamente por esa naturaleza mera o esencialmente contractual, en el plano estrictamente procesal, por lo general, tales pactos colectivos extraestatutarios, tal vez con la salvedad de que hubieran sido publicados en periódico oficial (STS de 17 de julio de 1993, Sala Cuarta, recurso 171/1992), no constituyen instrumento jurídico suficiente para fundar el motivo de casación previsto en el artículo 205.e) de la LPL, pues, en definitiva, no son normas del ordenamiento jurídico, en el sentido del citado precepto".

**Relaciones con el posterior convenio colectivo estatutario: en materia de clasificación profesional**. La aplicación del sistema de clasificación profesional resultante del posterior convenio colectivo estatutario no puede prescindir, salvo que éste disponga otra cosa, de la categoría profesional que se ostentase en cumplimiento de lo dispuesto en el anterior convenio extraestatutario. Aquella aplicación ha de realizarse partiendo de esa categoría y asimilándola a alguna de las que figuren en el referido convenio estatutario. A salvo de una previsión en contrario que lo autorice, no cabe pretender que tal aplicación se

haga tomando como referencia, en lugar de la categoría ganada en virtud del convenio colectivo extraestatutario, la ostentada con anterioridad a la inclusión del trabajador en el ámbito de aplicación de éste. Sigue este criterio la **STSJ de Asturias de 18 de abril de 2008,** I.L. J 499:

> "El que a un convenio de eficacia limitada que pierde su vigencia suceda un convenio colectivo de eficacia general no puede suponer, si además este último no contiene una previsión al respecto, que todo lo negociado o consensuado en el extraestatutario sea desconocido por la empresa como si nunca hubiera existido ni estado sometida la misma a su contenido (…).
>
> Los actores en sus demandas no reclaman la consolidación de una categoría profesional, para lo cual carecerían de todo derecho, sino que su pretensión es que al quedar sometidos (…) al nuevo convenio colectivo de eficacia general, se les incluya partiéndose de la categoría reconocida en el ascenso operado bajo la vigencia del convenio colectivo extraestatutario y su asimilación a las categorías en él contenidas, y no como realiza la empresa retornándolos a la categoría que tenían antes (…), no cabe duda que los actores han de acomodarse al sistema clasificatorio del convenio colectivo de eficacia general, pero en la equiparación tiene que partir la empresa, dado que no consta previsión alguna al respecto y aquéllos continúan realizando las mismas funciones, de la categoría que ya tenían asignada en virtud de un pacto cuyos postulados les vinculaban".

## 6. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

### A) Por las comisiones paritarias

**Valor de sus acuerdos interpretativos**. "Lo que no se puede negar a la hora de interpretar un convenio en cuanto norma nacida de un acuerdo de voluntades entre representantes de la empresa y de los trabajadores es la fuerza interpretativa que tiene y debe dársele a un acuerdo adoptado por unanimidad en el seno de una comisión paritaria". En tal caso, dicho acuerdo "constituye el vehículo más adecuado para conocer la auténtica voluntad de los negociadores o, lo que es igual, 'la intención de los contratantes' que es lo que se pretende, en definitiva, obtener cuando se interpreta un 'contrato' conforme a las previsiones contenidas en los artículos 1281 y 1282 CC, pues, como esta Sala ya dijo en alguna sentencia anterior (…) la indicada comisión 'encarna en sus informes la opinión de la parte económica y de la social en el ámbito del convenio, y si bien su criterio no puede prevalecer sobre el que puedan formarse los órganos jurisdiccionales que conozcan del asunto en la interpretación de cláusulas convencionales, puede ser un elemento a tomar en consideración para constatar la verdadera voluntad de las partes'. Por lo tanto, se trata de un medio a utilizar para conocer la verdadera intención de los contratantes, aunque no sea el único a tomar en consideración, tanto porque los preceptos que rigen tal interpretación así lo exigen como por el necesario control judicial de que la comisión haya podido excederse en su función" (**STS de 14 de febrero de 2008**, I.L. J 371).

**Control judicial de sus acuerdos interpretativos**. Debe admitirse cuando el convenio atribuye "carácter vinculante" al acuerdo interpretativo adoptado por unanimidad de los miembros de la comisión paritaria. Semejante previsión convencional "no puede nunca impedir el examen por parte de los Tribunales constitutivo del control de la 'calidad' o acierto, bien de la interpretación convencional llevada a cabo por la comisión, o bien, incluso, de la legalidad de la propia norma convencional interpretada, pues el artículo 3.1.b) del Estatuto de los Trabajadores (…) coloca a los convenios colectivos en el plano inmediatamente inferior a las leyes y reglamentos estatales, y el artículo 85 del propio Texto legal determina que la regulación contenida en los convenios colectivos deberá llevarse a cabo 'dentro del respeto a las leyes'. Por otra parte, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (…), una de cuyas manifestaciones consiste en la facultad del libre acceso a la jurisdicción en defensa de los legítimos intereses de cada ciudadano, nunca puede quedar menoscabado por el hecho de que un convenio atribuya carácter vinculante a la decisión o a la interpretación de una norma llevadas a cabo por parte de la comisión paritaria" (**STS de 5 de febrero de 2008,** en casación para la unificación de doctrina, I.L. J 39).

### B) Por los Tribunales laborales

**Criterios de interpretación.** Ha de estarse tanto a las reglas de interpretación de las leyes como de los contratos (**STS de 16 de enero de 2008,** I.L. J 129).

Javier Gárate Castro

## IX. SEGURIDAD SOCIAL

# Sumario:

**1. Fuentes. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento. 4. Gestión. 5. Financiación. 6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.** A) Concepto de accidente. B) Recargo de prestaciones. C) Indemnización en concepto de responsabilidad civil. D) Imprudencia temeraria/Imprudencia no temeraria. **9. Régimen económico, responsabilidad y garantía de las prestaciones. 10. Asistencia sanitaria. 11. Incapacidad temporal. 12. Maternidad. 13. Regímenes especiales. 14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de Seguridad Social.** A) Competencia jurisdiccional. B) Recurso de casación para unificación de doctrina.

### 1. FUENTES

Según la **STJCE de 3 de abril de 2008**, I.L. J 258, el Reglamento 1408/1971, de 14 de junio, ha de ser interpretado, para evitar doble imposición en los impuestos de la renta, de forma que a un trabajador por cuenta propia residente en un Estado Miembro al que sólo le es aplicable la legislación de éste, no le entren en la base de cotización del impuesto de la renta los ingresos recibos en otro país.

La **STJS de Galicia de 24 de abril del 2008**, I.L. J 319, siguiendo la jurisprudencia anterior, declara que a efectos de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, se tomarán como referencia las bases medias.

### 2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

### 3. ENCUADRAMIENTO

No existe jurisprudencia en la materia.

## 4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

## 5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

## 6. COTIZACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

## 7. RECAUDACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

## 8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

### A) Concepto de accidente

Según la **STS de 22 de enero de 2008**, I.L. J 25, estamos ante un supuesto de accidente de trabajo por motivos cerebrovasculares. El que el trabajador, que prestaba servicios con categoría de encargado, en su lugar y tiempo de trabajo empezó a sentirse mal, con mareos, defectos en el habla, fallo de piernas y mano derecha. Permaneció en el centro de trabajo hasta terminar su jornada y, como no podía conducir, fue trasladado a su domicilio por un compañero, habiendo parado en diversas ocasiones durante el trayecto porque se encontraba muy mareado, teniendo que vomitar varias veces. Una vez en su domicilio, fue ingresado en un centro hospitalario a las 20:35 horas con el diagnóstico de accidente cerebrovascular de posible origen isquémico. Se da, por tanto, la presunción del artículo 115 LGSS.

A igual conclusión llega la **STS de 27 de febrero de 2008**, I.L. J 106. En el caso analizado, la consideración de accidente de trabajo no alcanza a la epilepsia, pero sí al traumatismo craneoencefálico producido por crisis comicial en el tiempo y lugar de trabajo.

También se considera accidente de trabajo, en este caso *in itinere*, el acontecido al trabajador cuando regresaba a su casa desde su centro de trabajo –una ferretería– después de haber finalizado su jornada de trabajo, conduciendo un ciclomotor, que le ocasionó la factura de varias vértebras (**STS de 26 de febrero de 2008**, I.L. J 44). La sentencia analiza, además, un supuesto de responsabilidad empresarial por infracotización.

También la **STS de 26 de febrero de 2008**, I.L. J 127, otorga la consideración de accidente de trabajo *in itinere* a aquél acaecido en las escaleras del portal al ir al lugar de trabajo. Así, en el momento en que el trabajador desciende las escaleras del inmueble en el que su ubica su vivienda ya no está en el espacio cerrado, exclusivo y excluyente para los demás, sino que puede considerarse que ya habría iniciado el trayecto que es necesario recorrer para ir al trabajo.

La **STS de 30 de enero de 2008**, I.L. J 266, establece que el dolor que se presentó en el trabajo durante más de una hora y que concluyó con una cardiopatía isquémica fuera del centro de trabajo, no entra dentro del concepto de accidente de trabajo, ya que la dolencia estaba asociada a una enfermedad grave de una arteria.

**B) Recargo de prestaciones**

La **STS de 27 de diciembre de 2007**, I.L. J 123, recuerda la doctrina de la caducidad del expediente administrativo tramitado para la posible fijación del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad y salud laboral. Tal como ya ha señalado en otras ocasiones el Tribunal Supremo, dicho expediente no es un expediente sancionador y, por lo tanto, el exceso sobre el plazo establecido para su resolución no produce como consecuencia la caducidad del expediente, sino la de entender que la solicitud ha sido desestimada, permitiendo a la parte ejercitar las acciones legales correspondientes. Ello es así como consecuencia de la obligación de dictar resolución expresa que a la Administración impone el artículo 42.1 de la LRJAP-PAC, por lo que la interrupción del plazo de cinco años que para la prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones establece el artículo 43.1 de la LGSS se prolonga –en todos los casos en que la Administración haya cumplido su deber de dictar resolución expresa– durante todo el tiempo que medie entre la incoación y la notificación de la resolución expresa que recaiga.

La **STS de 9 de mayo de 2008**, I.L. J 380, analiza un supuesto en el que la empresa alega indefensión para justificar la nulidad del expediente. El Tribunal Supremo concluye que la omisión del trámite de audiencia no provoca la nulidad del expediente, ya que no le ocasionó indefensión a la empresa porque ésta tuvo conocimiento del expediente y pudo hacer alegaciones y aportar la documentación que estimase oportuna. Así pues, la indefensión no equivale a la falta del trámite de audiencia, sino que aquélla ha de ser real y efectiva, esto es, que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones pueda considerar pertinentes.

Por su parte, la **STS de 13 de febrero de 2008**, I.L. J 442, señala que la incoación de diligencias penales no debe dar lugar a la suspensión de un procedimiento administrativo de imposición del recargo de las prestaciones por accidente de trabajo, en virtud de los artículos 123 LGSS y 86.1 LPL, ya que el recargo no afecta al principio *non bis in idem*.

En la **STSJ de Valladolid de 16 de enero de 2008**, I.L. J 150, se concluye que estamos dentro de las competencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el caso de un accidente de trabajo en la minería, por aplicación del RD 1300/1995 (en relación al inicio del expediente y las funciones), así como el RD 2609/1982.

Según la **STSJ de Castilla y León de 6 de febrero de 2008**, I.L. J 206, a la hora de determinar el porcentaje del recargo de prestaciones, al situarnos en un terreno punitivo, han de aplicarse los criterios propios del Derecho Punitivo, y aquella que presenta una mayor analogía con la ley penal es la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, que enumera un conjunto de criterios de graduación de las sanciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales. Sobre determinación del recargo, *vid.*, también, la **STS de 14 de febrero de 2008**, I.L. J 444.

La **STSJ de Baleares de 7 de marzo de 2008**, I.L. J 311, recuerda la doctrina judicial a propósito de la no caducidad del expediente sobre recargo de prestaciones. Aunque el artículo 14 de la OM de 16 de enero de 1966 establece que el plazo máximo para resolver el procedimiento regulado en dicha Orden será de 135 días, el tenor literal de la norma no establece que el efecto de la no resolución en el plazo expuesto sea la caducidad del expediente. Además, dicha consecuencia no podía establecer una orden ministerial sin la cobertura de una norma de superior rango. El que el procedimiento se hubiera iniciado por comunicación de la Inspección de Trabajo no supone efecto alguno. Así pues, la inactividad de la Administración no puede perjudicar al trabajador que ninguna intervención tuvo en el expediente. *Vid.* también la **STSJ de Galicia de 23 de abril de 2008**, I.L. J 317.

Sobre el recargo de prestaciones de un trabajador menor de 18 años, puede consultarse la **STSJ de Cataluña de 14 de marzo de 2008**, I.L. J 493. En dicha sentencia se señala que no cabe equiparar el nivel de seguridad que debe guardar un puesto de trabajo cuando lo ocupan trabajadores mayores de edad o menores, puesto que ello es tanto como omitir los específicos deberes preventivos del artículo 27 LPRL.

### C) Indemnización en concepto de responsabilidad civil

Según la **STS de 21 de enero de 2006**, I.L. J 132, no procede descontar de la indemnización total debida por el accidente de trabajo el importe de lo satisfecho por la Mutua aseguradora en concepto de capital coste de renta para el pago de la pensión derivada de la incapacidad permanente del trabajador. El argumento de la Sala es que la resolución recurrida resolvió no conceder indemnización alguna en este punto en concepto de lucro cesante, por no haberse probado el hecho básico que pudiera dar lugar a esta partida resarcitoria.

Por su parte, la **STS de 30 de enero de 2008**, I.L. J 265, incide en la cuestión relativa a si proceden intereses en el resarcimiento de los daños provocados por el accidente de trabajo. El Alto Tribunal llega a una conclusión afirmativa, señalando que ésta encuentra su apoyo en la doctrina de la jurisprudencia civil.

En la **STSJ de Cantabria de 16 de enero de 2008**, I.L. J 143, se señala que es correcta la aplicación del Baremo de accidentes de circulación para la cuantificación del daño en un accidente de trabajo. Ahora bien, lo procedente es aplicar los factores de corrección oportunos y determinar el monto de la indemnización aplicando las reglas establecidas

en la propia norma, esto es, valorando individualizadamente cada una de las secuelas que se estiman probadas.

En la **STSJ de Valencia de 8 de enero de 2008**, I.L. J 196, se concluye que no cabe compensar la cantidad indemnizatoria con la percibida por Incapacidad Temporal, puesto que la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos. En el presente caso, no ha lugar al reconocimiento de ninguna cantidad como factor de corrección, dado que no constan acreditados los parámetros para que pueda ser reconocido y cuantificado (por ejemplo, el perjuicio que ocasiona la incapacidad para otras actividades de la vida).

Según la **STS de Cantabria de 11 de febrero de 2008**, I.L. J 200, afirma que, aunque el lucro cesante se entienda resarcido con las prestaciones de Seguridad Social, se dejarían sin compensar los daños corporales significativos, así como los morales que significan el largo proceso de baja y unas penosas limitaciones en la vida familiar, individual y social.

#### D) Imprudencia temeraria/Imprudencia no temeraria

La **STS de 22 de enero de 2008**, I.L. J 243, analiza un supuesto de imprudencia temeraria, en el que el accidente acaecido se produjo al circular en sentido contrario a la dirección obligatoria y colisionar con un vehículo que circulaba reglamentariamente. Supone una imprudencia temeraria porque el operario asumió indudablemente riesgos manifiestos, innecesarios y especialmente graves, ajenos al usual comportamiento de las personas, con conocimiento además de que en aquellos momentos circulaba en sentido contrario a la dirección obligatoria.

Por el contrario, la **STS de 13 de marzo de 2008**, I.L. J 419, señala que no constituye imprudencia temeraria el hecho de sobrepasar en 50 km/h la velocidad permitida. Según el Tribunal Supremo, "en nuestro ordenamiento jurídico, el exceso de velocidad dentro de los límites indicados, sin la concurrencia de otras circunstancias que pongan en peligro la seguridad y la vida y la integridad de las personas, no se considera infracción temeraria".

## 9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

## 10. ASISTENCIA SANITARIA

No existe jurisprudencia en la materia.

## 11. INCAPACIDAD TEMPORAL

La **STS de 30 de enero de 2008**, I.L. J 65, dictada para la unificación de doctrina vuelve a reiterar que cuando a la MATEP le corresponde el anticipo de la prestación de incapacidad

temporal por contingencia común, el INSS no responde frente a la entidad colaboradora por la eventual insolvencia del empresario, sin perjuicio de la responsabilidad que, frente al beneficiario, pudiera corresponder en virtud del principio de garantía pública de la acción protectora de la Seguridad Social en caso de insolvencia de la MATEP.

En la **STS de 21 de febrero de 2008**, I.L. J 83, dictada en unificación de doctrina, se sitúa a la MATEP como entidad responsable del pago de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, cuando el beneficiario no se encontraba en alta en la empresa para la que trabajó por haber cesado en ésta iniciándose la situación de IT durante el período correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas, que no habían sido disfrutadas por el trabajador. Se recuerda que durante este período existe la obligación de mantener en alta y cotizar durante éste.

