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. 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 35** AGOSTO 2008

Sumario:

EDITORIAL:

[5] **La consolidación por el Tribunal Constitucional del principio de nulidad objetiva de los despidos durante el embarazo aunque la empresa ignore el estado de la trabajadora**
IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

[13] **La regulación de la incapacidad temporal y de la incapacidad permanente en la Ley 40/2007 de medidas en materia de Seguridad Social**
JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE

[33] **La situación legal de desempleo con causa en la suspensión del contrato**
LAURA MORA CABELLO DE ALBA

[55] **La protección de la familia en la Seguridad Social francesa. Un modelo para el sistema español**
EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[69] I. FUENTES DEL DERECHO
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

[93] II. TRABAJADOR
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

[115] III. EMPRESARIO
JESÚS CRUZ VILLALÓN

[133] IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

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

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

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

[193] VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA
JAVIER GÁRATE CASTRO

[199] IX. SEGURIDAD SOCIAL
JULIA LÓPEZ LÓPEZ

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

[227] XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

[239] XII. EL PROCESO LABORAL
LOURDES MARTÍN FLÓREZ

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

[259] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

LA CONSOLIDACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE NULIDAD OBJETIVA DE LOS DESPIDOS DURANTE EL EMBARAZO AUNQUE LA EMPRESA IGNORE EL ESTADO DE LA TRABAJADORA

Como ha señalado con indudable claridad la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, "el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella 'perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros', en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos".

La igualdad entre hombre y mujer es tarea que exige un permanente compromiso, que se acentúa si es la maternidad lo que está en juego. La misma es carga exclusiva del sexo femenino, puesto que deriva de una diferencia sexual no trasladable al hombre, que no puede encontrarse nunca en tal situación. No sorprende, por ello, el compromiso del Tribunal Constitucional que, una vez tras otra, ha sancionado como vulneradores del artículo 14 CE todos aquellos comportamientos empresariales en los que la relación laboral se veía afectada por dicha condición. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, para ponderar las exigencias que el artículo 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre (SSTC 109/1993 y 3/2007). De hecho, el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras constituye probablemente el problema más importante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas (referidos al número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia, a diferencia de los varones) e, incluso, la propia reiteración

con que problemas de esta naturaleza han debido de ser abordados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha mostrado desde antiguo una particular sensibilidad hacia estas situaciones, actuando de forma rotunda frente a aquellos comportamientos empresariales que estén fundamentados en un trato diferencial basado en este hecho. Ello ha llevado a nuestro Tribunal Constitucional a no dudar en calificar como discriminatorias actuaciones empresariales arbitrarias, tales como las resoluciones contractuales en período de prueba por considerarse que la facultad resolutoria del empresario durante el período de prueba no es ilimitada, su ejercicio no puede entrañar infracción de derechos constitucionales (STC 94/1984 y 166/1988); las derivadas de la no renovación de un contrato temporal a una trabajadora embarazada (STC 134/1996 y 175/2005). A ellos se han añadido supuestos como el del caso de la suspensión del contrato de trabajo a una piloto embarazada, sin derecho a contraprestación salarial, en tanto que se encontraba imposibilitada para desempeñar sus funciones como piloto y no se le podía ofrecer un puesto distinto por falta de vacantes (STC 161/2004); el cese en un puesto de libre designación (Secretaria del Consejero de Presidencia de la Comunidad Autónoma de Madrid) por embarazo (STC 98/2003), que han sido, igualmente, consideradas actuaciones discriminatorias por razón de sexo. Asimismo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el tema del derecho de los funcionarios interinos a disfrutar de la excedencia para el cuidado de hijos y del permiso de maternidad (STC 240/1999, 203/2000 y 20/2001).

De especial importancia son, también, pronunciamientos como el resuelto en la STC 182/2005, que ha considerado igualmente discriminatoria la postergación profesional de una trabajadora a causa de sus embarazos y maternidades. La Sala considera que de la valoración de la realidad fáctica subyacente se deduce "inequívocamente" que los sucesivos embarazos y consiguientes maternidades de la demandante motivaron la no asignación de las tareas jurídicas de mayor entidad, el perjuicio derivado en la promoción económica y el cambio final de puesto de trabajo a un departamento distinto al de origen, caracterizado por carecer de contenido jurídico o por la menor entidad del trabajo de esta naturaleza, lo que ha supuesto una evidente discriminación para la trabajadora demandante de amparo. Dice la Sentencia comentada que, en el presente caso, "no se trata, en consecuencia, de que la recurrente haya ofrecido un panorama indiciario de la lesión que aduce, sino que se ha acreditado plenamente una conexión causal entre los hechos denunciados y el motivo jurídicamente relevante que los fundamentó (la triple maternidad)".