En la **STS de 7 de febrero de 2008** I.L. J 101, dictada en unificación de doctrina, recuerda nuevamente que la actuación gestora que incumbe a la MATEP en orden a la contingencia de incapacidad temporal –en este caso por enfermedad común– legitima plenamente y sin necesidad del cumplimiento de cualquier otra formalidad la extinción del derecho al subsidio correspondiente, cuando resulte acreditada la incomparecencia injustificada del trabajador en baja al acto de reconocimiento y control médico para el que ha sido debidamente citado.

Finalmente la **STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 2008**, I.L. J 491, siguiendo la doctrina ya sentada por el TS, declara que la responsabilidad del pago del subsidio de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes aseguradas con una MATEP, corresponde a esta última entidad por ser quien cubría el riesgo en la fecha del hecho causante, aunque con posterioridad y durante dicha situación de incapacidad temporal se extinga la relación laboral.

## 12. MATERNIDAD

No existe jurisprudencia en la materia.

## 13. REGÍMENES ESPECIALES

### Régimen Especial de los Empleados de Hogar

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de enero de 2008,** I.L. J 151, examina una petición de jubilación anticipada a los 60 años por parte de una persona que cotizó durante varios años al Montepío Nacional del Servicio Doméstico. Si únicamente fuera tal la base de su petición, hubiera bastado con reiterar la doctrina expresada en la **STS de 29 de marzo de 2007,** I.L. J 427, que de forma clara expresó que los afiliados al antiguo Montepío Nacional no estuvieron nunca incuidos en el antiguo Mutualismo Laboral, y aunque

existieron previsiones legales acerca de que debía procederse a una asimilación, nunca llegó a producirse en cuanto a la edad de jubilación, por consiguiente a tales trabajadores domésticos no les son de aplicación lo previsto en la Disposición Transitoria Tercera.1.2ª LGSS. El caso examinado presenta empero la particularidad de que la recurrente además de casi 2.000 días cotizados al Montepío Nacional de Servicio Doméstico acreditaba más de doce mil días cotizados en Francia, que debían ser totalizados junto con las cotizaciones pagadas en España en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 del Reglamento CEE 1408/71; de tal dato la recurrente quiso deducir que las cotizaciones abonadas en Francia debían servir tanto para acreditar la carencia como el derecho a anticipar su edad de jubilación. El Tribunal no admite que la recurrente pueda ubicar las cotizaciones realizadas en Francia en el régimen de su preferencia, sino que –al igual que ya manifestó el juzgador de instancia– señala que la interesada sólo puede obtener su jubilación en el único régimen en el que cotizó en España, dado que el reglamento comunitario permite totalizar cotizaciones, pero no indica en cuál de los regímenes han de totalizarse tales cotizaciones, y como en el caso de autos únicamente existían cotizaciones en un régimen especial, debía excluirse la posibilidad de anticipar la jubilación.

**Régimen Especial de Trabajadores Autónomos**

La **STS de 15 de enero de 2008,** I.L. J 292, examina, una vez más, una pretensión de otorgar plenos efectos a las cotizaciones abonadas en el RETA correspondientes a períodos anteriores a la fecha en que se produjo el alta en dicho régimen especial; concretamente en el caso examinado se trataba de un alta efectuada en 1973, tras la cual se abonaron las cotizaciones de los cinco años anteriores; solicitada la jubilación en el cálculo de la misma la entidad gestora no consideró como eficaces tales años de cotización por lo que se le concedió una pensión inferior al 100% de la base reguladora. El Tribunal reconoce que sobre el tema del cómputo de cotizaciones correspondientes a períodos anteriores al alta ha existido jurisprudencia tan abundante como variada, dado que asimismo ha variado la normativa en que se sustentaba la jurisprudencia. En la actualidad y desde 1997, la Disposición Adicional Novena LGSS indica sin ninguna duda que "lo previsto en los párrafos anteriores únicamente será de aplicación con respecto a las altas que se hayan formalizado a partir de 1 de enero de 1994" y como en el caso examinado el alta se efectuó mucho antes de dicho año 1994 no pueden computarse en modo alguno las cotizaciones correspondientes a períodos anteriores al alta.

El litigio interpretativo se situaba en seleccionar cuál era la legislación aplicable: si la que regía en el momento de abonarse las cotizaciones atrasadas –en cuyo caso debieran computarse para el cálculo de la jubilación–, o la legislación vigente en el momento de causarse la jubilación –que no concede efecto alguno si el alta es anterior a 1994–. Tácitamente la STS comentada nos indica que la legislación a aplicar al cálculo de la jubilación es la que rija en el momento de causarse ésta, aunque pueda resultar contradictoria con lo que decía la misma ley en el momento de pagarse las cotizaciones; o dicho de otro modo, los plenos efectos que actualmente la LGSS otorga a las cotizaciones que puedan pagarse al RETA y que correspondan a períodos anteriores al alta, no dejan de ser una mera expectativa condicionada a que no se produzca un nuevo cambio normativo antes de que sea reconocido el derecho al percibo de una pensión.

La **STSJ de Aragón de 6 de marzo de 2008,** I.L. J 483, analiza un litigio concerniente a la recaída en una situación de incapacidad temporal, que tras haber agotado su período máximo, denegada la incapacidad permanente, y haberse cotizado menos de seis meses, se produce una recaída no exactamente en las mismas dolencias sino en una sola dolencia de las varias que en su momento sirvieron para reconocer la situación de incapacidad temporal. Tras olvidarnos del primero de los Fundamentos de Derecho de tal sentencia, puesto que no hace sino reproducir literal e íntegramente el largo artículo 131 bis de la LGSS que es el que debe interpretarse para la solución al litigio, en los siguientes fundamentos se realizan dos consideraciones jurídicas de interés.

Primeramente, y con carácter de *obiter dicta* ya que al tratarse de un trabajador autónomo en el caso examinado no existe un contrato de trabajo, se analiza la repercusión laboral que puede tener para un trabajador el que el INSS deniegue la baja a los efectos de la prestación económica, aunque el médico del servicio público de salud emita una baja de acuerdo con su criterio médico. En la jurisprudencia tradicional de este Tribunal Superior de Justicia, tal como se cita en la sentencia, se afirmaba –con dudoso fundamento– que "en este caso, el trabajador puede recibir el parte médico de baja del correspondiente facultativo del Sistema Público de Salud, pero no estará en situación de incapacidad temporal, con los efectos suspensivos del contrato de trabajo y la prestación económica consiguientes; por contra, en la sentencia que comentamos se afirma "En definitiva, el parte médico de baja del facultativo del SALUD tiene el efecto inmediato de suspender el contrato de trabajo, dada la constatada enfermedad del trabajador, pero debe ser el INSS, oído su órgano de evaluación, el que decida si esta baja por incapacidad temporal tiene o no efectos económicos"; es decir, se rectifica en criterio anterior, y se afirma que la resolución del INSS tiene efectos únicamente para el subsidio de incapacidad temporal, y así –dice la sentencia– "lo que el nuevo precepto establece es una revisión por el INSS, a través de su órgano de evaluación y a efectos de la prestación de incapacidad temporal, del criterio del facultativo del sistema público de salud impidiendo que el subsidio económico dependa únicamente del mismo. Pero en caso de no reconocerse el acceso a tal subsidio por cualquier causa (duración máxima en este caso, pero también podría ser por falta de carencia) ello no impide que el trabajador vea suspendido su contrato de trabajo cuando el médico del servicio autonómico de salud certifique mediante una baja médica que el trabajador se halla temporalmente incapacitado para el trabajo [artículo 45.1.*c*) del ET].

La segunda consideración jurídica de interés en la sentencia comentada se refiere al concepto de recaída, aceptando que ésta se produce al reiterarse no el conjunto del síndrome que originó la incapacidad temporal inicial, sino únicamente en una de sus manifestaciones. Y, como consecuencia de estimar que existe recaída, se aplican las previsiones del segundo párrafo del artículo 131 bis.1 LGSS que exige seis meses adicionales de cotización o una declaración expresa del INSS concediendo el subsidio. En este supuesto la recaída era únicamente en el síndrome depresivo ya apreciado anteriormente (reactivo a las dolencias traumatológicas que le aquejaron), resultando que la patología actual es secuela de la precedente declarada.

## 14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

## 15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

### A) Competencia jurisdiccional

Según la **STS de 24 de enero de 2008**, I.L. J 527, la jurisdicción laboral resulta competente para dilucidar una pretensión por nulidad del expediente administrativo por defectos formales en un caso en el que se atribuye la responsabilidad solidaria empresarial como consecuencia de un accidente de trabajo. En este sentido también se pronuncia la **STS de 4 de enero de 2008**, I.L. J 26, en la que se señala que el proceso laboral extiende su control al acto administrativo previo, tanto en su aspecto material como formal.

En la **STS de 26 de febrero de 2008**, I.L. J 86, se señala que también la jurisdicción social resulta competente a la hora de determinar la responsabilidad empresarial en las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, por infracotización, o por no haberse abonado la prima acordada en el seguro con la mutua demandante. Según la sentencia, no estamos ante un problema de cotización, en relación a la exigida para tener derecho a la prestación, sino ante un tema de responsabilidad de los artículos 126 LGSS y 94 y siguientes LGSS, ya que la relación de protección es resolver acerca de la responsabilidad empresarial en el pago de más prestación fundada en un supuesto de infracotización.

### B) Recurso de casación para unificación de doctrina

La **STS de 18 de enero de 2008**, I.L. J 269, analiza un supuesto de incumplimiento empresarial por infracotización, pero sin apreciar el requisito de contradicción, ya que en el caso de la sentencia de contraste se trata de contingencias comunes y en la recurrida de contingencias profesionales. Tampoco se aprecia el requisito de contradicción en un supuesto en el que se produce una baja en el RETA sobreviniendo a continuación la muerte del sujeto causante (**STS de 20 de febrero de 2008**, I.L. J 341). También se desestima el recurso en la **STS de 25 de febrero de 2008**, I.L. J 395, en la que no se aprecia contradicción por encontrarnos ante una incapacidad temporal en la sentencia impugnada y ante la procedencia de alta laboral cursada por la Mutua en la de contraste.

Julia López López
Josep Fargas Fernández
Nuria Pumar Beltrán
Consuelo Chacartegui Jávega
Ignasi Areal Calama
Eusebi Colás Neila

## X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

# Sumario*:

**Consideración preliminar. 1. Prestación por desempleo.** A) Introducción. B) Cuestiones generales. C) *Nivel contributivo.* a) Sujetos beneficiarios. b) Requisitos de acceso a la protección. c) Contenido y modalidades de la prestación. *d) Cuantía y dinámica de la acción protectora.* e) Supuestos especiales. f) Compatibilidad e incompatibilidades. *D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo.* a) Requisitos generales. *b) Beneficiarios.* a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares. *b') Subsidio de prejubilación.* c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo. d') Otros subsidios especiales. c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio. d) Compatibilidad e incompatibilidades. E) Prestaciones accesorias y complementarias. F) Gestión, financiación y pago. G) Valoración final. **2. Jubilación.** *A) Jubilación contributiva. a) Requisitos de acceso a la protección. b) Contenido de la prestación. a') Base reguladora.* b') Cuantía de la prestación. c) Dinámica de la protección. *d) Derecho transitorio: SOVI. e) Jubilaciones anticipadas.* f) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Jubilación no contributiva. a) Situaciones protegidas. b) Requisitos generales. c) Cuantía y dinámica. d) Compatibilidad e incompatibilidades. *C) Gestión, financiación y pago. D) Previsión social voluntaria.* a) Mejoras voluntarias b) *Planes de pensiones.* **3. Incapacidad permanente.** *A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva).* a) Concepto. Grados y baremos. a') Criterios de valoración: los baremos. b') Incapacidad permanente parcial. c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad permanente absoluta. e') Gran invalidez. *b) Requisitos del beneficiario. c) Prestaciones económicas.* a') Clases y cuantía de las prestaciones. *b') Base reguladora de las prestaciones. c') Responsabilidad del pago de las prestaciones. d) Dinámica de la protección. e) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva).* a) Concepto. b) Requisitos del beneficiario. c) *Cuantía de la pensión.* d) Dinámica de la prestación. e) Compatibilidad e Incompatibilidades. **4. Muerte y supervivencia.** *A) Requisitos del sujeto causante. B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos.* a) Viudedad. b) Orfandad. c) *Pensión en favor de familiares. C) Cuantía de las pensiones.* D) Dinámica de la protección. E) Régimen de incompatibilidades.

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

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 1 a 4 de 2008 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 581).

## 1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

### C) Nivel contributivo

### d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

La **STS de 16 de enero de 2008,** I.L. J 2, resuelve la cuestión del cómputo de la base reguladora de la prestación por desempleo cuando la demandante ha ejercitado su derecho a la reducción de jornada por cuidado de un hijo. El Tribunal Supremo continúa la doctrina iniciada en pronunciamientos anteriores llegando a la conclusión de que la base computable ha de ser la realmente cotizada y de la imposibilidad de obviar al efecto el período de jornada reducida. Si bien, admite que dicha solución resulta insatisfactoria desde el punto de vista de la conciliación de la vida laboral y familiar, concluye que la solución no corresponde a los órganos judiciales sino al legislador.

### D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

### b) Beneficiarios

### b') Subsidio de prejubilación

En la **STS de 13 de febrero de 2008,** I.L. J 205, la cuestión litigiosa versa sobre la responsabilidad empresarial en materia de subsidio de desempleo para mayores de 52 años en un supuesto en el que el actor reunía el requisito de carencia específica, es decir, 2 años, pero no el de carencia genérica de 15 años, ya que existe un período de cinco años en los que la empresa ni dio de alta ni cotizó por la trabajadora.

El artículo 126.2 LGSS dispone que "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, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva".

Por otro lado, el artículo 126.3 LGSS –que recoge el principio de automaticidad de las prestaciones– se contiene con carácter absoluto por lo que respecta a las prestaciones por desempleo en el artículo 220 LGSS cuyo tenor literal es el siguiente: "la entidad gestora

competente pagará las prestaciones por desempleo en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización, sin perjuicio de las acciones que puedan adoptar contra la empresa infractora y la responsabilidad que corresponda a ésta por las prestaciones abonadas".

A la vista de los anteriores preceptos el Tribunal Supremo entiende que la solución adecuada es entender como responsable directo al empleador, sin perjuicio del anticipo del pago de la prestación por la entidad gestora.

Por otro lado, y por lo que respecta también al subsidio por desempleo para mayores de 52 años, la **STS de 22 de abril de 2008,** I.L. J 315, resuelve un procedimiento que tiene su origen en una demanda formulada con la pretensión de que la actora reciba el subsidio en cuestión sin reunir la peticionaria el período específico de cotización de dos años en los últimos quince para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación, y por no haber permanecido ininterrumpidamente inscrita como demandante de empleo desde el año 1990 en que agotó la prestación contributiva por desempleo.

Esta cuestión ha sido ya resuelta en numerosas ocasiones por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el sentido de entender que el requisito de inscripción ininterrumpida es sólo uno de los medios acreditativos de la subsistencia de la voluntad del solicitante del subsidio de permanecer en el mercado de trabajo, siendo su finalidad la de completar la acreditación de que se reúnen las condiciones para estar incluido en alguno de los presupuestos que dan lugar a la percepción del subsidio a favor de los que se han conservado la voluntad de emplearse.

Además, en este caso la solicitante permaneció inscrita en la Oficina de Empleo los cinco años inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación, por tanto, tiempo suficiente para dar ocasión a la oferta de un trabajo.

## 2. JUBILACIÓN

### A) Jubilación contributiva

#### a) Requisitos de acceso a la protección

Sobre la no validez de las cuotas no satisfechas y prescritas para completar el período de carencia, se pronuncia la **STSJ de Cataluña de 5 de marzo de 2008,** I.L. J 494. Se declara en este Sentencia que, si se pretende acceder a la prestación de jubilación desde una situación de alta o de asimilación al alta en el sistema de Seguridad Social sin obligación de cotizar, el período de dos años a que se refiere el artículo 161.1.b) LGSS deberá estar comprendido dentro de los 15 años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, y en este período, en el caso concreto examinado en esta Sentencia, no consta acreditado tal período de cotización dado que en él existe un período en el que el trabajador estuvo de alta en el RETA encontrándose en descubierto en un período ya prescrito. Sobre las cuotas prescritas, debe aplicarse la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, según la cual, "las cuotas no satisfechas

durante un período de alta y cuya exigibilidad está afectada por la prescripción, no son útiles para completar la carencia".

También en relación con el período de carencia para causar derecho a la pensión de jubilación, se resuelve en la **STSJ de Galicia de 9 de mayo de 2008,** I.L. J 518, que las cotizaciones tenidas en cuenta para causar derecho a otra pensión en otro país no computan a efectos de la pensión española. Realmente son dos cuestiones las que constituyen el núcleo de esta Sentencia: Por un lado, se plantea si es posible el cómputo global de cotizaciones para un trabajador que acredita cotizaciones en varios países de la Unión Europea y en otro (EEUU) que no forma parte de ella. Por aplicación de los Reglamentos comunitarios (en concreto, Reglamento Comunitario 1408/1971), si un trabajador acredita cotizaciones sucesivas o alternativas en España u otros países de la Comunidad Europea, deberán tomarse en cuenta todas ellas para examinar su derecho a la prestación reclamada, reconociéndose ésta en los términos que el Reglamento establece. La cuestión problemática es si también deberán computarse las cotizaciones efectuadas en EEUU, al no ser éste Estado miembro y, por tanto, no serle de aplicación el citado Reglamento comunitario. La Entidad Gestora de la Seguridad Social mantiene una posición negativa al respecto; sin embargo, la Sentencia declara que sí procede el cómputo global de estas cotizaciones (las efectuadas en EEUU), ya que ni el artículo 2.1 del Reglamento Comunitario 1408/1971 lo prohíbe, ni dicho Reglamento priva de eficacia al Convenio bilateral de Seguridad Social suscrito por España con otro país no comunitario, en este caso, al Convenio y Acuerdo Administrativo de 30 de septiembre de 1986 celebrado con los EEUU de América. Por ello, la Sentencia declara que el cómputo de cotizaciones ha de ser multilateral.

La segunda cuestión planteada es, partiendo de la declaración anterior, la relativa a si en este caso las cotizaciones que el actor acredita en EEUU pueden ser tenidas en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada que reclama, cuando éstas ya han sido tomadas en consideración para el reconocimiento de otra prestación económica, en concreto, la pensión de jubilación que le fue reconocida por la Seguridad Social de EEUU. Al respecto, se declara en la Sentencia que "un mismo período de cotización no puede dar lugar al reconocimiento de diversas prestaciones", por lo que las cotizaciones de EEUU no pueden ser tomadas en consideración a efectos de la jubilación que se reclama y, en consecuencia, el demandante no reúne la carencia genérica prevista en el artículo 161.1.b) LGSS.

**b) Contenido de la prestación**

**a') Base reguladora**

– Cálculo de la base reguladora y aplicación de la *pro rata temporis* a la pensión española

Cuestión siempre litigiosa consiste en determinar el cálculo de la *pro rata temporis* de la pensión de jubilación a cargo de la Seguridad Social española, particularmente si el cálculo ha de hacerse sobre el sistema de bases medias o sobre las bases de cotización reales del trabajador antes de emigrar al extranjero. La **STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2008,** I.L. J 522, resuelve

esta cuestión, aplicando la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en las Sentencias de 12 de septiembre de 1996, caso Lafuente Nieto; de 9 de octubre de 1997, caso Naranjo Arjona, y en la de 17 de diciembre de 1998, caso Grajera) y la doctrina del Tribunal Supremo (9 de marzo de 1999 y 15 de marzo de 1999), declarando que las bases reguladoras de las pensiones de invalidez permanente y de jubilación deben calcularse, no a partir de las bases medias de cotización de los últimos años trabajados por el interesado en el extranjero, procedimiento que impide el artículo 47.1.g) del Reglamento 1408/1971, en su nueva redacción, sino a partir de las bases de cotización reales del asegurado antes de trasladarse al extranjero y mediante una actualización efectiva que tenga en cuenta la evolución del coste de la vida y los incrementos de las prestaciones de la misma naturaleza. Por otro lado, también se recuerda la doctrina constante del Tribunal Supremo que viene a establecer el principio de la aplicación preferente del Convenio Bilateral en materia de Seguridad Social, vigente entre España y el estado de que se trate, sobre el Reglamento de la Comunidad Europea 1408/1971, en la versión dada por el Reglamento 1248/1992, cuando resulta más beneficioso para el trabajador el cálculo de las bases reguladoras de la pensión de jubilación, por él postulada, de acuerdo con dicho Convenio Bilateral, siendo de significar que en tales casos lo que se aplica son las bases medias de cotización correspondientes a la categoría del trabajador en España. Al respecto se establece en la sentencia que, para que pueda aplicarse esta doctrina, no basta con solicitar que se aplique el Convenio Bilateral de la Seguridad Social, en la medida que su aplicación resulte más favorable que la del Reglamento Comunitario, pues resulta de obligado cumplimiento para el solicitante (recurrente), que se diga cuáles son las bases a tener en cuenta, en qué cuantía y período, y en qué medida resultan más favorables, no pudiendo descargar sobre el Tribunal, la carga de la prueba que corresponde al actor conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuicimiento Civil.

Sobre el cálculo de la *pro rata temporis*, en el sentido antes señalado, se pronuncia también la **STS de 3 de junio de 2008**, u.d., I.L. J 564, que recuerda la doctrina de la Sala que establece la aplicación preferente del artículo 25.1.b) del Convenio Bilateral sobre el Anexo VI.D).4 del Reglamento CE 1408/1971, en la versión del Reglamento 1248/1992, cuando aquéllas son más beneficiosas para el trabajador que las dimanantes del derecho comunitario, y, por tanto, el cálculo de la base reguladora ha de hacerse a partir de las bases medias de cotización correspondientes a la categoría del trabajador en España, conforme al criterio interpretativo iniciado en la Sentencia de 15 de octubre de 1993. También a ello se refiere la **STS de 24 de abril de 2008** (en recurso de suplicación), I.L. J 319.

También en relación con la determinación de la *pro rata temporis* a cargo de la pensión española se plantea si deben incluirse las bonificaciones establecidas por la legislación española en función de la edad del trabajador. Dicha cuestión es resuelta en la ya indicada **STS de 3 de junio de 2008,** u.d., I.L. J 564, que recuerda que hasta fechas recientes la doctrina jurisprudencial estimaba que no podían tenerse en cuenta los coeficientes reductores ya que ello implicaba operar con unas cotizaciones completamente ficticias. Sin embargo, como recoge la Sentencia, dicho criterio ha sido rectificado por la Sentencia de 17 de julio de 2007 (recurso 3650/2005), dictada en Sala General. Esta Sentencia, tras analizar la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, llega a la solución contraria ordenando tomar en consideración aquellas bonificaciones, ya que si no se tuvieran en cuenta dichos períodos de bonificación se perjudicaría al trabajador que ha ejercido su derecho a la libre circulación

y que, para la liquidación de sus derechos de pensión, ha de verse totalizados períodos de seguro cumplidos en dos o más estados miembros. El interesado quedaría así privado de la bonificación que se le reconocería de haber efectuado toda su carrera de seguro al amparo de la legislación del Estado miembro competente.

**d) Derecho transitorio: SOVI**

– Responsabilidad empresarial

La aplicación del régimen de responsabilidad empresarial en una pensión del SOVI se establece en la **STS de 28 de febrero de 2008,** u.d., I.L. J 406, que aplica la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, en las que ha mantenido que, si bien la Sala ha venido manteniendo que, para completar el período de cotización exigido para causar derecho a las prestaciones SOVI, ha de estarse a las cotizaciones efectivamente realizadas, es decir, a la carrera del seguro en sentido estricto y no al período de empleo acreditado, esta limitación se debe a la imposibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad empresarial en un determinado período, el anterior a 1 de julio de 1959. No obstante, el cómputo del período de cotización ha de regirse por las normas aplicables en cada momento a la carrera de seguro del beneficiario y por eso la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1993 distingue entre el régimen aplicable antes del 1 de julio de 1959, fecha de entrada en vigor del Decreto 93/1959, y el que se inicia en esa fecha, en el que ya se establece la responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de alta y cotización, superando así el principio de compensación de culpas, que había aplicado la doctrina jurisprudencial. Lo que significa que para los incumplimientos empresariales en las obligaciones de alta y cotización que se produzcan a partir de 1 de julio de 1959 sí cabe aplicar el régimen de responsabilidad empresarial, reconociendo en su caso las correspondientes prestaciones.

Por otro lado, se aplica el criterio de proporcionalidad a la hora de determinar el alcance de la responsabilidad empresarial, de forma que el alcance de la responsabilidad se determina a partir de la repercusión del incumplimiento empresarial en el período de cotización necesario para acceder a la prestación o en la cuantía de ésta, es decir, valorando siempre los efectos del incumplimiento en la formación del derecho a la prestación controvertida.

– Cálculo de la *pro rata temporis*

Se vuelve a plantear nuevamente (véase la crónica anterior) la cuestión de la determinación del método de cálculo para cuantificar la prorrata de una pensión del SOVI a cargo de la Seguridad Social española de un trabajador migrante. Esta cuestión se resuelve en la **STS de 29 de enero de 2008,** u.d., I.L. J 63. La cuestión planteada se refiere concretamente a determinar si el cálculo de la llamada prorrata a cargo del INSS debe hacerse teniendo en cuenta la duración total de los diferentes períodos de seguro acreditados por el causante, en uno y otro país, o debe hacerse tomando en cuenta el período de carencia mínimo exigido para causar la pensión del SOVI, lo que supondría el cómputo de las cotizaciones efectuadas en otros países de la Comunidad Europea, únicamente, en cuanto fuesen necesarias para

totalizar el período de cotización exigido para causar la pensión. La cuestión, sobre la que ya se ha pronunciado en diversas sentencias el Tribunal Supremo, debe resolverse aplicando los artículos 46.2 y 47.1.a) del Reglamento CEE 1408/1971. En base a dichos preceptos, la Sentencia declara que las disposiciones del artículo 47.1.a) no son aplicables a las pensiones cuya cuantía no se fija en atención a la duración de los períodos de cotización, cual ocurre con las del SOVI, cuya cuantía es fija para cada caso y no depende del mayor o menor período de cotización acreditado. Por tanto, cuando la cuantía de la prestación sea independiente de la duración de los períodos de seguro, se calculará conforme al artículo 46.2 del Reglamento, precepto que en el inciso final del apartado a) dispone que en estos casos la cuantía de la pensión teórica coincidirá con ella, para luego en su apartado b) disponer que la pensión efectiva se fijará, atendidos todos los períodos de seguro, en proporción a los períodos de cotización cumplidos en cada Estado. No obstante, se matiza también en esta sentencia que, puesto que la carrera del seguro del SOVI se cerró en 31 de diciembre de 1966, las cotizaciones efectuadas al sistema de la Seguridad Social con posterioridad a dicha fecha en ningún caso pueden servir para acceder a la pensión del SOVI, como reiteradamente ha venido señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

**e) Jubilación anticipada**

– Reclamación sobre cuantía: no procede demandar a la empresa

La **STS de 30 de enero de 2008,** u.d., I.L. J 135, resuelve sobre una cuestión procesal relativa a decidir si en el caso en que un trabajador que cesó en la empresa mediante un contrato de prejubilación y reclama contra el INSS una prestación de jubilación anticipada alegando que no cesó de forma voluntaria como parece desprenderse de su acuerdo privado con aquélla sino condicionado por determinadas exigencias empresariales, debe ser demandada la empresa como parte o por el contrario debe estimarse válidamente celebrado el juicio sin su presencia. En base a la doctrina ya unificada, se declara que la presencia procesal de la empresa resulta, diáfanamente, innecesaria, toda vez que la acción ejercitada en la demanda se contrae al reconocimiento de una pensión de jubilación anticipada, cuyo porcentaje, ciertamente, varía, en función de que el cese en el trabajo haya sido voluntario o involuntario. La determinación de ese carácter es algo que corresponde determinar al órgano judicial en función de las circunstancias concurrentes y sin que de ello se derive responsabilidad alguna para la empresa a la que vino prestando servicios el trabajador.

–Incremento de la cantidad pactada en la prejubilación con gratificaciones extraordinarias de beneficios

De nuevo sobre la inclusión de pagas extraordinarias de beneficios en el importe anual garantizado por el acuerdo de prejubilación (en concreto, el llevado a cabo por el Banco Santander Central Hispano y los trabajadores) se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Supremo en sentido afirmativo, considerando que dicho incremento ha de ser con el importe íntegro de las dos pagas de beneficios, y no proporcional al tiempo trabajado. En ese sentido se pronuncia ahora la **STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2008,** I.L. J 155, en la que, además, se declara no aplicable el recargo del 10% por mora que establece el artículo 29.3 del ET, por cuanto dicha previsión está limitada a la reclamación de deudas salariales y no se trata de tal

en este caso, pero, además, y sobre todo, por cuanto se trata de un debate no pacífico, lo que impide considerar que existe mora.

También sobre la inclusión de las pagas extraordinarias de beneficios en el salario pensionable se pronuncia la **STS de 26 de diciembre de 2007**, u.d., I.L. J 253, que, además, matiza que la determinación concreta de las pagas extras de beneficios quedaba condicionada, en cada entidad bancaria, al montante del dividendo líquido anual abonado a los accionistas, por lo que los trabajadores no pudieron conocer el número exacto de pagas extras de beneficios que les iba a corresponder, por lo que no podían incluir el importe de las citadas pagas en la base de cálculo del salario pensionable.

– Coeficiente reductor aplicable a las jubilaciones anticipadas en el marco de un Plan de Prejubilación y principio de igualdad

Nuevamente se plantea la cuestión, ya resuelta en unificación de doctrina, relativa al coeficiente reductor aplicable en el caso de jubilaciones anticipadas pactadas en el marco del Plan de prejubilación. Concretamente, en la **STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2008,** I.L. J 152, se declara que el ofrecimiento de la prejubilación anticipada que hace la empresa (Telefónica SAU) de conformidad con lo previsto en el convenio colectivo no constituye un supuesto de extinción forzosa del contrato impuesto por la empresa a los trabajadores, sino que merece la calificación de extinción voluntaria incentivada que en todo momento pudo el trabajador no aceptar. Por otro lado, se declara, conforme a doctrina ya consolidada, que no existe violación del artículo 14 CE en la regulación de la Ley 35/2002, porque establece trato distinto para situaciones distintas, recogiendo dos sistemas distintos y con distintos requisitos: cuando se tiene 60 años y se trata de afiliados al Mutualismo Laboral con anterioridad a 1 de enero de 1967 y cuando se ha cumplido 61 años y se aplica lo establecido en el artículo 161.3 LGSS. Ambas especies de jubilación anticipada difieren nítidamente en sus orígenes, al ser histórico el de una y económico-coyuntural el de la otra. Igualmente, en la **STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2008,** I.L. J 157. Sobre la no existencia de discriminación se pronuncia también la **STS de 15 de enero de 2008,** u.d., I.L. J 8.

– Prejubilación por Expediente de Regulación de Empleo

El carácter involuntario del cese aceptado por el trabajador en el marco de un Expediente de Regulación de Empleo, con las consiguientes consecuencias en el coeficiente reductor aplicable en la jubilación anticipada, se declara en la **STS de 7 de febrero de 2008,** u.d., I.L. J 302. La Sentencia resuelve el supuesto de extinción del contrato de trabajo en el contexto y bajo la cobertura de un expediente de regulación de empleo resuelto por la dirección General de Trabajo, que autorizó a la empresa a extinguir el contrato de trabajo con un gran número de trabajadores siempre que éstos aceptaran las condiciones ofrecidas, siendo con ese condicionante con el que el actor aceptó la extinción y el pase a la situación de prejubilado y con esa garantía previa con la que prestó su consentimiento a dicha extinción. El que hubiera consentimiento del trabajador no permite afirmar que su cese fuera voluntario o por causa imputable a la voluntad del trabajador, por cuanto derivó de la existencia de una causa

objetiva previa independiente de su voluntad. No existe aquí mutuo acuerdo extintivo, sino aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva acordada unilateralmente por el empresario, en el marco de un expediente de regulación de empleo.

En la propia sentencia se trata de aclarar la confusión que puede plantear el que la propia Sala haya establecido el carácter voluntario del cese en Telefónica SAU en muchas sentencias (véanse las indicadas *supra*), discutiéndose en ellas también sobre la desigualdad de trato. El Tribunal establece que en aquellos casos (Telefónica) se trató de extinciones pactadas entre empresa y trabajadores sin previa autorización administrativa, declarándose voluntaria porque derivaba de un mero pacto entre particulares. Éste no es el caso ni lo será el de todos aquellos que extinguieron la relación laboral al amparo de la autorización concedida por la autoridad administrativa correspondiente.

**C) Gestión, financiación y pago**

– Revisión de cuantía

La cuestión de la retroactividad de los efectos de la cuantía de la pensión de jubilación ha sido ya resuelta por el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, sentando al respecto una jurisprudencia ya consolidada, que se reitera ahora en la **STS de 22 de enero de 2008,** u.d., I.L. J 259. En esta última sentencia se resuelve la cuestión de si, cuando la Gestora, a instancias del interesado, revisa la cuantía inicial de una prestación y la reconoce en superior cuantía a la inicial, a causa de una nueva, distinta y mejorada asignación del coeficiente reductor de la edad mínima, establecida por el órgano competente de la Administración de la Seguridad Social, los efectos económicos de esa revisión han de producirse, bien a partir del día en el que la Administración estableció el nuevo coeficiente reductor que mejoró la cuantía de la pensión, sin perjuicio de la prescripción quinquenal del artículo 43.1 de la LGSS, o bien, por el contrario, debe aplicarse la retroacción máxima de los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud que igualmente se contempla en dicho precepto y en el artículo 164 de la misma norma. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido constante –como se resalta en esta sentencia– en señalar que los efectos económicos de una pensión ya reconocida que se revisa, no se retrotraen a los tres meses anteriores a la solicitud de la revisión, sino que deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento inicial del derecho, tanto si la revisión es la consecuencia de un error del INSS como si viene determinada por un cambio en la interpretación jurisprudencial, porque en uno y otro caso existe el error en la fijación del importe, sin perjuicio de la prescripción, lo que supone limitar la retroacción de los efectos económicos a los cinco años anteriores a la solicitud.