Tanto de la normativa internacional –artículo 5.d) del Convenio núm. 158 de la OIT; Convenio núm. 103 de la OIT que reputa ilegal que por y durante tal ausencia al trabajo el empleador comunique a la mujer su despido (artículo 6); análogas previsiones contempla el artículo 4 del Convenio núm. 3; artículo 4.1 de la Recomendación núm. 95, también de la OIT, o la Declaración de 1975 sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, insiste en que la mujer encinta estará protegida contra todo despido

por razón de su condición durante todo el período de embarazo (artículo 8.1)–, como del ordenamiento comunitario, se desprende que la extinción causal del contrato de trabajo de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo. La propia Directiva 92/1985/CEE estableció la prohibición de despedir a la trabajadora embarazada que haya comunicado su estado al empresario, durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones o las prácticas nacionales (artículo 10.1). Este último precepto ha sido transpuesto al derecho español por el artículo 55.5. ET a cuyo tenor: "Será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador. Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: (...); b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la fecha del comienzo del período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad".

Es precisamente el contenido de esta última exigencia la cuestión que ha servido para que el Tribunal Constitucional haya dado un paso de enorme importancia hacia la plena igualdad entre hombres y mujeres en el mundo laboral. La cuestión que plantea es, precisamente, la interpretación que deba darse al artículo 55.5.b) ET (redacción de la Ley 39/1999) en los supuestos de despido de mujeres embarazadas. Más concretamente, se trata de determinar si es necesario o no, para que el despido pueda y deba ser calificado como nulo, el conocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario.

La cuestión fue resuelta, de forma ciertamente cuestionable como se ha ocupado de precisar ahora el Tribunal Constitucional, por las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2006 (recurso 387 y 1452/2005). Los citados pronunciamientos señalaron que de las dos posibles opciones de interpretación del artículo 55.5.b) ET —exigencia o no como elemento del supuesto de hecho de la norma del conocimiento por parte del empresario de la situación de embarazo— la Sala se inclinaba por el primer término de la alternativa. Varias eran las razones que se utilizaban para fundamentar dicha decisión.

El Tribunal Supremo indicaba, en primer lugar, que "el despido nulo de la mujer embarazada como un supuesto de despido con móvil discriminatorio está expresamente declarada en la exposición de motivos de la citada Ley" en un pasaje que dice literalmente así: "El último artículo del Capítulo I prevé las modificaciones que han de realizarse en el Estatuto de los Trabajadores relativas a la extinción del contrato de trabajo. Para ello se declara expresamente nula (en la nueva redacción del artículo 55.5 ET) la decisión extintiva o el despido motivado, entre otros, por el embarazo". Parece claro, concluía, que "el presupuesto de que un despido sea 'motivado' por el embarazo de una trabajadora es el conocimiento por parte del empresario que despide de dicho estado de gestación. Siendo ello así, la tesis de la 'nulidad objetiva' del despido por embarazo, que por hipótesis prescinde del móvil de la decisión extintiva, no se ajusta a la finalidad de la norma expresa e inequívocamente formulada en la parte expositiva de la Ley". A ello añadía que "la configuración del despido nulo de la mujer embarazada como un supuesto especial de 'despido discriminatorio' conduce, por tanto, a una construcción sistemática del artículo 55.5 ET como norma dedicada en su integridad al despido nulo por lesión de derechos

fundamentales. El párrafo inicial contiene la regla general en la materia, mientras que los párrafos incluidos en las letras a) y b) especifican y modalizan la regla general en supuestos de despidos discriminatorios en los que se establece un régimen de prueba de la discriminación particularmente favorable a la trabajadora".

Un segundo argumento utilizado por el Tribunal Supremo se sustentaba en razones de "seguridad jurídica". El Tribunal iniciaba aquí un curioso diálogo con el voto particular que acompañaba al citado pronunciamiento y que, como es fácil colegir, afirmaba que la calificación de nulidad es automática, de forma que actúa exista o no acreditación de indicios de discriminación. La mayoría del Tribunal sostenía que "el principal ingrediente de la seguridad jurídica es la certeza (DRAE: "conocimiento seguro y claro de algo") del derecho. Pues bien, la certeza del derecho se sacrifica en la tesis de la nulidad objetiva más allá de lo que parece razonable e inevitable en la vida jurídica, en cuanto que la calificación de nulidad del despido, reservada a conductas empresariales merecedoras de un reproche especialmente severo, se hace depender en los supuestos de despido de mujeres en edad de procrear del dato totalmente azaroso del estado de gestación, imposible de conocer durante un cierto tiempo incluso por la propia mujer embarazada. Éste es el caso, por cierto, en el recurso que debemos resolver ahora, donde la trabajadora despedida no tenía constancia médica de su estado de embarazo, acreditado según el relato fáctico por prueba posterior al despido".