Esta doctrina es la que se aplica por la citada STS de 22 de enero de 2008, aunque el problema que se plantea en el recurso no es exactamente igual a las cuestiones resueltas por la precitada jurisprudencia, como se señala en la misma Sentencia. En el recurso que resuelve la STS de 22 de enero de 2008 no se plantea un error del INSS ni un cambio en la interpretación de la doctrina jurisprudencial, sino de los efectos que ha producido, en una pensión de jubilación ya reconocida, una resolución de la Administración de la Seguridad Social que reconoció un nuevo y mejorado coeficiente reductor de la edad mínima de jubilación al beneficiario, en razón a la naturaleza excepcional penosa del trabajo que desempeñó cuando estaba en activo.

La STS de 22 de enero de 2008 resuelve, no obstante, con la misma solución, declarando la sentencia que, ante la ausencia de previsión normativa expresa en sentido contrario, dado el carácter irreversible que hasta fechas muy recientes ha tenido la jubilación en nuestro ordenamiento, y a la vista de que la nueva cuantía de la prestación no hace sino acomodar el coeficiente reductor de la edad a la excepcional naturaleza del trabajo desempeñado en su día por el pensionista, también aquí resulta lógico mantener que los efectos de esa nueva cuantía, equiparable aquí a una prestación nueva, deben retrotraerse, al menos, a la fecha del reconocimiento del derecho, que, en este caso, claro está, no es el del derecho a la propia jubilación, declarada ya en el año 1981 conforme a la regulación entonces aplicable, sino el que se ha derivado de la declaración administrativa de la excepcional penosidad, toxicidad, peligrosidad o insalubridad del trabajo desempeñado por el beneficiario, que es lo que ha conducido al incremento de la cuantía de la prestación.

### D) Previsión social voluntaria

### b) Planes de Pensiones

– Incremento de los porcentajes de aportación al Plan de Pensiones y trabajadores prejubilados

En la **STS de 16 de enero de 2008,** I.L. J 130, se resuelve el conflicto colectivo planteado por el Comité Nacional de Empresa del Banco de España y el Sindicato Autónomo de Trabajadores del Banco de España (SATBE) frente a dicha entidad, por el que se pedía que se declarara el derecho de todos los trabajadores que se encontraban al servicio del banco durante parte de la vigencia del Convenio 2002-2005 y que pasaron a la situación de prejubilados con posterioridad al día 1 de enero de 2003 a que se les reconozca y aplique el incremento de los porcentajes de aportación al Plan de Pensiones del Banco de España establecidos en el artículo 18 del citado convenio, y que, a partir de la fecha de prejubilación, se aporte exclusivamente por el Banco de España la totalidad del porcentaje que representa la suma de las aportaciones correspondientes a la empresa y al trabajador en el momento de la prejubilación. La Sentencia declara, en primer lugar, correcto el pronunciamiento de la sentencia recurrida, al reconocer a los trabajadores afectados por el Acuerdo de Cierre, el derecho a que se les aplique el incremento de los porcentajes de aportación al Plan de Pensiones previstos en el artículo 18 del Convenio 2002-2005 hasta la fecha en que se prejubilaron. En segundo lugar, se declara conforme a doctrina consolidada de la Sala, que la prejubilación supone la extinción definitiva del vínculo contractual que une a las partes, aunque la empresa se vincule con el trabajador a través de una serie de nuevos compromisos que surgen como consecuencia del pacto de prejubilación; de modo que, extinguido el contrato, la nueva relación que surge entre las partes no se rige ya por el convenio colectivo de la empresa, sino por lo estipulado en dicho pacto, a cuyo contenido regulador necesariamente ha de estarse. Además, aunque se aceptara, por hipótesis, que el artículo 18 del convenio fuera de aplicación a los prejubilados, tampoco podría prosperar la pretensión, porque dicho precepto no impone al Banco de España la obligación de aportar al Plan de Pensiones la totalidad de los porcentajes que

allí se fijan, y porque, dadas las "especificaciones" del Plan en orden a su modificación, el Convenio Colectivo del Banco carece de virtualidad para ello. Como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de noviembre de 2007, excepcionalmente cabe exigir al promotor una revisión del importe de sus aportaciones, pero sólo en el caso de que a consecuencia de la obligada revisión trienal del sistema financiero del Plan (artículos 9 del TR y 23 del Reglamento) se planteara la necesidad o conveniencia de introducir variaciones en las aportaciones y contribuciones, en las aportaciones previstas, o en otros aspectos con incidencia en el desenvolvimiento financiero-actuarial, con la finalidad de mantener la viabilidad del plan. Y aun en este supuesto excepcional, la posible variación de las aportaciones sólo puede acordarse por la Comisión de Control del Plan y sólo con el régimen de mayorías estipuladas en las propias especificaciones del plan.

## 3. INCAPACIDAD PERMANENTE

### A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

#### b) Requisitos del beneficiario

Conforme a la doctrina del TS, carece de trascendencia alguna en orden al ulterior reconocimiento pleno de una IP el cuadro de patología tenido en cuenta en un anterior acto administrativo de reconocimiento incompleto de dicha invalidez, puesto que este último priva a aquella valoración médica de eficacia alguna respecto a la configuración del estado invalidante. Constituye un contrasentido el que, no pudiéndose jurídicamente proporcionar en un momento determinado esa asistencia protectora se obstaculice su ulterior obtención. Incluso la preexistencia de una patología anterior a la afiliación y alta pueden tomarse en cuenta a efectos de calificar la incapacidad si posteriormente se ha producido una agravación trascendente porque no es asegurable la discapacidad originaria y previa al alta. Pues "la situación que se ha de tener en cuenta, a los efectos de la declaración de IP, es la que el trabajador presenta en el momento en que se inicia el expediente de invalidez, siendo así que la dicción del párrafo primero del artículo 136.1 LGSS es totalmente clara, quedando patente que las 'reducciones anatómicas o funcionales' que se han de computar son todas las existentes en el momento último y actual en que se lleva a cabo el trámite del expediente de incapacidad; y por eso el párrafo segundo del mismo artículo 136.1 (LGSS) (…) dispone con nitidez que la patología previa a la afiliación no impedirá la calificación de IP 'cuando se trate de personas minusválidas y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías, una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación'" (**STS de 21 de febrero de 2008**, u.d., I.L. J 531).

#### c) Prestaciones económicas

##### b') Base reguladora de las prestaciones

La **STS de 25 de febrero de 2008**, u.d., I.L. J 73, resuelve la cuestión de si, en el caso de un trabajador fijo discontinuo, la base reguladora de la prestación de IPA derivada de accidente

de trabajo ha de calcularse multiplicando por 365 días el salario diario acreditado o, por el contrario, multiplicarlo sólo por los días transcurridos entre aquél en el que el trabajador comenzó a prestar servicios en la correspondiente campaña y aquel otro en el que tuvo lugar el accidente laboral. Esta última solución se acoge en virtud de la aplicación del artículo 7.3 RD 1131/2002, donde se establece que "para la determinación de la base reguladora de las pensiones derivadas de contingencias profesionales, en los supuestos en que el trabajador no presta servicios todos los días o, prestándolos, su jornada de trabajo sea no obstante irregular o variable, el salario diario será el que resulte de dividir entre siete o treinta el semanal o mensual pactado en función de la distribución de las horas de trabajo concretadas en el contrato para cada uno de esos períodos", añadiéndose en su último párrafo que "en el caso de contratos de trabajo fijo-discontinuo, el salario diario será el que resulte de dividir, entre el número de días naturales de campaña transcurridos hasta la fecha del hecho causante, los salarios percibidos por el trabajador en el mismo período".

En supuestos de contrato a tiempo parcial, clarifica que no existe una verdadera situación de laguna de cotización, sino que se verifica una auténtica cotización, aunque acomodada a la índole y a la naturaleza del trabajo desarrollado por la demandante en el período computable, de ahí que no quepa la integración de la base reguladora con las bases mínimas para el período en que no hubo obligación de cotizar (**STS de 30 de enero de 2008**, u.d., I.L. J 34; siguiendo la doctrina ya establecida por la STS de 31 de octubre de 2007, u.d., I.L. J 1944).

La **STS de 23 de enero de 2008**, u.d., I.L. J 263, y la **STS de 4 de marzo de 2008**, u.d., I.L. J 468, analizan la cuestión de la cuantía de la base reguladora de una IPA derivada de enfermedad común, cuando las situación de IT prolongada con posterioridad a la extinción contractual, sin haber solicitado la prestación de desempleo, pasa a la declaración de IP. Se aplica la doctrina sentada en la STS de 17 de septiembre de 2007, u.d., I.L. J 1678, en la que se establece 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 descuente 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.

**c') Responsabilidad del pago de las prestaciones**

Tratándose de supuestos de infracotización empresarial, y en relación con las prestaciones derivadas de accidente laboral se aplica la doctrina que distingue entre incumplimientos empresariales transitorios, ocasionales o involuntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar, para, en el primer caso, imponer la responsabilidad del pago de las prestaciones a la entidad gestora o colaboradora y en el segundo a la empresa, con la responsabilidad subsidiaria del INSS (en su consideración de sucesor del antiguo Fondo de Garantía de accidentes de trabajo). Asimismo, para que dicha infracotización pueda determinar la responsabilidad empresarial tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección, abarcando este tipo de incumplimiento también los supuestos de infracotización empresarial (conforme a la literalidad del artículo 126.2 LGSS). Dicha responsabilidad se extiende a la porción de la pensión de invalidez del trabajador correspondiente al importe de las diferencias de la base reguladora de la pensión derivadas de la infracotización (**STS de 26 de febrero de 1998**, u.d., I.L. J 44).

La determinación de si el capital coste fijado por la TGSS es adecuado a no a la responsabilidad empresarial declarada en sentencia firme, lo que es objeto de ejecución en virtud del artículo 236 LPL, es una cuestión incidental que debe resolverse dentro de la propia ejecución, no dando lugar a un nuevo procedimiento, por lo que tras haberse celebrado la comparecencia en la que fueron oídas las partes, corresponde al juzgador de instancia, dentro del trámite de ejecución de sentencia, resolver el incidente planteado sobre la cuantía del capital coste a ingresar por la empresa ejecutada (**STSJ de Baleares de 7 de marzo de 2008**, I.L. J 310).

**d) Dinámica de la protección**

La revisión de los grados de invalidez se rige por las normas de procedimiento del RD 1300/1995, de 21 de julio, lo que implica que en este ámbito –quizá muy discutiblemente dada la diferencia de rango– no es de aplicación la *reformatio in peius* prohibida por el artículo 89.2 de la Ley 30/1992. La norma reglamentaria establece que en los expedientes de revisión de grado de invalidez los Directores Provinciales del INSS (artículo 6) deberán dictar resolución sin estar vinculados por las peticiones concretas de los interesados; concretando también el artículo 13 de la OM de 18 de enero de 1996 que tal órgano no está vinculado por las peticiones concretas de los interesados y añadiendo 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". De ello, el TS considera lógico 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 en el procedimiento de revisión debe calificarse la situación del beneficiario, por ello "no se produce situación formal de indefensión de éste por esa calificación perjudicial", que incluso puede llegar a que el INSS le declare no afecto de IP (**STS de 18 de febrero de 2008**, u.d., I.L. J 295).

Cuando la IP es reconocida por sentencia firme, el INSS es competente para fijar fecha de revisión por agravación o mejoría (**STS de 3 de junio de 2008**, u.d., I.L. J 571). El pronunciamiento sigue la doctrina ya sentada en la STS de 17 de mayo de 2007, u.d., I.L. J 1055, con base legal en el artículo 143.2 LGSS, 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 primeras estarían sujetas a un plazo de revisión, las segundas no, interpretación que no resultaría acorde con los principios informadores del ordenamiento jurídico". En este mismo sentido, la STS de 6 de junio de 2007, u.d., I.L. J 1146, señala que "la circunstancia de que la sentencia judicial sea declarativa de incapacidad, interfiere en la competencia del INSS, ni ello implique una modificación o alteración de una resolución que ha adquirido firmeza y en la que no se fijó plazo para revisar la invalidez, al tratarse de resoluciones distintas, no incompatibles; de haber querido el Legislador establecer como obligación del Órgano Judicial la de fijar en la sentencia que reconoce un grado de incapacidad permanente, el plazo para instar la revisión de dicho grado hubiera introducido el oportuno precepto en la LPL"; como también que "la decisión judicial se ha producido en el contexto de la revisión de un acto administrativo antijurídico, que supone un pronunciamiento parcial respecto al acto administrativo revisado, limitado a la existencia de una situación de incapacidad permanente y alcance del grado de incapacidad, y que por tanto, al no alcanzar o pronunciarse sobre el plazo de revisión, permite el acto administrativo posterior sobre dicho extremo, sin perjuicio del ulterior control judicial".

**e) Compatibilidad e incompatibilidades**

La **STS de 30 de enero de 2008**, u.d., I.L. J 264, aborda la cuestión de la compatibilidad de la pensión de Gran Invalidez (profesión habitual Ayudante de cocinero) con el trabajo

a tiempo completo como Oficial 2ª Especialista y función consistente en realización de dibujos de planos en ordenador. La base jurídica de la resolución se asienta en el artículo 141.2 LGSS, que declara compatible la pensión de IPA-GI con determinadas actividades laborales (las "compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión"). Así que la cuestión radica en determinar cuáles son esos trabajos "compatibles" y no determinantes de revisión del grado de incapacidad, dado que la propia definición de la IPA viene referida "a toda profesión u oficio" (*ex* artículo 135.5 LGSS de 1974). De entre los razonamientos utilizados por el TS para salvar la compatibilidad: se refiere a que no existe regla que afirme que sólo puede desempeñar actividades superfluas, accidentales o esporádicas; a que la literalidad del precepto apunta a la plena compatibilidad trabajo/pensión, al no establecer límite alguno a la simultaneidad; la incompatibilidad tendría un "efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se haya en IPA o GI, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras, "lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario (…) privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo –psicofísico– por parte del inválido; en el marco de las nuevas tecnologías este planteamiento constituye un acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida. No obstante, el TS no desconoce el artículo 2 RD 1071/1984 y la OM de 10 de enero de 1996, dictada para el desarrollo del RD 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, en cuyo artículo 18.4 se regula la actuación de la Dirección Provincial del INSS para los supuestos en que el perceptor de IP ejerciese trabajos por cuenta propia o ajena, "en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión de aquélla [prestación por incapacidad permanente], cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social". El TS declara dichas disposiciones reglamentarias *ultra vires* de la manifestación legal de compatibilidad que establece el artículo 141.2 LGSS y –por lo mismo– ineficaces; lo que afirma "sin perjuicio de reconocer la complejidad del problema y la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión".

### B) Incapacidad permanente (modalidad no contributiva)

#### c) Cuantía de la pensión

La **STS de 30 de enero de 2008**, u.d., I.L. J 288, resuelve la cuestión de si el ingreso en prisión puede suspender o reducir, y en qué condiciones, el derecho a percibir una pensión no contributiva de invalidez durante el tiempo de internamiento penitenciario, y en concreto si deben computar como ventas o ingresos propios –a efectos de las previsiones contenidas en los artículos 144.5.1 LGSS y concordantes del RD 357/1991– el montante económico que el preso reciba como consignación por alimentos. La doctrina del TS mantiene el criterio sentado en Sentencia de 20 de diciembre de 2000 (recurso 2284/1999) al considerar que las cantidades que por el concepto de alimentación vienen reconocidas a favor de quienes se hallan recluidos en centros penitenciarios se integran en el concepto de "cualesquiera bienes o derechos (…) de naturaleza prestacional" (ar-

tículo 144.5 LGSS), y dentro de ellos se incluye, de acuerdo con lo establecido en los artículos 20 y 21 de la Ley General Penitenciaria, la manutención de los pensionistas que ingresan en centros penitenciarios. Ello conlleva que dicha cantidad es deducible por el organismo gestor de la prestación de invalidez no contributiva.

## 4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

### A) Requisitos del sujeto causante

En relación con el cumplimiento del requisito de estar al corriente del pago de cuotas, exigido en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y la posibilidad de ingreso de las cuotas en descubierto, pendientes de abono en el momento del fallecimiento, previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, la **STS de 26 de febrero de 2008**, I.L. J 390, recuerda acertadamente que este precepto establece un procedimiento excepcional para considerar cumplido dicho requisito, que tiene dos fases: una primera de "invitación al pago" por parte de la entidad gestora, y una segunda "de abono de las cuotas adeudadas", por parte de los beneficiarios de las prestaciones. En relación con el plazo de prescripción de débitos de cuotas alegado por éstos, la doctrina del Tribunal Supremo afirma, que las cuotas adeudadas son "las cuotas exigidas en la fecha en que se estima causada la pensión", de esta manera, una eventual prescripción posterior de cuotas debidas por aplicación de los reglamentos de recaudación de la Seguridad Social, no afecta al requisito de ingreso en litigio, que queda fijado en su cuantía en la fecha del hecho causante de la prestación. Esto supone que en el supuesto de que se realice por los beneficiarios un largo período de espera o de inactividad en la demanda de la prestación, a efectos de aplicar la prescripción a las deudas pendientes (inactividad interesada), ésta ha tenido efectos respecto de la relación contributiva de Seguridad Social, pero no respecto de la relación de protección, donde juega el requisito de ingreso de cuotas pendientes.