El Tribunal Supremo presuponía una decisión futura del Tribunal Constitucional en el sentido del defendido por la mayoría de la Sala. Presuposición que el tiempo ha demostrado infundada. Decía la Sala que "aunque el Tribunal Constitucional no se haya pronunciado sobre el alcance del precepto legal que debemos aplicar en esta sentencia (seguramente por diversas razones, cronológicas unas, y de competencia jurisdiccional otras), lo cierto es que la jurisprudencia constitucional sí ha tenido ocasión de resolver sobre la discriminación por embarazo a la luz del artículo 14 CE. En estos supuestos litigiosos, el intérprete supremo de la Constitución ha venido entendiendo, en la misma línea que se adopta en este sentencia, que el conocimiento empresarial de la gestación es requisito constitutivo de la conducta discriminatoria (STC 41/2002 y 17/2003).

Finalmente, la Sala utilizaba una razón adicional en favor de la decisión adoptada, combinando un argumento de interpretación histórica con un argumento de interpretación conforme a Derecho Comunitario. De acuerdo con las premisas que proporcionaban los artículos 2 y 10 de la Directiva 92/1985, concluía el Tribunal Supremo que, "de acuerdo con estas premisas normativas, y en contra de lo que se ha insinuado en algunas resoluciones jurisdiccionales, la jurisprudencia comunitaria no ha declarado inexigible el requisito en cuestión. No lo hacen, desde luego, las sentencias que se suelen citar a tal propósito, que son las dictadas en los asuntos TeleDanmarck (en ella la embarazada había comunicado a la empresa el estado de embarazo antes de que se produjera el despido) y Jiménez Melgar (en ella no se resuelve sobre despido sino sobre no renovación discriminatoria de contrato temporal), ambas de 4 de octubre de 2001. Y tampoco lo ha hecho más recientemente la sentencia dictada en el asunto Busch (donde se enjuicia no

un despido sino una reincorporación anticipada al trabajo de trabajadora embarazada que disfrutaba 'permiso de crianza'), de fecha 27 de febrero de 2003". En suma, concluía, la exigencia de que el empresario conozca el embarazo para que se pueda calificar como nulo el despido de la mujer embarazada, aparte de ser consustancial a la caracterización de este supuesto particular como despido discriminatorio, no desvirtúa en absoluto la eficacia protectora del artículo 55.5.b) ET. Este precepto, se decía, "proporciona a las mujeres en estado de gestación una ventaja procesal muy poderosa para la defensa de su puesto de trabajo, que es la presunción legal *iuris et de iure* (artículo 385.3 LEC) del móvil discriminatorio".

Como señalábamos con anterioridad, la citada sentencia contaba con un muy fundado voto particular. En el mismo se indicaba, entre otros razonamientos, que "dentro de esta superior garantía que el legislador español previó para las mujeres embarazadas se halla la supresión que el legislador español haya hecho de la exigencia contenida en el artículo 2 de la Directiva 1992/85, pues mientras en ésta se considera mujer embarazada a la que haya comunicado su embarazo al empresario, ningún condicionante de tal naturaleza ha recogido el legislador español como bien pudiera haber hecho si hubiera querido transcribir en su literalidad la norma comunitaria. Ello aparte de que cualquier exigencia de esta naturaleza podrá ser calificada de atentatoria contra la dignidad de la mujer embarazada e incluso contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional que en ningún momento ha exigido esa comunicación (por todas SSTC 41/2002 y 17/2003)". Por todo ello, consideraban los firmantes del voto particular "en definitiva, que la protección dada por el legislador español a la mujer embarazada frente a cualquier despido lo ha hecho, como antes se dijo, con independencia del conocimiento que el empresario pudiera tener de aquella situación, y sobre la mera circunstancia de constatar la existencia de un embarazo en la fecha del despido, evitando con ello exigencias probatorias sobre el conocimiento empresarial de tal hecho, y tratando de conseguir que cualquier mujer trabajadora pueda conciliar su derecho personal a quedarse embarazada con el derecho a mantener su puesto de trabajo".

La reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de julio de 2008 recoge los argumentos del citado voto particular y procede a sentar la interpretación constitucional de esta cuestión, pues, como la misma señala, tal decisión se adopta: "en el ejercicio de la función constitucional que le es propia, a este Tribunal corresponde interpretar la constitucionalidad de la ley en todo tipo de procesos de que conoce, juicio de constitucionalidad, que, con autoridad suprema, le está reservado, al igual que la delimitación de su propia jurisdicción y la fijación de los límites entre la constitucionalidad y la legalidad".