El litigio debatido en la **STS de 12 de febrero de 2008,** I.L. J 441, es si el causante reúne el período de carencia exigido (según el artículo 174.1 de la LGSS, es de quinientos días, dentro de un período de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, cuando el causantes en ese momento se encuentra en alta o en situación asimilada al alta), y ello depende de si se debe computar el período que estuvo percibiendo el subsidio de desempleo: para ello debe recordarse que del artículo 218, también de la LGSS, sólo se deduce que durante esta situación sólo se cotiza por las prestaciones de asistencia sanitaria y, en su caso, protección a la familia, y en el supuesto de subsidio por desempleo para mayores de 52 años, además, por jubilación; esto supone que a diferencia de la prestación por desempleo, durante el subsidio no se cotiza por muerte y supervivencia, por lo que el Alto Tribunal resuelve, acertadamente, que al no cotizarse por estas prestaciones durante la percepción del subsidio por desempleo, en el supuesto que juzga no se reúne por el causante la carencia exigida para el reconocimiento de la prestaciones –de viudedad y orfandad–.

**B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos**

**c) Pensión a favor de familiares**

La cuestión a determinar es si la actora, tiene derecho a causar una pensión a favor de familiares, a raíz del fallecimiento de su padre con el que convivía, por carecer de medios propios de subsistencia, dándose dos circunstancias añadidas: que la demandante es pensionista de viudedad y además tiene un hijo casado. La cuestión que se plantea es de si la normativa vigente reconoce su derecho a pensión en este supuesto. La **STS de 7 de febrero de 2008,** I.L. J 360, reitera su doctrina –ya comentada en estas páginas–, y en concreto que a estos efectos debe aplicarse el artículo 176.2 de la LGSS que establece que se reconocerá derecho a pensión a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez, en quienes se den, en los términos que se establezcan en los Reglamentos generales, las siguientes circunstancias –acumulativas–:

i. Haber convivido con el causante y a su cargo.

ii. Ser mayores de cuarenta y cinco años y solteros, divorciados o viudos.

iii. Acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante.

iv. Carecer de medios propios de vida.

Ahora bien, a este precepto hay que añadir que el artículo 5 del Decreto 1646/1972 (recuérdese que el apartado primero del artículo 176 antes citado, establece que serán los Reglamentos generales de desarrollo de la LGSS quienes determinarán aquellos otros familiares o asimilados que, reuniendo las condiciones que para cada uno de ellos se establezcan y previa prueba de su dependencia económica del causante, tendrán derecho a pensión o subsidio por muerte de éste, en la cuantía que respectivamente se fije) exige que además de los requisitos anteriores, debe acreditarse que no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil.

Esta última exigencia (a falta de una decisión del orden civil sobre la cuestión) tiene que ponerse en relación con dos cuestiones (ya consolidadas por la doctrina del Supremo): de una parte, debe haber una persona obligada a prestar alimentos que tenga, en el momento del hecho causante, ingresos superiores al salario mínimo interprofesional; a ello hay que añadir que este familiar obligado –civilmente– debe tener una capacidad de pago que permita asignar al beneficiario una cantidad que garantice su subsistencia –que no puede ser inferior al salario mínimo–. En el supuesto del que se ocupa la sentencia arriba indicada, al superávit que el hijo –como rentas propias– percibe sobre el salario mínimo (con ello se acredita que la demandante tiene un hijo capaz de prestarle alimentos), hay que sumar la cantidad que como pensión de viudedad la propia demandante percibe, que si bien por sí solas ninguna de las dos alcanza el umbral antes indicado –el salario mínimo–, su suma sí lo hace, por lo que no está en situación de obtener la prestación demandada.

### C) Cuantía de las pensiones

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–, de ahí que, en tanto subsista y no se modifique por una nueva resolución judicial, la convivencia matrimonial resulta legalmente inexistente, 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–, 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; 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).

José Luis Monereo Pérez
Mª. 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. Consideración preliminar. 2. Derecho administrativo sancionador.** A) Procedimiento sancionador. a) Actuaciones previas de la Inspección de Trabajo. b) Procedimiento sancionador. B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias: Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica tiene por objeto dar cuenta de los principales pronunciamientos judiciales que en relación con el Derecho Administrativo Laboral han aparecido en los últimos meses, en concreto, los publicados en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, números 1, 2, 3 y 4 de 2008, así como algún otro que, procedente de las Salas de lo Contencioso de los TTSSJ, no ha sido objeto de publicación, al menos de momento.

## 2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### A) Procedimiento sancionador

#### a) Actuaciones previas de la Inspección de Trabajo

Algún pronunciamiento que otro dentro del período analizado incide en ciertas cuestiones relacionadas con la actuación inspectora que precede a la puesta en marcha del procedimiento administrativo sancionador.

Así, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 4 de febrero de 2008**, Sala Tercera (recurso 259/2007), confirma la nulidad del procedimiento sancionador seguido tras el levantamiento de la correspondiente acta de infracción, al entender que había sido indebidamente notificada, pues se había recurrido al sistema edictal, cuando en función de las circunstancias concurrentes en el caso no se aprecia que dicho procedimiento hubiera sido utilizado de modo absolutamente subsidiario a los restantes sistemas de notificación previstos en la normativa aplicable:

> "(…) en el concreto caso examinado, la Administración tenía medios para averiguar el domicilio de la empresa, aunque no lo hubiese comunicado a la Administración laboral, y, sin embargo, procedió a la notificación edictal, y, a los pocos días, intentó la notificación personal en el domicilio que, lógicamente, pudo conocer con anterioridad, por lo que la primera notificación edictal no puede considerarse eficaz toda vez que, por su propia naturaleza, sólo era posible tras resultar la empresa desconocida en su domicilio: el que conocía o debía haber conocido la Administración antes de pasar a la publicación de edictos".

**b) Procedimiento sancionador**

Ya en el terreno del procedimiento sancionador en sentido estricto, debe recordarse que la denegación de una práctica probatoria durante la instrucción del procedimiento no invalida necesariamente la resolución administrativa si no ha generado indefensión.

En este sentido, la **STSJ de Murcia de 8 de febrero de 2008**, Sala Tercera (recurso 3020/2003), entiende que no puede hablarse de indefensión cuando en un momento posterior existe la posibilidad de incorporar las pruebas y no se aportan por razones imputables al propio administrado; en un sentido parecido, bien que enjuiciando unos hechos diferentes, se pronuncia la **STSJ del País Vasco de 4 de febrero de 2008**, Sala Tercera (recurso 388/2006).

Algo similar sucede con el trámite de audiencia previsto en el artículo 18.2 RD 928/1998, cuya ausencia no determina necesariamente la nulidad de la resolución administrativa. Así, la **STSJ de Murcia de 8 de febrero de 2008**, Sala Tercera (recurso 3020/2003), no anula la sanción impuesta en el supuesto enjuiciado, pues a pesar de la falta procedimental reseñada, lo cierto es que la resolución sancionadora se limitó a considerar lo expresado en el acta de infracción y las actuaciones del expediente administrativo en el que figuraban las alegaciones de la empresa, por lo que:

> "ante la identidad sustancial de los hechos e, incluso, de las normas contempladas en el acta sobre las que la empresa recurrente tuvo plena oportunidad de alegaciones y en la resolución sancionadora, difícilmente puede apreciarse indefensión como consecuencia de la falta de traslado de la propuesta de resolución, por lo que no son acogibles los argumentos de la recurrente".

Por el contrario, en un supuesto distinto en el que no concurría la referida identidad, la **STSJ del País Vasco de 4 de febrero de 2008**, Sala Tercera (recurso 388/2006), sostiene que la omisión del trámite de audiencia debe reputarse como un vicio esencial del procedimiento determinante de la nulidad radical del acto y que no puede entenderse subsanado en atención a que la empresa haya tenido la posibilidad de interponer recurso de alzada.

Al margen de lo anterior, un par de pronunciamientos inciden en la cuestión de la caducidad del procedimiento. Al respecto, por un lado, la **STSJ de la Comunidad Valenciana**

**de 20 de febrero de 2008**, Sala Tercera (recurso 991/2005), reitera la jurisprudencia consolidada que afirma la existencia de un plazo máximo de seis meses para resolver los expedientes sancionadores, según se deduce de la interpretación conjunta del artículo 20.3 RD 928/1998 y de los artículos 42 y siguientes Ley 30/1992, en la redacción dada tras la reforma operada por la Ley 4/1999, iniciándose el cómputo el día en que se incoa dicho procedimiento y finalizando cuando se notifica su resolución expresa. Por otro lado, teniendo en cuenta que el plazo en cuestión sólo se paraliza por las interrupciones imputables a los interesados o por la suspensión del procedimiento a que se refieren los artículos 5.1 y 6.1 RD 928/1998 –concurrencia de sanciones con el orden penal e iniciación del proceso de oficio ante el orden social–, la **STSJ de Murcia de 8 de febrero de 2008**, Sala Tercera (recurso 3020/2003), aprecia en el caso enjuiciado la caducidad del procedimiento, pues no puede entenderse que éste estuviera suspendido ya que el retraso en la tramitación deriva de causas imputables exclusivamente a la administración, en concreto, la emisión de un informe incompleto y posterior solicitud de otro ampliatorio.

### B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales

En esta sede, los pronunciamientos más relevantes aparecidos durante el período analizado vienen todos ellos referidos a las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales.

De entrada, la **STSJ de Cataluña de 5 de marzo de 2008**, Sala Tercera (recurso 111/2004), aporta algunos elementos interpretativos de interés sobre ciertos tipos infractores graves que recoge el artículo 12 LISOS.

Así, en relación con el artículo 12.1 LISOS –no llevar a cabo la evaluación de riesgos y, en su caso, sus actualizaciones y revisiones–, el Tribunal confirma la sanción impuesta, pues a su juicio resultaba obvia la necesidad de llevar a cabo la revisión de la evaluación inicial, máxime cuando:

> "(…) en aquella revisión inicial se observaron deficiencias y los trabajadores de la empresa sufrieron algunos accidentes laborales, que aun cuando puedan parecer, en el único parte que se adjunta, que son de carácter leves, lo cierto es que durante cuatro meses se registraron 12 accidentes y tres de ellos se refieren a la vista, siendo difícil mesurar las consecuencias de éstos".

Por otra parte, al hilo del artículo 12.3 LISOS –no llevar a cabo una investigación en caso de producirse daños a la salud de los trabajadores o de tener indicios de que las medidas de seguridad son insuficientes–, el Tribunal no considera que la inactividad de la empresa quede justificada por el hecho de que el trabajador hubiese aportado un parte de baja por contingencias comunes, ya que el accidente constaba en el registro de asistencia sanitaria interna de la empresa.

Asimismo, el retraso considerable en la implementación de las acciones preventivas derivadas de la planificación se reconduce al tipo recogido en el apartado sexto del artículo 12, sin que se estime suficiente la actuación empresarial consistente en contratar el servicio de mantenimiento contra incendios y la mejora de las salidas de emergencia, cuando había otras muchas medidas en el plan que no fueron ejecutadas.

Por último, en relación con la infracción recogida en el artículo 12.12 LISOS –no proporcionar la formación adecuada a los trabajadores designados para las actividades preventivas y a los delegados de prevención–, el hecho de que el delegado de prevención estuviese de baja al tiempo de darse aquélla no justifica el incumplimiento empresarial, pues se le debió facilitar en un momento posterior y después de un año no constaba que se hubiera dado.

Un segundo pronunciamiento de interés en esta materia es la **STSJ de Cataluña de 19 de marzo de 2008**, Sala Tercera (recurso 146/2004), donde se confirma que las deficiencias observadas en la evaluación efectuada por el servicio de prevención ajeno a la empresa constituyen una infracción de la empresa contratada para encargarse de tales labores, en concreto, la prevista en el artículo 12.22 LISOS –incumplir las obligaciones derivadas de actividades correspondientes a servicios de prevención ajenos respecto de sus empresarios concertados, de acuerdo con la normativa aplicable–. Al respecto, el servicio de prevención se había limitado a efectuar una descripción de los riesgos y a realizar recomendaciones genéricas, la mayoría previstas en la propia legislación. Pues bien, frente a las alegaciones del recurrente relativas a que el obligado directo a prestar la protección es el empresario, mientras que la obligación del servicio de prevención se limitaría a asesorar y a apoyar la realización de las decisiones tomadas por el empresario, el Tribunal comparte el criterio defendido por la administración relativo a que no se puede trasladar a la empresa la responsabilidad de adoptar unas medidas de prevención que no estaban bien definidas:

> "No puede aceptarse la exoneración de responsabilidad que pretende la recurrente en base a las cláusulas firmadas en los contratos de que las empresas 'asumen directamente y bajo su total responsabilidad, la ejecución y puesta en práctica de las recomendaciones del Servicio de Prevención de SGS Tecnos, SA', puesto que esta cláusula en ningún caso puede exonerar del cumplimiento de las obligaciones previstas por la Ley. Recordemos que el artículo 31 antes expuesto indica que es responsabilidad de los servicios de prevención entre otras, 'la planificación de la actividad preventiva y la determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas y la vigilancia de su eficacia y la información y formación de los trabajadores'."

Asimismo, la sentencia en cuestión desestima la alegación de nulidad por excesiva amplitud del tipo sancionador, pues cuando la inspectora aprecia la infracción no se limita a mencionar el precepto antes mencionado –artículo 12.22 LISOS–, sino que lo relaciona con otros preceptos de la LPRL que considera infringidos.

En fin, en relación con el tipo infractor del artículo 13.14 LISOS –se considera infracción muy grave la suscripción de pactos que pretendan eludir el sistema de responsabilidades establecidas en el artículo 42.3–, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 4 de febrero de 2008**, Sala Tercera (recurso 297/2007), reconduce al mismo una cláusula contractual de penalización en función de la cual se permite a la empresa principal descontarse del importe a satisfacer a la contratista el correspondiente a eventuales sanciones que le pudieran corresponder a la primera por incumplimientos en materia preventiva de la segunda; la sentencia cuenta con un interesante voto particular en el que se razona que la cláusula en cuestión no pretende eludir la responsabilidad solidaria impuesta por la normativa aplicable, sino que se limita a proclamar y poner especial énfasis en el derecho de repetición de la principal, que sólo puede interpretarse como derecho ajeno a lo que es su responsabilidad directa como contratista principal y ejercitable *a posteriori*.

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) Infracotización. Reclamación de la Mutua contra el empleador. B) Recargo de prestaciones. Vicios del expediente administrativo. C) Relación laboral. Existencia. a) Subagentes de seguros. b) Prestación de servicios para una Comunidad Autónoma. c) Clínica dental. Odontólogos. Demanda de oficio. d) Becarios. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Función pública. Impugnación de convenio colectivo. B) Impugnación de la resolución dictada en un ERE. C) Relación laboral. Inexistencia. a) Contrato de agencia. b) Accionista y administrador solidario. **4. Actos de comunicación procesal. Vulneración tutela judicial efectiva. 5. Demanda. Reconvención. 6. Excepciones.** A) Caducidad. B) Cosa juzgada. C) Litisconsorcio pasivo necesario. D) Falta de legitimación pasiva. E) Inadecuación de procedimiento. F) Prescripción. **7. Práctica de la prueba. Carga de la prueba. 8. Despido. Salarios de tramitación.** A) Limitación. B) Responsabilidad del Estado. **9. Recurso de suplicación. Acceso al recurso.** A) Afectación general. B) Modalidad procesal de vacaciones. C) Contra Autos. **10. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Contradicción. No se aprecia. a) Extinción del contrato por impago de salarios. b) Accidente de trabajo. c) Alta dirección. d) Contrato de agencia *versus* agencia de seguros. B) Sentencia de contraste. Necesaria firmeza. C) Escrito de interposición. **11. Recurso de revisión.** A) Documentos que habilitan el recurso. B) Sentencia del orden jurisdiccional penal.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral y que han sido publicadas en los números 1 al 4 (ambos inclusive) del año 2008 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*. Del período se destaca, por su especial interés, la **STS de 30 de enero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 333, en la que el TS manifiesta que, en los procesos en los que se alegue acoso moral debe demandarse a la empresa y a todas las personas o entidades que hayan intervenido en la vulneración

del derecho fundamental. Por ello, estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario entre el empresario y el empleado a quien realmente se imputa la conducta constitutiva de acoso moral que constituye la base esencial de la pretensión ejercitada.

## 2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

### A) Infracotización. Reclamación de la Mutua contra el empleador

En un supuesto en el que un trabajador estaba encuadrado en un epígrafe inferior al que correspondería de acuerdo con la actividad que desarrollaba, y por lo tanto se incurrió en infracotización, la Mutua pretende que se declare la responsabilidad de la empresa demandada en el pago de la prestación reconocida a dicho trabajador al haber sufrido un accidente. La **STS de 26 de febrero de 2008,** Sala Cuarta**,** I.L. J 86, declara la competencia de la jurisdicción social para conocer de dicha reclamación.