Señala así el Tribunal Constitucional, en primer lugar, que "nada en el artículo 55.5.b) ET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Antes al contrario, todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (artículo 3.1 CC) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar

que, como sostienen la demandante y el Ministerio Fiscal, la nulidad del despido tiene en el artículo 55.5.b) un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo".

Continúa el Tribunal señalando que el artículo 55.5 LET no contempla "requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva comunitaria), ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo". De modo que "tanto el sentido propio de las palabras, al enunciar un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero, al no contemplar otra excepción o condición a la declaración de nulidad que la procedencia del despido (ni siquiera la acreditación de una causa real, suficiente y seria, no discriminatoria, aún improcedente) y al delimitar el ámbito temporal de la garantía por referencia a 'la fecha de inicio del embarazo' (ni siquiera a la fecha en que el embarazo sea conocido por la propia trabajadora, menos aún por el empresario), como la interpretación contextual del precepto en su relación con el párrafo primero –inmodificado– del mismo y la referida a la necesaria finalidad de innovación del ordenamiento jurídico que debe perseguir toda reforma legal, conducen a una interpretación del precepto como configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación".

Frente al argumento en algún momento utilizado por la Sentencia del Tribunal Supremo de que la Directiva comunitaria preveía expresamente la necesidad de comunicación del estado de embarazo, el Tribunal Constitucional considera que "antes al contrario, es manifiesto el apartamiento por el legislador nacional del texto de la Directiva en este aspecto concreto, cuya transposición omite íntegramente, advirtiéndose en la propia exposición de motivos que la transposición se efectúa 'superando los niveles mínimos de protección' previstos en la Directiva. Es cierto que la propia exposición de motivos, al explicar la medida, hace referencia al 'despido motivado' por razón de embarazo, pero dichos términos no imponen necesariamente una conclusión contraria a la obtenida. Es evidente que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios, los despidos 'motivados' por razón de embarazo, lo que constituye, como decíamos, uno de los principales desafíos a los que ha de hacer frente el derecho a la no discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales, y es lógico que así lo resalte el texto en el que se exponen los motivos de la norma. Pero que sea esa la finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre".

Se configura así por el legislador un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional y que el Tribunal Constitucional asienta en los siguientes claros y contundentes

argumentos: "En primer lugar desde la perspectiva prioritaria del derecho a la no discriminación por razón de sexo, que se ve reforzado al dispensar a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental, como lo ponen de manifiesto no sólo los diferentes recursos analizados por este Tribunal en los que, de una u otra forma, ha sido ésta la cuestión controvertida, sino la propia Sentencia de instancia dictada en este procedimiento, suficientemente expresiva de la dificultad probatoria al considerar finalmente no acreditado que la empresa tuviera conocimiento del embarazo de la trabajadora en la fecha del despido pese a afirmar que 'es lógico suponer' que sí lo tuviera. Se exime con ello, además, de la necesidad de demostrar el conocimiento por un tercero de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, fuera del conocimiento de los demás y, en particular, de la empresa, por múltiples razones, incluida la del deseo de preservar un puesto de trabajo que puede entender amenazado como consecuencia del embarazo. Exonerar de esta prueba del conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa, sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí, constituye, sin duda, una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido de la trabajadora embarazada, al tiempo que plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE). Del mismo modo que, por definición, constituye también un reforzamiento de las restantes finalidades constitucionales a las que sirve la medida no directamente relacionadas con la tutela antidiscriminatoria, ya sean éstas las relacionadas con la protección de su salud y seguridad a las que alude la Directiva comunitaria, ya sean las referidas a la protección de la familia y de los hijos, amparando la libre determinación de la trabajadora en favor de su maternidad con una 'garantía de indemnidad' reforzada".

La sentencia del Tribunal Constitucional constituye un paso importante en el diseño de un modelo avanzado de tutela antidiscriminatoria. Quedan fuera de este diseño, como el máximo garante de los derechos fundamentales y libertades públicas pone de manifiesto en la sentencia anotada, las meras consideraciones de legalidad ordinaria que se limitan a valorar juicios de interés que se apartan radicalmente de los valores y principios constitucionalmente tutelados.