### B) Recargo de prestaciones. Vicios del expediente administrativo

En las **SSTS de 4 y 24 de enero de 2008,** ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 26 y 527, se declara la competencia del orden social para conocer sobre la existencia de vicios formales en un procedimiento administrativo sobre recargo de prestaciones por accidente de trabajo. Las empresas demandantes solicitaban la nulidad de la resolución del INSS que declaraba la responsabilidad empresarial, al entender que existieron vicios formales en el procedimiento de recargo.

### C) Relación laboral. Existencia

#### a) Subagentes de seguros

La **STS de 28 de febrero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 407, tras examinar las circunstancias concurrentes en la relación de subagencia sometida a revisión, considera que la relación que vincula al subagente de seguros con la agencia de seguros para la que presta servicios es una relación laboral: las gestiones encomendadas al subagente se limitaban al cobro de primas de pólizas de seguros ya concertadas y quedaba obligado a dar cuenta semanalmente de su trabajo a la agencia contratante.

#### b) Prestación de servicios para una Comunidad Autónoma

Las **SSTS de 22 de enero y 11 y 26 de febrero de 2008,** todas de la Sala Cuarta, I.L. J 328, 361 y 301, concluye el carácter laboral de los contratos administrativos que habían suscrito los demandantes con la Comunidad Autónoma, al estar éstos bajo la dirección, organización, supervisión y control directo de aquélla.

**c) Clínica dental. Odontólogos. Demanda de oficio**

Declara la **STS de 12 de febrero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 449, la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda de oficio interpuesta por la Inspección de Trabajo. En dicho procedimiento se solicitaba la declaración del carácter laboral de las relaciones que unos odontólogos mantenían con una clínica dental. El TS considera que en el caso enjuiciado concurren las notas características de una relación laboral, que no mercantil.

**d) Becarios**

La **STS de 29 de mayo de 2008,** I.L. J 541, declara la competencia del orden social para conocer de una demanda por despido interpuesta por un becario contra la Universidad, sin que sea obstáculo para ello el hecho de que la beca haya sido convocada mediante un acto administrativo. La sentencia considera el carácter laboral de la relación mantenida con la Universidad, al no tener las funciones del becario ninguna proyección formativa ni investigadora.

## 3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

### A) Función pública. Impugnación de convenio colectivo

La **STS de 21 de febrero de 2008,** Sala Cuarta**,** I.L. J 71, estima la incompetencia del orden social para conocer de las eventuales lesiones de la libertad sindical que se puedan producir en el marco de un procedimiento de negociación colectiva de la función pública. En este sentido, el TS manifiesta que "(…) las controversias derivadas de la actividad negocial de las Administraciones Públicas en el marco de la Ley 9/1987 corresponde al orden contencioso-administrativo (…)".

### B) Impugnación de la resolución dictada en un ERE

Ante la pretensión interpuesta un trabajador afectado por un ERE de que se declare discriminatorio el plan de prejubilación forzosa que había sido aprobado, la **STS de 19 de diciembre de 2007**, Sala de lo Social, I.L. J 252, estima que la jurisdicción laboral resulta incompetente, por cuanto la competencia para la impugnación de las resoluciones administrativas en materia de regulación de empleo está atribuida a tribunales del orden contencioso-administrativo.

### C) Relación laboral. Inexistencia

**a) Contrato de agencia**

La **STSJ de Madrid de 25 de febrero de 2008,** I.L. J 220, estima la incompetencia del orden social en una reclamación por despido. El actor había suscrito con la empresa demandada sucesivos contratos de comisión mercantil, siendo éste quien organizaba su agenda profesional y las visitas a clientes sin sujeción a instrucción alguna ni horario,

pudiendo asimismo hacer bonificaciones o descuentos en los precios. En consecuencia, el TSJ considera que el orden social no es competente para resolver la reclamación dada la independencia y autonomía de la parte actora para organizar su trabajo.

**b) Accionista y administrador solidario**

Casando la sentencia dictada en suplicación por el TSJ del País Vasco, la **STS de 26 de diciembre de 2007**, Sala de lo Social, I.L. J 121, declara la inexistencia de relación laboral y, en consecuencia, la incompetencia del orden social para conocer de la demanda por despido interpuesta por quien era titular del 33% del capital social de una sociedad anónima, administrador solidario con otros dos socios y que percibía una retribución fija mensual por sus trabajos de gerencia. El TS declara el carácter mercantil y no laboral de la relación, en tanto que entiende que todas las actuaciones llevadas a cabo por el demandante implicaban la realización de cometidos inherentes a la condición de administrador de la sociedad y encajaban totalmente en el desempeño del cargo societario que ocupaba, además de ostentar un tercio del capital social.

## 4. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. VULNERACIÓN TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La **STC 2/2008, de 14 de enero** (recurso de amparo 624/2005), I.L. J 54, estima que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en un supuesto en el que se siguió el procedimiento *inaudita parte* y, sólo, en fase de ejecución, se produjo la primera comunicación en un domicilio que ya constaba en autos y en el que hubiera sido posible la citación al acto de juicio.

## 5. DEMANDA. RECONVENCIÓN

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 27 de febrero de 2008**, I.L. J 211, entiende que es suficiente para que se considere correctamente anunciada la reconvención, en los términos requeridos por el artículo 35.2 LPL, con que la parte que reconviene señale, en el acto de conciliación administrativo, la cuantía reclamada y la causa de pedir, sin necesidad de cumplir con los demás requisitos que se exigen al escrito de demanda, en la medida en que en el proceso laboral la reconvención se formula y se contesta en el propio juicio oral (artículo 85.2 LPL).

## 6. EXCEPCIONES

### A) Caducidad

La **STS de 24 de enero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 285, tras recordar que el plazo establecido en el artículo 512 LEC a efectos de la interposición de la demanda de revisión es

de caducidad, declara que es a la parte demandante a quien incumbe la prueba del *dies a quo* a partir del cual debe comenzar a computarse el mencionado plazo, máxime cuando, como sucede en el caso enjuiciado, lo sostenido por la parte demandante no parece, *a priori*, coherente con el resto de hechos concurrentes.

### B) Cosa juzgada

No es posible aplicar el efecto de cosa juzgada cuando, entre el pronunciamiento de la primera sentencia y el planteamiento de la demanda que dio origen a la segunda, se ha producido una alteración en la doctrina jurisprudencial que está llamada a interpretar la normativa aplicable, dado que, en cierta medida, se habría modificado la "causa de pedir". Éste es el pronunciamiento de la **STS de 19 de febrero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 338. La **STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2008**, I.L. J 155, recuerda que la excepción de cosa juzgada, además de un sentido negativo –que excluye la posibilidad de que se produzca un pronunciamiento de fondo sobre un mismo asunto–, posee un sentido positivo, según el cual un segundo pronunciamiento debe respetar lo que fue decidido en el primero cuando esta decisión actúe como elemento prejudicial del segundo. Por su parte, la **STSJ de Galicia de 20 de mayo de 2008**, I.L. J 523, mantiene que la cosa juzgada, dada su fuerza vinculante, obliga a todo juzgador a apreciar de oficio su existencia en todas las resoluciones que adopte, sin necesidad de que sea excepcionado, por integrarse en los mandatos constitucionales de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

### C) Litisconsorcio pasivo necesario

En un procedimiento por acoso moral, la **STS de 30 de enero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 333, declara que existe litisconsorcio pasivo necesario entre el empresario y el trabajador que, supuestamente, ha llevado a cabo de forma directa los actos de acoso. Razona el TS que dejar fuera del proceso a este trabajador, que es el infractor más directo y propio de los derechos fundamentales, ello no concordaría con la naturaleza y finalidad de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales. La **STSJ de Madrid de 22 de abril de 2008**, I.L. J 315, declara que no existe litisconsorcio pasivo necesario entre la Comunidad Autónoma y el Servicio Público de Empleo Estatal, en un procedimiento en el que se dilucida la procedencia o no del abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único. Igualmente, la **STSJ de Madrid de 3 de junio de 2008**, I.L. J 566, dispone que tampoco existe listisconsorcio pasivo necesario en una demanda de cantidad, entre una universidad pública y la Comunidad Autónoma de la que depende, dado que tal Comunidad Autónoma no tiene vínculo alguno con los profesores que mantienen una relación de naturaleza laboral con dicha universidad.

### D) Falta de legitimación pasiva

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de enero de 2008**, I.L. J 146, declara que, en un procedimiento por despido, en el que lo único que se dilucida es su calificación jurídica y las consecuencias de tal calificación, carece de legitimación pasiva el Presidente de la entidad empleadora en cuanto que el conflicto surgido lo es, exclusivamente, entre empleado y empresario como consecuencia del contrato de trabajo y, por tanto, la rela-

ción jurídica y procesal en la que el litigio ha de ser judicialmente abordado es sólo entre ambos, con exclusión de cualquier tercero.

**E) Inadecuación de procedimiento**

No es posible negar el carácter colectivo de la pretensión y, con ello, la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo, cuando lo que se insta mediante aquélla es que se aplique lo dispuesto en el convenio colectivo, que por naturaleza afecta genéricamente a todos los trabajadores de la empresa, y ello con independencia de que dicha aplicación pueda tener una especial incidencia en un grupo concreto de trabajadores. Así lo declara la **STS de 19 de febrero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 416. Por su parte, en relación con esta misma modalidad procesal, la **STS de 20 de febrero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 41, establece que el cauce procesal adecuado para impugnar un acuerdo suscrito por la empresa y la totalidad de la plantilla (11 trabajadores, firmantes todos ellos del mencionado acuerdo) no puede ni debe ser la del conflicto colectivo, sino la del procedimiento ordinario, por cuanto los demandados (la totalidad de la plantilla) carece de la legitimación necesaria para la correcta constitución de la relación procesal en un procedimiento de conflicto colectivo. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 31 de enero de 2008**, I.L. J 182, analiza un supuesto en que la empresa demandada, en la tradicional celebración navideña, procedió a la entrega de una serie de obsequios a los trabajadores asistentes, excluyendo a aquellos que, por diversos motivos, no asistieron a la mencionada celebración. El TSJ de Madrid entiende que la modalidad procesal de conflicto colectivo no es la adecuada para determinar si dicha decisión es ajustada a derecho, en la medida en que los trabajadores afectados (los no asistentes a la celebración) no forman un grupo homogéneo en su conjunto.

**F) Prescripción**

La **STS de 27 de diciembre de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 123, declara que un expediente de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad carece de carácter sancionador y, por ello, no es posible que se produzca su caducidad. Como consecuencia de lo anterior, el TS concluye que la interrupción del plazo de prescripción de cinco años establecido en el artículo 43.1 LGSS para el reconocimiento de las prestaciones, se prolonga durante todo el tiempo que medie entre la incoación y la notificación de la resolución expresa que recaiga, independientemente del tiempo transcurrido. En este mismo sentido, se pronuncia la **STSJ de Baleares de 7 de marzo de 2008**, I.L. J 311. La **STS de 20 de febrero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 42, entiende que el plazo de prescripción aplicable al ejercicio de una acción de clasificación profesional es el establecido en el artículo 59.2 ET (un año). No obstante, precisa que, en un caso como el analizado, el punto temporal a partir del cual ha de iniciarse el cómputo del plazo no debe ser el de publicación del convenio colectivo en el que se fijaban las nuevas categorías profesionales, sino que debe comenzar en la fecha de un acuerdo colectivo posterior sobre la misma materia. La **STS de 11 de febrero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 362, declara que cuando se trate de una entrega a cuenta de una cantidad, que habrá de determinarse en una fecha posterior, no es posible establecer como fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción el de dicha entrega a cuenta, sino que el cómputo

comenzará en el momento en el que se lleve a cabo la liquidación definitiva de la cantidad objeto del litigio. Por último, la **STSJ de Galicia de 23 de mayo de 2008**, I.L. J 524, nos recuerda que el procedimiento de impugnación de un convenio colectivo interrumpe el plazo de prescripción respecto de las posteriores reclamaciones de cantidad que traigan causa de la aplicación de un precepto del convenio colectivo impugnado.

## 7. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA

El apartado 3 del Fundamento de Derecho Segundo de la **STS de 22 de enero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 260, describe la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba cuando se alega vulneración de un derecho fundamental (en este caso, el de la libertad sindical). Con cita de múltiples sentencias del TC, el TS razona que "(...) para que opere el desplazamiento al empresario del *onus probandi* no basta simplemente que el trabajador afirme su carácter discriminatorio (STC 266/1993, de 20 de septiembre, FJ 2º), sino que ha de acreditar la existencia de indicio que 'debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla (la vulneración constitucional) se haya producido'; (...) es necesario que por parte del actor se aporte una 'prueba verosímil' (...) sin que sea suficiente la mera alegación de la discriminación (...)". Sólo en esos casos el empresario asumirá la carga de probar que sus razones son completamente ajenas a todo móvil discriminatorio, sin que se le exija la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–. Idénticos son los razonamientos de las **SSTS de 25 y 26 de febrero de 2008**, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 409 y 398, en relación con la vulneración de la garantía de indemnidad. De otro lado, en una demanda de revisión, la **STS de 24 de enero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 285, declara de manera rotunda que recae sobre el demandante de revisión la carga de probar el *dies a quo* respecto del plazo de caducidad de la revisión, es decir, la carga de justificar la fecha en que tuvo noticia de la sentencia penal en la que fundamenta dicha demanda revisión.

## 8. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

### A) Limitación

La **STS de 6 de marzo de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 114, analiza si, a efectos de evitar el devengo de salarios de tramitación, el pago directo de la indemnización al empleado equivale al depósito judicial, y ello en un supuesto en el que la empresa reconoció la improcedencia del despido en la propia carta de cese y entregó al trabajador el importe de la indemnización mediante cheque bancario. Razona el TS que en este supuesto se hace innecesario el depósito judicial, ya que la entrega directa al trabajador del importe de la indemnización mediante cheque bancario cumple la finalidad de la norma. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 22 de enero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 66, tras analizar un caso en el que la indemnización se pagó directamente en metálico al empleado, al tiempo de entrega de la carta de despido y de la firma del finiquito. Por su parte, la **STS de 11 de febrero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 306, señala claramente que el devengo de los salarios de tramitación debe limitarse a la fecha en que se realiza el depósito judicial de la indemnización si (i) se reconoce la improcedencia del despido y (ii) ese depósito

es anterior a la fecha del acto de conciliación y posterior a las 48 horas subsiguientes al despido, siendo completamente irrelevante el motivo por el cual se realiza dicho depósito con posterioridad al citado plazo de 48 horas.

### B) Responsabilidad del Estado

La **STS de 26 de febrero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 396, resulta de interés porque declara la responsabilidad del Estado en esta materia en un supuesto en el que la empresa responsable resulta condenada por primera vez en suplicación, aun cuando el despido fue declarado improcedente en la instancia imponiéndose sus consecuencias en aquel momento a una codemandada diferente. El TS declara que el Estado está obligado a resarcir a la empresa condenada por primera vez en suplicación los salarios de trámite que excedan de 60 días hábiles, contados a partir de la presentación de la demanda y hasta la notificación de la sentencia firme de la que se trate. De otro lado, la **STS de 29 de enero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 287, declara que la responsabilidad del Estado se limita a los salarios devengados en exceso del período de 60 días hábiles establecido por el legislador, es decir, se establece la responsabilidad estatal para aquellos casos en los que la sentencia de despido se dicte excediendo unos plazos razonables y sólo por el período que exceda del establecido legalmente. En consecuencia, dicho retraso en modo alguno implica que el Estado asuma la totalidad del devengo, como pretendía el recurrente en este supuesto.

## 9. RECURSO DE SUPLICACIÓN. ACCESO AL RECURSO

### A) Afectación general

La **STS de 18 de diciembre de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 235, aborda la cuestión de si la sentencia dictada en instancia (que analizó el derecho a un complemento salarial de penosidad y peligrosidad de dos trabajadores de una contrata de limpieza) era susceptible de recurso de suplicación y, por tanto, de unificación de doctrina, al amparo de una posible afectación general. La Sala aprecia la falta de ese requisito de afectación general con fundamento en lo siguiente: (i) la penosidad o peligrosidad del mismo cometido laboral de limpieza no era necesariamente idéntica en los distintos horarios de trabajo de la empresa, o en los distintos lugares de trabajo, y (ii) no se había constatado una situación de conflicto generalizado, al haberse planteado la reclamación por un grupo limitado de trabajadores de la empresa.

### B) Modalidad procesal de vacaciones

En un proceso tramitado a través de la modalidad procesal de vacaciones, la **STSJ de Madrid de 18 de febrero de 2008**, I.L. J 219, considera que no cabe recurso de suplicación contra la sentencia de instancia. Razona la Sala en el sentido de que, siendo el trabajador quien eligió desde un primer momento esta modalidad procesal, no cabe la suplicación al amparo de lo previsto en la LPL.