Ignacio García-Perrote Escartín
Jesús R. Mercader Uguina

La regulación de la incapacidad temporal y de la incapacidad permanente en la Ley 40/2007 de medidas en materia de Seguridad Social

JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE

Doctor en Derecho. Magistrado especialista del orden social, destinado en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón

Resumen

LA REGULACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE EN LA LEY 40/2007 DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

La Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, ha supuesto una reforma en profundidad de cuestiones críticas de las prestaciones de incapacidad temporal y permanente. En cuanto a la primera, ha intentado acabar con la situación de incapacidad temporal sin prestación económica, en la que el trabajador se encuentra de baja laboral (sin percibir salario) pero tampoco percibe el subsidio económico por incapacidad temporal, lo que le causa una desprotección: el trabajador está de baja médica (por el Servicio Público de Salud) y no está de baja médica (por el INSS o el Instituto Social de la Marina) a la vez. Para evitar esta discrepancia, regula un novedoso "procedimiento de disconformidad", si bien la vigente regulación del artículo 131 bis de la LGSS obliga a concluir que la citada problemática susbsiste. En cuanto a la pensión de incapacidad permanente, se evitan situaciones de desprotección de trabajadores menores de 31 años, al disminuir la carencia exigida; el importe de la pensión se calcula en función de la carrera de seguro del pensionista; y la pensión de invalidez se desvincula del importe de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente absoluta.

Abstract

THE REGULATION OF THE TEMPORARY DISABILITY AND OF THE PERMANENT DISABILITY IN THE LAW 40/2007 ON MEASURES IN MATTER OF SOCIAL SECURITY

The Law 40/2007, on measures in the matter of Social security, has supposed a deeply reformation of critical questions about the assistances of temporary and permanent disability. Regarding to the first one, it has tried to finish with the situation of temporary disability without economic assistance, in which the worker is off sick (without perceiving wage) but neither it perceives the economic subsidy for temporary disability, what lets him unprotected: the worker is off sick (for the Public Service of Health) but he is not off sick (for the INSS or the Navy's Social Institute) at the same time. To avoid this discrepancy, it regulates a novel "procedure of unconformity", although the current regulation of the article 131.bis of the LGSS forces to conclude that such set of problems subsists. With respect to the allowance for the permanent disability, situations of unprotection of workers under 31 years are avoided, by reducing the demanded graced; the total of the allowance is calculated in function of the insurance of the pensioner; and the disability allowance is dissociated of the total of the regulatory base of the absolute permanent disability assistance.

Sumario:

I. Incapacidad temporal. A) Competencia del INSS para emitir altas y bajas médicas. a) Reforma de la incapacidad temporal por las Leyes 66/1997 y 30/2005. b) El Acuerdo de 13 de julio de 2006. c) Reforma de la incapacidad temporal por la LMSS. a') Artículo 128 de la LGSS. b') Artículo 131 bis.1 de la LGSS. B) La desaparición de la denominada "incapacidad permanente provisional". C) Incapacidad temporal y desempleo.

II. Incapacidad permanente. A) Período mínimo de cotización. B) Cuantía de la pensión de incapacidad permanente. C) Gran invalidez.

I. INCAPACIDAD TEMPORAL

Se trata de una de las prestaciones de la Seguridad Social que en las dos últimas décadas ha sido objeto de mayores medidas de reforma[1]. Ello se debe a que, desde principios de la década de los noventa, ha experimentado crecimientos espectaculares, que han motivado sucesivas reformas que han intentado limitar el gasto[2].

A) Competencia del INSS para emitir altas y bajas médicas

a) Reforma de la incapacidad temporal por las Leyes 66/1997 y 30/2005

DESDE LOS AÑOS 90 LA INCAPACIDAD TEMPORAL HA SUFRIDO INCREMENTOS ESPECTACULARES

La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, añadió un segundo párrafo al artículo 131 bis.1 de la LGSS, con el contenido siguiente: "Sin perjuicio de las competencias que correspondan a los Servicios Públicos de Salud, los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y en los términos que reglamentariamente se establezcan". Esta discrepancia de diagnóstico entre los facultativos de los Servicios Públicos de Salud y los del INSS, podía producir situaciones de indefensión de los trabajadores.

(1) PANIZO ROBLES, J. A., "La reforma de la Seguridad Social (Comentarios a la LMSS, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social)", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 298, 2008, pág. 9.

(2) La evolución del gasto de incapacidad temporal en millones de euros ha sido el siguiente:

Ejercicio	Absoluto	Incremento %	Ejercicio	Absoluto	Incremento %
1991	3.017,02	21,31	2000	3.784,36	13,52
1992	3.396,58	12,58	2001	4.278,29	13,05
1993	3.349,07	- 1,40	2002	4.754,48	11,13
1994	3.374,68	0,76	2003	5.154,21	8,41
1995	3.375,93	0,04	2004	5.830,18	13,11
1996	3.513,85	- 4,09	2005	6.406,70	9,88
1997	3.316,70	- 5,61	2006	6.655,68	3,89
1998	3.163,26	- 4,63	2007	7.312,77	9,87
1999	3.333,63	5,39			

Fuente: PANIZO ROBLES, J. A.: "La reforma de la Seguridad Social...", ob. cit., págs. 9 y 10, nota 13.