### C) Contra Autos

La **STS de 28 de febrero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 296, confirma su propia jurisprudencia y considera que la cuestión relativa a los honorarios de letrado en fase de ejecución de sentencia es, por razones cronológicas, ajena a lo conocido y decidido en la sentencia ejecutoria, y accesorio respecto del fondo litigioso. En consecuencia, no procede recurso de suplicación ni, por ende, de casación, contra el auto dictado por el Juzgado en relación con la inclusión de los honorarios de los letrados devengados en ejecución de sentencia firme. Por su parte, se analiza por el TS un supuesto en el que se formuló recurso de suplicación respecto de un auto dictado en ejecución de una sentencia recaída en materia de Seguridad Social. La **STS de 5 de marzo de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 423, declara la nulidad de la sentencia dictada en suplicación al apreciar quebrantamiento del orden público procesal. La Sala estima que en el supuesto debatido no se había ofrecido el preceptivo recurso de reposición contra el auto dictado en ejecución, ya que el recurso de suplicación procede únicamente contra el auto resolutorio del recurso de reposición formulado contra el auto previo que resuelve el incidente de ejecución.

## 10. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

### A) Contradicción. No se aprecia

#### a) Extinción del contrato por impago de salarios

La **STS de 22 de enero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 19, desestima el recurso, por cuanto la calificación de conductas a efectos de su inclusión en alguno de los diferentes apartados del número 1 del artículo 50 no es materia propia de unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales. Recuerda la Sala en esta sentencia que, en estos supuestos, siempre es necesaria la valoración individualizada de circunstancias variables y de la gravedad del incumplimiento empresarial.

#### b) Accidente de trabajo

La viuda de un trabajador que falleció como consecuencia de un infarto de miocardio, tras haber trasladado en coche a un directivo de la empresa, interpone recurso de casación para unificación de doctrina. La **STS de 22 de enero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 67, desestima el recurso por falta de contradicción señalando que, en el caso de autos, el trabajador fallecido sufrió el infarto de miocardio terminada la misión encomendada por la empresa y una vez se dirigía ya a su domicilio particular, mientras que, en el caso de contraste, el trabajador se encontraba todavía en misión, a disposición del empleador.

#### c) Alta dirección

La **STS de 16 de enero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 248, ante el recurso planteado por la demandada relativo a si la relación laboral del demandante era ordinaria o de alta dirección, aprecia la falta de contradicción necesaria (tal y como prevé el artículo 217

LPL) entre el supuesto analizado y el recogido en la sentencia de contraste; las diferentes facultades y poderes otorgados a los trabajadores en ambos casos no eran análogos o equivalentes y, por tanto, no concurría el requisito de contradicción.

**d) Contrato de agencia *versus* agencia de seguros**

La **STS de 22 de enero de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 238, aprecia diferencias relevantes en la situación del actor (sujeto a un contrato de agencia) en comparación con la del demandante en el litigio de la sentencia de contraste (sujeto a un contrato de agencia de seguros). La Sala considera que no existe la contradicción necesaria entre ambos supuestos en tanto que, en el caso de la sentencia recurrida, el contrato se calificó como de agencia (no como contrato de agencia de seguros). Razona el TS que la Ley 12/1992 configura al contrato de agencia de forma distinta a los contratos de agencia de seguros pues, si bien caracteriza al agente como independiente, no establece la naturaleza mercantil de su relación en todo caso.

### B) Sentencias de contraste. Necesaria firmeza

La **STS de 12 de mayo de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 455, analiza un supuesto en el cual la parte recurrente había aportado certificación de la sentencia de contraste si bien, en dicha certificación, no se consignó el dato relativo a su firmeza. La Sala desestima el recurso ya que, a la fecha de publicación de la sentencia recurrida, la sentencia de contraste no era firme y, en consecuencia, no era idónea para establecer la contradicción al no cumplir la exigencia que para la admisión del recurso establece el artículo 217 LPL.

### C) Escrito de interposición

La **STS de 17 de diciembre de 2007**, Sala Cuarta, I.L. J 435, desestima el recurso al entender incumplidos los requisitos mínimos para su viabilidad. En concreto, la Sala aprecia que el escrito de interposición debía establecer la identidad de los supuestos a partir de los cuales se afirma la existencia de contradicción; por el contrario, el recurrente se limitó a realizar un resumen de los hechos consignados en la sentencia recurrida y a transcribir parte de un fundamento jurídico de la sentencia de contraste.

## 11. RECURSO DE REVISIÓN

### A) Documentos que habilitan el recurso

La **STS de 29 de mayo de 2008**, Sala Cuarta, I.L. J 549, enjuicia en este caso un recurso de revisión interpuesto por un trabajador contra la sentencia que había declarado la procedencia de su despido. La revisión se basaba en el contenido de una sentencia posterior que revocaba la amonestación impuesta al trabajador respecto de ciertas infracciones en las que la empresa había fundamentado su despido disciplinario. La Sala entiende que

no pueden calificarse de documentos recobrados, a efectos del recurso de revisión, las sentencias de cualquier orden jurisdiccional recaídas con posterioridad a la que se quiere revisar.

**B) Sentencia del orden jurisdiccional penal**

La **STS de 22 de enero de 2008,** Sala Cuarta, I.L. J 281, desestima igualmente la revisión de una sentencia que había declarado la procedencia de un despido. El actor basaba su demanda de revisión en una sentencia dictada por el orden penal, en la que se anulaban algunos de los extremos en los que se motivó su despido. El TS considera que la valoración de la prueba que realiza el juez penal, en un proceso en el que rige el derecho fundamental a la presunción de inocencia, para llegar a la conclusión de que no resulta probado, más allá de toda duda razonable, que el acusado cometiera la falta que se le imputa, no impide que el juez de lo social considerase suficientemente acreditado (en ejercicio de su potestad para valorar la prueba) el incumplimiento contractual grave motivador del despido.

Lourdes Martín Flórez
Luis Aguilar Romea
Ana Navascues Sarratea
Sergio Ponce Rodríguez

## XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

# Sumario:

**Consideración preliminar. 1. La responsabilidad empresarial por daños y perjuicios.** A) Cuantía indemnizatoria: compatibilidad y complementariedad de los conceptos indemnizatorios homogéneos. **2. El recargo de prestaciones por omisión de las medidas de seguridad.** A) Prescripción: interrupción por la tramitación del expediente administrativo. B) Cuantía: aplicación de los criterios de graduación de las sanciones en materia preventiva. C) Expediente administrativo: no caducidad por resolución tardía. D) Expediente administrativo: omisión del trámite de audiencia a la empresa **3. Formación preventiva. 4. Protección de los menores.**

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se compendian en esta crónica los cuatro primeros números de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, 2008, las sentencias recaídas sobre la materia preventiva. Se repiten los tópicos relativos a la vertiente reparadora del accidente de trabajo y los pronunciamientos jurisprudenciales sobre indemnización de daños y perjuicios y de recargo de prestaciones si bien con aplicación de la doctrina unificada recientemente sobre la cuantía indemnizadota y su compatibilidad con determinados conceptos homogéneos, rompiendo así con la rígida aplicación de la regla de la incompatibilidad de prestaciones en determinados supuestos. Por lo que se refiere al recargo, las sentencias analizadas insisten en cuestiones relativas al expediente administrativo y su no caducidad. Sólo dos sentencias contienen pronunciamientos de neto contenido preventivo, una sobre el tiempo destinado a la formación preventiva y, otra, al hilo del recargo de prestaciones aborda la protección de los menores.

## 1. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DAÑOS Y PERJUICIOS

### A) Cuantía indemnizatoria: compatibilidad y complementariedad de los conceptos indemnizatorios homogéneos

La **STS de 21 de enero de 2008,** I.L. J 132, resuelve en unificación de doctrina la resolución del TSJ de Castilla y León que reconoció al trabajador una indemnización complementaria aplicando la normativa reguladora de las indemnizaciones derivadas de los

accidentes de tráfico por los conceptos de días de baja y de incapacidad permanente –no así por el lucro cesante por no haberse probado–, condenando solidariamente a la empleadora del trabajador y a la empresa principal y a la compañía aseguradora de esta última. El TS aplica la doctrina de la compatibilidad de las indemnizaciones y su acumulación con el límite del enriquecimiento injusto, pero compensando todas las indemnizaciones percibidas por el mismo concepto con el límite del daño, por ello, "la compensación operará entre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, supone que las referidas prestaciones sólo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante, así como que las que se reconocen por incapacidad temporal no pueden compensar con las que se concedan por incapacidad permanente y viceversa".

Criterio que también es aplicado por la **STSJ de Cantabria de 16 de enero de 2008,** I.L. J 143 y que también aplica analógicamente el sistema de valoración del daño corporal por baremo para cuantificar las demás secuelas derivadas del accidente de trabajo.

De otra parte, la **STS de 30 de enero de 2008,** I.L. J 265, viene a casar la STSJ de Valencia de 16 de noviembre de 2006 que desestimó el recurso de suplicación por aplicación de la doctrina del TS sobre la integración de las prestaciones de Seguridad Social en el total indemnizatorio y, por consiguiente, su aminoración de la indemnización adicional a la que tuviera derecho el trabajador por las resultas del accidente de trabajo. El cambio de doctrina a partir de las SSTS de 17 de julio de 2007, matiza los efectos desfavorables que la anterior doctrina generaba sobre la compensación del trabajador al no resarcir la totalidad del daño en determinados supuestos, en particular, por aplicación analógica de los módulos del sistema de valoración de daños en los accidentes de tráfico que, sin embargo, no puede llevar a un mimetismo en el cálculo de las operaciones contenidas en aquél. De ahí que la indemnización adicional por responsabilidad empresarial culposa estará justificada en los supuestos en los que la prestación de seguridad social no sea equivalente al lucro profesional cesante, así como en aquellos supuestos de reparación de los restantes daños: corporales, morales y emergentes.

En esta línea, la **STSJ de Cantabria de 11 de febrero de 2008,** I.L. J 200, considera que el lucro cesante profesional está resarcido con las prestaciones de Seguridad Social, pero "dejan sin compensar daños corporales muy significativos y los daños morales que significan el largo proceso de baja y unas penosas limitaciones para la vida individual, familiar y social", por lo que las prestaciones de incapacidad permanente total "ni siquiera alcanzan a restablecer en su integridad el patrimonio del accidentado, a reparar íntegramente el daño" y se reconoce el derecho a una indemnización adicional por el lucro cesante derivado de las secuelas corporales y por daño moral por las secuelas físicas. También la **STSJ de Valencia de 8 de enero de 2008,** I.L. J 196, concluye que la prestación de Seguridad Social por incapacidad temporal y la mejora del 25% de prestación a cargo de la empresa no compensan los daños morales por los días que el trabajador permaneció de baja.

## 2. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

### A) Prescripción: interrupción por la tramitación del expediente administrativo

La **STS de 27 de diciembre de 2007,** I.L. J 123, resuelve la cuestión relativa a la prescripción del recargo de prestaciones por falta de medida de seguridad y da respuesta a la pretensión del recurrente que considera prescrita la prestación por haber transcurrido más de cinco años entre la fecha del hecho causante y el reconocimiento por la entidad gestora. El órgano jurisdiccional interpreta el artículo 43 de la LGSS en aquellos supuestos en los que la resolución recaiga transcurridos más de cinco años desde la producción del accidente y considera que la iniciación y subsiguiente tramitación del expediente por el INSS interrumpe la prescripción del artículo 43.1 LGSS, ya que al no operar la caducidad del expediente administrativo una vez transcurrido el plazo máximo para dictar la resolución [como tiene declarada la doctrina del Tribunal Supremo, ver *infra* letra c)], "la interrupción del plazo de cinco años que para la prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones establece el artículo 43.1 de la LGSS se prolonga –en todos los casos en que la Administración haya cumplido su deber de dictar resolución expresa– durante todo el tiempo que medie entre la incoación y la notificación de la resolución expresa que recaiga".

### B) Cuantía: aplicación de los criterios de graduación de las sanciones en materia preventiva

Por otra parte, la **STSJ de Castilla-León, de 6 de febrero de 2008,** I.L. J 206, da respuesta a distintas cuestiones planteadas en el recurso de suplicación de las que conviene reparar en la determinación del porcentaje aplicable al recargo de prestaciones. En efecto, ante la falta de criterios legales para la fijación de dicho porcentaje y para limitar "un espacio de discrecionalidad administrativa" que incurra en arbitrariedad, la sentencia sostiene la aplicación de "los criterios propios del derecho punitivo" y razona sobre la aplicación analógica de los "criterios de graduación de las sanciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales" contenidas en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, como mecanismo para reducir la señalada arbitrariedad y, además, "sirven como parámetros de legalidad en el control judicial de los actos administrativos de aplicación". Sin embargo, la propia sentencia objeta que al no tratarse de un procedimiento sancionador la propia administración o el órgano judicial no pueden estar vinculados a la tipificación de la infracción ni su gradación. De ahí que opte por atender "al modo en que se produjo el accidente o enfermedad", aunque, *obiter dicta,* insista en la concurrencia y apreciación de las circunstancias agravantes de la conducta infractora para imponer el recargo en un grado mayor o en el porcentaje máximo del 50%. En suma, por esta vía se acoge la culpa del empresario y su valoración en línea con las exigencias del artículo 123 LGSS que prevé el incremento del porcentaje del recargo "según la gravedad de la falta" del empresario infractor.

### C) Expediente administrativo: no caducidad por resolución tardía

Las **SSTS de 13 de febrero de 2008,** I.L. J 442 y **26 de mayo de 2008,** I.L. J 458, resuelven la cuestión relativa a la consecuencia derivada de la no resolución del expediente admi-

nistrativo dentro del plazo de 135 días establecidos en la normativa aplicable. A tal efecto, las sentencias traen a colación la doctrina unificada sobre la materia (entre otras, SSTS de 9 de octubre de 2006 y de 17 de abril y 5 de junio de 2007 comentadas en el número 33 de *Justicia Laboral*), para concluir la no caducidad y, en su caso, que las consecuencias derivadas del transcurso del plazo son las propias del silencio administrativo negativo: la desestimación de la solicitud, que no se da cuando el procedimiento es iniciado de oficio o cuando la resolución administrativa es tardía.

En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Baleares de 7 de marzo de 2008,** I.L. J 311 y la **STSJ de Galicia de 23 de abril de 2008,** I.L. J 317.

#### D) Expediente administrativo: omisión del trámite de audiencia a la empresa

La **STS de 9 de mayo de 2008,** I.L. J 380, resuelve en unificación de doctrina la omisión de la audiencia a la empresa durante la tramitación del expediente de recargo de prestaciones. La sentencia aborda la cuestión ya resuelta en unificación de doctrina sobre la nulidad del procedimiento por indefensión derivada de la omisión de dicho trámite tras emitirse el dictamen del EVI una vez valorada la capacidad del trabajador a efectos de su declaración en situación de incapacidad permanente. El órgano judicial considera que no se incumplen los requisitos de forma que dan lugar a la anulabilidad conforme la normativa del procedimiento administrativo (artículo 63) ya que el acto administrativo ha alcanzado su fin: "el reconocimiento de la prestación con la declaración de las responsabilidades para su abono", y tampoco ha producido "una indefensión relevante" determinante de la nulidad, puesto que "la indefensión no equivale a la propia falta de trámite de audiencia sino que ha de ser real y efectiva". Y la omisión no ha producido indefensión cuando la empresa ha tenido "en todo momento noticia de la iniciación del procedimiento y pudo personarse en el mismo y formular alegaciones".

## 3. FORMACIÓN PREVENTIVA

El reconocimiento del derecho a la compensación económica por la realización de cursos de formación preventiva está en la base del conflicto colectivo y en la resolución en casación del **TS de 12 de febrero de 2008,** I.L. J 367. Los hechos se concretan en la realización de un curso básico de seguridad por todos los trabajadores y supervisores y, singularmente, los trabajadores con contratación temporal o en proceso de ascenso, curso que se impartía fuera de la jornada de trabajo sin compensación alguna y en muchos casos los trabajadores se veían forzados a recibirlos, aunque con posterioridad se pactó la realización parcial durante la jornada de trabajo. La sentencia de instancia considera que la formación recibida encaja en el artículo 14.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y aplica las consecuencias previstas en el artículo 19.2 de dicha norma, de modo que deben compensarse las horas de formación con la libranza de horas de tra-

bajo. La STS desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida y lo hace acudiendo a otros pronunciamientos para los que ha aplicado analógicamente el artículo 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, como los cursos obligatorios contenidos en el Reglamento de Seguridad Privada o a las consideraciones efectuadas en otra sentencia de 26 de junio de 2003 que enjuició la obligatoriedad de acudir a los cursos de formación fuera de la jornada laboral, obligación establecida en el convenio colectivo de Iberia. El TS razona en esta última sentencia sobre el principio de la división entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso contenido en el Estatuto de los Trabajadores para afirmar la pertenencia exclusiva al trabajador de su tiempo de descanso, de forma que "el tiempo máximo de puesta a disposición que el empleador puede exigir al trabajador, con la consiguiente subordinación a sus poderes directivos y disciplinarios de aquél, coincide con el de la jornada pactada en los convenios colectivos o en el contrato de trabajo (artículo 34.1, párrafo primero). Fuera de ella el empleador no puede requerirle la realización de su prestación profesional, ni puede desplegar sobre él su poder disciplinario".