La Ley 30/2005, de 29 de diciembre, modificó el artículo 128.1.a) de la LGSS, estableciendo que una vez agotado el plazo de duración de 12 meses de esta prestación, el INSS (o el Instituto Social de la Marina, en su ámbito competencial), a través del EVI, era el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal. En tal caso, el INSS era el único competente para determinar si una nueva baja médica tenía o no efectos económicos cuando aquélla se producía en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología. Asimismo reformó el artículo 131 bis.2 de la LGSS, estableciendo que cuando el subsidio por incapacidad temporal se extingue por el transcurso del plazo máximo y el trabajador es dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, sólo puede generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología cuando se acredite que desde el alta médica ha mediado un período de actividad laboral superior a seis meses o cuando el INSS, a través de los EVI, emita la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal.

Ello suponía que la baja únicamente afectaba al subsidio económico por incapacidad temporal, sin que la actuación del INSS alterase la competencia de los Servicios Públicos de Salud en el ámbito de la asistencia sanitaria del trabajador, ni afectase a los ámbitos laborales derivados de la situación de incapacidad temporal. Es decir, el alta médica del INSS no extinguía la situación de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal, sino solamente el subsidio económico por incapacidad temporal[3]. Se trataba de una medida dirigida a combatir el fraude en la prestación de incapacidad temporal.

Las "Instrucciones de procedimiento en orden a la aplicación de lo previsto en la LGSS, artículos 128 y 131 bis, conforme a la nueva redacción dada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2006, Disposición Adicional Cuadragésima Octava", de 21 de marzo de 2006, en su redacción original, explicaban que el control de las situaciones de incapacidad temporal a partir del cumplimiento de 12 meses corresponde en exclusiva al INSS (o al Instituto Social de la Marina), pudiendo emitir alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal "sin perjuicio de que el trabajador continúe recibiendo tratamiento médico y de que el Servicio Público de Salud siga expidiéndole partes de confirmación, a efectos de justificar la ausencia al trabajo".

La propia Entidad Gestora asumía la fractura entre la situación de incapacidad temporal como causa de suspensión del contrato de trabajo *ex* artículo 45.1.c) del ET y la prestación económica por incapacidad temporal *ex* artículo 129 y concordantes de la LGSS.

Si el facultativo del Servicio Público de Salud emitía una nueva baja médica en tales casos, denegada por el INSS, existían dos opiniones contrapuestas respecto de la capacidad

(3) SALA FRANCO, T. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E., *La Ley de medidas en materia de Seguridad Social de 2007*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pág. 27.

del trabajador de reincorporarse al trabajo, sin que éste percibiese salario, ni la prestación económica por incapacidad temporal sustitutoria de las rentas salariales dejadas de percibir. Es decir, la baja médica del Servicio Público de Salud operaba como causa de suspensión del contrato de trabajo, evitando que se pudiera despedir al trabajador por inasistencia al trabajo. Pero el trabajador no percibía la prestación económica por incapacidad temporal.

Es cierto que un trabajador contratado por una empresa puede estar de baja médica sin percibir el subsidio por incapacidad temporal, por ejemplo, porque ésta deriva de enfermedad común y no reúne el período mínimo de cotización exigido por el artículo 130 de la LGSS, pero se trata de un supuesto de incumplimiento de un requisito de la prestación. En caso de discordancia entre el Servicio Público de Salud y el INSS, existe una discrepancia en cuanto a si el trabajador está médicamente incapacitado para trabajar. La solución del ordenamiento consistía en aceptar la baja a efectos laborales pero no a efectos de Seguridad Social, lo que no puede sino reputarse anómalo, y producía una situación de desprotección del trabajador.

b) El Acuerdo de 13 de julio de 2006

El Acuerdo de 13 de julio de 2006, en el ámbito de la incapacidad temporal, adoptó la siguiente medida: "Se procederá al análisis de la regulación jurídica de la prestación de incapacidad temporal, así como de sus modalidades de gestión, con la finalidad de definir con mayor precisión las funciones de los Servicios de Salud y de las Entidades que gestionen la prestación económica respecto de los procesos de incapacidad, a fin de evitar que, debido a diagnósticos diferentes de unos y otras, puedan producirse situaciones de desprotección de los trabajadores".