## 4. PROTECCIÓN DE LOS MENORES

Interesante resulta la fundamentación jurídica de la **STSJ de Cataluña de 14 de marzo de 2008,** I.L. J 493, en orden al singular carácter protector que la normativa preventiva tiene para los trabajadores menores. Como consecuencia de la imposición del recargo de prestaciones por un accidente sufrido por un trabajador de dieciséis años, aprendiz de carpintería, cuando trabajaba la madera con una máquina que le amputó la primera falange del dedo índice. Según los hechos probados, el trabajador pasaba unos listones en la máquina que disponía de un resguardo regulable en función de la pieza, pero que el trabajador no ajustó a la anchura de los listones, dejando al descubierto parte de las cuchillas que seccionaron el dedo al pasarlo por la cuchilla, además, el trabajador se encontraba solo cuando realizaba esta operación. Por otra parte, según la empresa recurrente constituye una operación básica y ordinaria en el ámbito del oficio de carpintero.

La sentencia parte de la singular protección que dispensa la normativa comunitaria (Directiva 89/391/CEE) a los grupos expuestos a riesgos especiales entre los que se incluyen a los menores y para los que se contiene la prohibición en determinadas trabajos (Directiva 94/33/CEE), aunque se admiten excepciones cuando sean imprescindibles para su formación profesional pero con la debida vigilancia por persona competente. Pone, igualmente, de manifiesto cómo las prohibiciones están recogidas en el vigente Decreto de 26 de julio de 1957 y en el artículo 7.2 de la Directiva 94/33/CEE, así como la protección dispensada por el artículo 27 de la Ley de Prevención de Riegos Laborales a los menores para señalar los deberes que tiene el empresario en relación con los menores. La sentencia rechaza la relevancia de la tarea encomendada al aprendiz y su carácter básico y ordinario en el ámbito de su profesión y enfatiza en "la especial exposición al riesgo motivada por la corta edad del trabajador, su inexperiencia laboral y su inexperiencia en el puesto" ya que no existe una equivalencia en la protección o "nivel de seguridad" por aplicación del artículo 27 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, ruptura que el Tribunal la extiende también a la propia conducta de la víctima: "no puede equipararse

la posible negligencia de un menor con la de un mayor de edad para equilibrar las culpas en la causación el accidente" (teoría de la compensación de culpas).

José Luis Goñi Sein
Margarita Apilluelo Martin
Manuel González Labrada
Elisa Sierra Hernáiz

# Notas bibliográficas
(Libros y Revistas)

## D. MONTOYA MEDINA

### La Extinción del Contrato de Trabajo del Alto Directivo

[Editorial Aranzadi, 1ª ed., Pamplona, 2008, 198 páginas]

MARTA MORENO MARCOS

La presente obra aborda un tema de especial interés para la doctrina iuslaboralista como es el tratamiento jurídico de la extinción del contrato de trabajo del alto directivo.

El Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección es abordado analíticamente a partir de los preceptos que dicho Real Decreto dedica a la extinción del contrato de alta dirección. Tomando como piedra angular el gran protagonismo que otorga el contrato de alta dirección a la autonomía de la voluntad, el autor opta por sistematizar el estudio de dicho régimen jurídico agrupando las diferentes causas de extinción según la disposición legislativa de la que emanan. Sistemática, por otro lado, que ha permitido al profesor MONTOYA poner en evidencia, capítulo a capítulo, las distintas contradicciones que surgen en la aplicación de dicho régimen extintivo especial cuando se pone en relación con las normas del Estatuto de los Trabajadores o de la Ley Concursal.

El libro consta de cinco capítulos. En el primero de ellos, a modo de introducción, se ponen de relieve las particularidades del régimen jurídico de la extinción del contrato del alto directivo.

Sigue el segundo capítulo con el estudio pormenorizado de las diferentes causas de extinción reguladas en el Real Decreto 1382/1985 entre las que se distinguen las atribuibles a la voluntad del empresario y las debidas a la voluntad del alto directivo.

De entre las primeras, la obra analiza el desistimiento del empresario regulado en el artículo 11 del RDPAD, poniendo de relieve la importancia que en su redacción se da a la autonomía de la libertad para poner fin a la relación obligacional. Principio de autonomía de la libertad que, por lo general, hace de la causa en este caso concreto un elemento jurídicamente irrelevante para rescindir el contrato de alta dirección y cuyo ejercicio se podría encontrar condicionado por el derecho a la no discriminación y el obligado respeto a los derechos fundamentales del trabajador reconocidos en la CE. Junto a ello, el profesor MONTOYA analiza los problemas que plantea la posible confluencia del desistimiento con el despido disciplinario del alto directivo, cuestionando la existencia de un fraude de ley en aquellos casos en que el empresario recurre al llamado "desistimiento simulado" como figura extintiva alternativa al despido. Cierran el tratamiento del desistimiento los aspectos relativos a sus presupuestos formales (comunicación escrita y preaviso), los relacionados con sus efectos (la extinción del contrato y el pago de la indemnización) y los atinentes a su eventual impugnación judicial.

En cuanto al despido disciplinario fundamentado en un incumplimiento grave y culpable del alto directivo, el autor subraya los problemas que plantean las singularidades que establece la regulación del RDPAD frente al régimen común dispuesto por el ET. Llama especialmente la atención del autor el notable protagonismo del mutuo acuerdo de las partes en la regulación de los efectos aparejados a la declaración de improcedencia o

nulidad del despido. Singularidades que afectan, entre otros aspectos, al derecho de opción entre la readmisión o el pago de la indemnización, así como al cálculo de ésta y de los salarios de tramitación.

Por lo que se refiere a la regulación reglamentaria de las causas de extinción debidas a la voluntad del alto directivo el autor distingue entre dos tipos de extinción: la dimisión del artículo 8.2 RDPAD y la extinción indemnizada del artículo 10.3 RDPAD.

Como ya es sabido, la dimisión o desistimiento del alto directivo no necesita de una justa causa siendo únicamente necesaria una comunicación (expresa o tácita) de tal voluntad con el preaviso que enuncia el artículo 10.1 del RDPAD, esto es, de entre 3 a 6 meses que de ser incumplido daría origen a una indemnización para el empresario. En este punto, y en cuanto a los pactos de permanencia en la empresa es interesante la llamada de atención que realiza el autor hacia los múltiples defectos y carencias que evidencia la norma reglamentaria, entre ellas, el no establecimiento en el artículo 8.2 RDPAD de la forma escrita del pacto y la no previsión de un período máximo de permanencia, deficiencias cuya subsanación se propone *de lege ferenda*.

En cuanto a la posibilidad de la extinción indemnizada prevista en el artículo 10.3 RDPAD, el autor pone de relieve las similitudes y divergencias del precepto con la regulación del artículo 50 del ET, en torno a la extinción causal del contrato por voluntad del trabajador.

En lo que se refiere al procedimiento a seguir, el autor advierte que la extinción indemnizada no es un derecho autónomo del alto directivo ya que las causas tienen que ser valoradas por el juez. Por otra parte, se critica también el hecho de que la indemnización prevista para los supuestos extintivos contemplados en las letras a) b) y c) del artículo 10.3 RDPA, en defecto de pacto, sea la misma que para la señalada en el caso de desistimiento del empresario ya que, a juicio del autor, para dichos supuestos hubiese sido más apropiada la indemnización del despido disciplinario.

En el tercer capítulo se aborda el análisis de las causas de extinción previstas en el Estatuto de los Trabajadores y aplicables en la relación especial de alta dirección en virtud de la remisión en bloque que realiza el artículo 12 del RDPAD al artículo 49 ET. Es por ello que el autor realiza un análisis de la funcionalidad de los diversos supuestos de extinción del artículo 49 ET, a la luz de las particularidades que caracterizan la relación especial de alta dirección.

En el cuarto capítulo se realiza un estudio sobre la extinción del contrato del alto directivo durante la tramitación del concurso a raíz de los novedosos supuestos introducidos por el artículo 65 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En este sentido, es interesante el análisis que se realiza en la obra sobre el alcance de la facultad de la administración concursal para extinguir los contratos de alta dirección y del derecho especial de dimisión del alto directivo previsto en el artículo 65.2 LC. Asimismo, se analizan críticamente las facultades que el artículo 65.3 y 4 LC atribuyen al juez del concurso para moderar la cuantía de la indemnización y para aplazar su abono definitivo. Por último, el autor aborda también en este capítulo el tema de la revisión judicial de la extinción y de la suspensión del contrato de alta dirección que, como es sabido, pueden ser impugnadas dentro del concurso aunque, como indica el autor, con un alcance limitado.

En el quinto y último capítulo se efectúa un análisis singular de los principales efectos que se derivan de la extinción del contrato de alta dirección que son el pago de la indemnización y la eventual reanudación de una previa relación laboral común u ordinaria. En primer lugar y en cuanto al pago de la indemnización el profesor MONTOYA pone otra vez de relieve el singular papel que desempeña la autonomía de la voluntad que puede verse no obstante constreñido por diversas limitaciones cuyo alcance ha sido objeto de detenido análisis en la obra. Termina el autor el capítulo analizando la posible reanudación de una previa relación laboral común u ordinaria, hasta entonces suspendida durante la vigencia de la relación especial. Para ello, el autor efectúa un nuevo *excursus* sobre los distintos supuestos

de extinción del contrato de alta dirección, razonando en torno a cuál de ellos puede traer consigo esa "revitalización" de la relación laboral ordinaria.

En suma, en esta monografía se pone en evidencia, de manera clara y sistemática, la multitud de cuestiones y dudas interpretativas que suscita el vigente régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo de alta dirección. Además, el autor ofrece sugerentes propuestas *de lege ferenda*, encaminadas a corregir las principales deficiencias técnicas que actualmente caracterizan dicha reglamentación jurídica. De aquí que pueda afirmarse que el presente ensayo doctrinal constituye un interesante instrumento para la reflexión de un tema, considerado por muchos como clásico del Derecho del Trabajo, pero sin duda afecto por los permanentes cambios de la realidad socioeconómica. Se trata de un estudio sistemático, completo y actualizado sobre el régimen jurídico de la extinción del contrato de alta dirección, con muy interesantes y útiles aportaciones, no sólo para los dogmáticos del Derecho, sino también para los operadores jurídicos y sociales que pretendan profundizar y mejorar su conocimiento sobre este tema.

## LEX NOVA

### Código laboral

[Lex Nova, Valladolid, septiembre 2008, 710 páginas]

LEX NOVA

Este Código Laboral forma parte de la colección "Normas Fundamentales", donde Lex Nova pone a disposición de estudiantes y profesionales del Derecho las principales normas del ordenamiento jurídico como nunca antes se había realizado.

Este título es un texto anotado y concordado de una selección de la normativa más relevante relacionada con el ámbito laboral, acompañado de índices sistemáticos y analíticos que permiten una fácil localización de cualquier norma o concepto jurídico de interés para el usuario.

La adquisición de esta obra conlleva múltiples ventajas, entre ellas, la posibilidad de acceder, a través de la página www.lexnova.es, a toda la normativa vigente y consolidada contenida en este Código así como a otras normas, también actualizadas y consolidadas, no incluidas.

Además, se pone a disposición del adquirente la posibilidad de actualizar todas las normas de la obra, en un formato imprimible con la finalidad de asegurar en todo momento la puesta al día del Código, lo que constituye una importante herramienta tanto para juristas como para estudiosos de la materia.

La compra de cualquier Código de la colección implica, a su vez, el acceso a nuestro servicio de notificaciones de modificaciones normativas, por correo electrónico, y la descarga de cuatro documentos: convenios, sentencias, formularios, modelos, etc., de los principales sectores de nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, se permite acceder de forma ilimitada al servicio de ayudas y subvenciones, y a otros servicios "on line" (artículos, documentos, supuestos prácticos, proyectos de ley, calendarios laborales, datos del IPC, etc.)

Finalmente, y de forma totalmente gratuita, también podrá suscribirse a nuestra Gazeta; boletín electrónico de información semanal para que sea el primero en conocer lo último.

## F. JAVIER LLANEZA ÁLVAREZ

### Ergonomía y psicosociología aplicada. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, 11ª ed., Valladolid, agosto 2008 568 páginas]

LEX NOVA

Con la presente monografía, que ya alcanza su undécima 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 prevencionistas 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 Psicosociología 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.

Ya la décima edición de este manual para la formación de especialistas aportó una versión más didáctica que las anteriores, puesto que, junto a la explicación teórica de esta temática, se incorporaron 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 undécima edición.

F. **MENÉNDEZ DÍEZ**

**Higiene industrial. Manual para la formación del especialista**

[Lex Nova, 8ª ed., Valladolid, septiembre 2008, 636 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que ya alcanza su octava edición, representa una trabajada obra técnica, pionera en su género, que nos proporcio-

na una explicación práctica de los supuestos tipificados en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

MENÉNDEZ DÍEZ (cuyo quehacer académico en la materia es sobradamente conocido) aporta claridad de ideas a un ámbito tan complejo y de tan reciente eclosión como es la higiene industrial, con el único fin de alcanzar una mayor y más completa profesionalización del especialista. Esto lo lleva a cabo teniendo en cuenta la prácticamente nula conciencia social que sobre esta realidad ha habido hasta hace unos pocos años.

A lo largo de quince capítulos, este manual constituye una útil herramienta científica con el solo objeto de evitar, en la medida de lo posible, todo ese sinfín de experiencias negativas –a menudo con trágicos resultados– que se producen en el transcurso del desempeño de la profesión u oficio. Cada uno de los apartados en los que se desglosa el libro está íntegramente dedicado a un riesgo laboral en particular, examinando meticulosamente cualquier peligro, por pequeño e improbable que parezca, susceptible de producir un perjuicio para el trabajador. Dentro de este amplio abanico, se estudian desde los riesgos toxicológicos hasta los de última generación –como son los referentes a la telefonía móvil–, pasando por los medioambientales, químicos, acústicos, biológicos o aquellos ocasionados por cualquier otro agente externo (vibraciones, iluminación, radiaciones, etc.)

Merece destacarse el perfecto modelo expositivo que ha seguido el autor en el desarrollo de la obra, ya que sus coherentes explicaciones se ven constantemente acompañadas de ejemplos, esquemas, gráficos, dibujos y fórmulas que facilitan, aun más si cabe, el entendimiento y la comprensión de los distintos supuestos contenidos en ella.

Todo el análisis que aquí se realiza pone de relieve que la seguridad y salud en el trabajo se ha erigido en uno de los fines constitucionales de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, no recayendo tan sólo sobre la responsabilidad del trabajador sino también sobre todas y cada una de las esferas sociales y consiguientes administraciones.

Estamos, pues, ante el instrumento adecuado para ser utilizado por todos aquellos técnicos en prevención que pretendan obtener la especialización en el área tratada, suponiendo, también, una guía orientada hacia el empleador o empresario acerca de la adecuación de su estructura profesional a los nuevos procesos industriales y crecientes exigencias del avance tecnológico de cara a la consecución de todos los fines preventivos.

En definitiva, ya el mero hecho de que sea ésta su octava edición pone de manifiesto que nos encontramos ante un manual de una gran calidad práctica y muy valorado por los interesados, ya que viene a aportar una visión crítica y profunda de este campo tan relevante en el presente mundo laboral.

## Mª. DOLORES VALDUEZA BLANCO

### El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España

[Lex Nova, Valladolid, noviembre 2008, 438 páginas]

LEX NOVA

En los últimos años se ha venido generando una proliferación normativa, doctrinal y jurisprudencial relacionada con el acceso al empleo de los extranjeros, el tratamiento de las situaciones de irregularidad, los procesos de normalización, etc., consecuencia de la nueva realidad de la que participa España que, en un breve período de tiempo, ha pasado de ser una sociedad que emigraba a ser receptora de una gran variedad de nacionales de otros países que están configurando una nueva comunidad, de carácter multicultural, con un elevado porcentaje de residentes con cierta permanencia.

Esta nueva realidad venía exigiendo un análisis integral, didáctico y ordenado para es-

clarecer cuál es nuestro modelo migratorio actual, lo que se ha logrado en esta magnífica obra gracias a Mª. Dolores VALDUEZA BLANCO (Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid) quien ha sabido aunar tanto el enfoque teórico como práctico de la materia desde un punto de vista jurídico que, sin embargo, tampoco excluye las inevitables referencias a otras disciplinas usando así, de una forma brillante, tanto referencias políticas, sociológicas, económicas y estadísticas, siempre con una finalidad fundamentalmente laboral.

Estamos, en consecuencia, ante un estudio correcto y completo para la comprensión del mundo actual que aborda a lo largo de sus cinco capítulos todo el ciclo migratorio, desde su inicio, con un análisis de la globalización incompleta como causa actual de los movimientos migratorios laborales, al desarrollo, delimitando el concepto de "no nacional", la estratificación, el acceso al empleo así como un planteamiento genérico de todos los derechos sociolaborales. Para terminar, como sólo se podía esperar en una obra de semejante envergadura, la monografía estudia las posibles situaciones de finalización del proceso migratorio y las posibles repercusiones de las salidas obligatorias de los trabajadores extranjeros y el tratamiento que de ellas hacen los órganos judiciales en consonancia con la realidad social.

Concluye el inimitable camino seguido por la Doctora VALDUEZA con dos prácticos anexos dedicados a una completa selección normativa y bibliográfica para un posible mejor estudio y comprensión, si cabe.

En definitiva, todo profesional relacionado con el mundo tanto del Derecho de la Extranjería como del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social encontrará en este libro las necesarias respuestas al tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España.

## 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.*** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. El Comité podrá requerir el informe de evaluadores externos, si lo considerara necesario. 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.