c) Reforma de la incapacidad temporal por la LMSS

a') Artículo 128 de la LGSS

Con el fin de evitar la citada discrepancia entre el Servicio Público de Salud y el INSS, la LMSS vuelve a modificar el artículo 128 de la LGSS. Como explica el preámbulo de esta norma legal, el objetivo de esta reforma consiste en coordinar las actuaciones de los Servicios de Salud y del INSS, evitando la inseguridad jurídica que provoca la disparidad de diagnósticos de una y otra. La norma establece un procedimiento específico, que se ha denominado "procedimiento de disconformidad"[4], el cual, aunque no priva a la Entidad Gestora de la decisión última en relación con la prestación económica de incapacidad temporal, le permite reconsiderar su decisión si así lo estima la inspección médica del servicio de salud que, a instancias del trabajador, debe efectuar una propuesta fundamentada. El INSS, a la vista de esta propuesta, debe pronunciarse nuevamente, con carácter definitivo, reconociendo la prórroga de la situación de incapacidad temporal o confirmando el alta médica, que no se limita al ámbito estricto de las prestaciones económicas sino que se extiende a los aspectos laborales, eliminando la anomalía consistente en la situación de

(4) BLASCO LAHOZ, J.F. y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J., *La última reforma...*, ob. cit., pág. 27.

un trabajador de baja por el Servicio Público de Salud y de alta por el INSS, sin percibir ni salario, ni subsidio por incapacidad temporal, garantizando en todo caso la protección del interesado hasta la resolución administrativa que culmina el procedimiento.

Por tanto, el alta médica expedida por el INSS no se limita al subsidio económico por incapacidad temporal sino que afecta al ámbito laboral, debiendo reincorporarse el trabajador a su trabajo. Para ello se instaura el procedimiento siguiente[5]. Si el trabajador está de acuerdo con el alta médica del INSS, ésta despliega sus efectos laborales y de Seguridad Social. Si no está de acuerdo, en el plazo de cuatro días naturales a contar desde la recepción de la notificación por el beneficiario[6], debe manifestar su disconformidad ante la Inspección Médica u órgano equivalente del Servicio Público de Salud. La Inspección Médica puede 1) confirmar el alta médica, dentro de los 11 días naturales siguientes a la fecha de expedición de la resolución; 2) no emitir pronunciamiento alguno en dicho plazo, en cuyo caso la resolución del INSS adquiere plenos efectos, y 3) discrepar de la Entidad Gestora, proponiendo la reconsideración de su decisión en el plazo de siete días naturales siguientes al plazo que tiene el trabajador para manifestar su disconformidad, especificando las razones y fundamento de su discrepancia. En tal caso, el INSS debe pronunciarse de forma expresa dentro de los siete días naturales siguientes, notificando la resolución al interesado. Si el INSS reconsidera el alta médica, se prorroga la prestación de incapacidad temporal. Si no, sólo se prorroga hasta la fecha de la última resolución. En cualquier caso, durante el período de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquélla en que adquiera plenos efectos se considera prorrogada la situación de incapacidad temporal.

La Disposición Final Cuarta de la LMSS establece que la Secretaría de Estado de la Seguridad Social determinará la fecha a partir de la cual el INSS asuma estas nuevas funciones.

Las "Instrucciones de procedimiento en orden a la aplicación de lo previsto en el artículo 128.1 del Texto Refundido de la LGSS, en su redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE del día 5 de diciembre)", de 27 de diciembre de 2007, explican que si el Servicio Público de Salud emite una nueva baja médica sin haber transcurrido seis meses desde la emisión del alta médica por el INSS (o el Instituto Social de la Marina) como consecuencia de la competencia establecida en el artículo 128.1.a) de la LGSS (cuando emitió el alta médica una vez agotado el plazo de 12 meses de incapacidad temporal), se citará inmediatamente al trabajador a reconocimiento médico, a fin de determinar si la baja es por la misma o similar patología.

(5) BLASCO LAHOZ, J.F. y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J., *La última reforma...*, ob. cit., pág. 33, cuestionan que sea la ley la que concrete todos los aspectos de esta regulación, distorsionando el esquema conceptual de lo que debe ser previsión legal y su desarrollo reglamentario.

(6) Las "Instrucciones de procedimiento en orden a la aplicación de lo previsto en el artículo 128.1 del Texto Refundido de la LGSS, en su redacción dada por la LMSS, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE del día 5 de diciembre)", de 27 de diciembre de 2007, explican que este plazo de 4 días naturales debe contarse desde la recepción de la notificación.

1) Si la nueva baja es por la misma o similar patología, el facultativo del INSS, previo reconocimiento del trabajador puede concluir:

a) Que el trabajador está capacitado para trabajar, en cuyo caso le comunicará que la baja expedida por el Servicio Público de Salud es nula y no tiene efecto alguno, sin necesidad de intervención del EVI.

b) Que el trabajador no está capacitado para trabajar, en cuyo caso el facultativo debe emitir el Informe Médico de Evaluación de la Incapacidad Temporal, elevándolo al EVI, quien debe proponer al Director Provincial del INSS, la prórroga expresa de la incapacidad temporal o la iniciación de expediente de incapacidad permanente.

2) Si la baja es por distinta patología, el facultativo del INSS comunicará verbalmente al trabajador que la baja expedida por el Servicio Público de Salud tiene plenos efectos, ya que se debe a patología distinta de la que originó la resolución del INSS emitiendo el alta médica. En consecuencia, se inicia un nuevo proceso de incapacidad temporal.

EL ALTA MÉDICA EXPEDIDA POR EL INSS NO SE LIMITA AL SUBSIDIO ECONÓMICO SINO QUE AFECTA AL ÁMBITO LABORAL.

Estas Instrucciones de 27 de diciembre de 2007 también prevén la posibilidad de que el trabajador no acuda ante el Servicio Público de Salud sino ante el INSS, solicitando la baja médica, en cuyo caso se practicará, con la mayor inmediatez, un reconocimiento médico, en virtud del cual se denegará la baja médica (si está capacitado para trabajar), se prorrogará el proceso de incapacidad temporal o se iniciará un expediente de incapacidad permanente (si no está capacitado para trabajar).

En cualquier caso, el trabajador no queda desprotegido porque si no está capacitado para trabajar, tendrá derecho no sólo a la suspensión del contrato de trabajo sino al percibo de la correspondiente prestación de Seguridad Social. Y si el INSS deniega la baja médica, el trabajador podrá impugnar su resolución en sede judicial. Si el órgano judicial llega a la conclusión de que el trabajador no está capacitado para trabajar, deberá reconocerle el derecho al percibo de la correspondiente prestación.

b') Artículo 131.bis.1 de la LGSS

Sin embargo, la LMSS no reformó en idéntico sentido el artículo 131 bis.1 de la LGSS, cuyo párrafo segundo establece que cuando "el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del

plazo máximo establecido en el apartado a) del número 1 del artículo 128 y el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un período de actividad laboral superior a seis meses o si el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal".

La comparación entre el artículo 128.1.a) y el artículo 131m bis.1 de la LGSS obliga a diferenciar los supuestos siguientes.

a) Cuando se ha agotado el plazo de 12 meses. En tal caso el INSS (o el Instituto Social de la Marina) es el único competente para 1) prorrogar la prestación de incapacidad temporal seis meses más, 2) iniciar un expediente de incapacidad permanente o 3) emitir el alta médica.

En este supuesto, el INSS es el único competente para emitir una nueva baja médica en un plazo de seis meses posterior a la citada alta médica, por la misma o similar patología.

b) Si se ha agotado el plazo máximo de 18 meses, sin declaración de incapacidad permanente, subsiste la posibilidad de discordancia entre el INSS y el Servicio Público de Salud, de forma que éste puede conceder la baja médica pero aquél denegarla, en cuyo caso el trabajador no estaría trabajando pero tampoco percibiría el subsidio por incapacidad temporal.

Las citadas "Instrucciones de procedimiento en orden a la aplicación de lo previsto en el artículo 128.1 del Texto Refundido de la LGSS, en su redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE del día 5 de diciembre)", de 27 de diciembre de 2007, explican que si el Servicio Público de Salud expide nueva baja médica dentro de los seis meses siguientes al agotamiento del período máximo de 18 meses de incapacidad temporal, se citará al trabajador, con la mayor inmediatez, a reconocimiento médico. El facultativo del INSS debe valorar si se trata de la misma o similar patología.

1) Si se trata de la misma o similar patología, el facultativo del INSS se lo comunicará directamente al trabajador, haciéndolo constar en el Informe Médico de Evaluación de la Incapacidad Temporal, emitiendo el Director Provincial del INSS, sin necesidad de intervenir el EVI, una resolución denegando la efectividad económica de la nueva baja.

2) Si, a juicio del facultativo del INSS, la patología fuese distinta, se hará constar igualmente en el Informe Médico de Evaluación de la Incapacidad Temporal, emitiendo directamente la Unidad Administrativa las comunicaciones, firmadas por el Director Provincial, de la efectividad económica de la baja emitida por el Servicio Público de Salud.

Estas Instrucciones de 27 de diciembre de 2007 asimismo prevén la posibilidad de que el Servicio Público de Salud no expida una nueva baja y el trabajador la solicite ante la

Dirección Provincial del INSS, estableciendo una regulación análoga, en función de que se trate de la misma o similar patología.

A nuestro juicio, estas Instrucciones del INSS vulneran la regulación legal de la prestación de incapacidad temporal. La LGSS no establece que automáticamente, por el mero hecho de que la baja médica durante los seis meses posteriores al agotamiento del plazo máximo de 18 meses de un previo proceso de incapacidad temporal, se deba a la misma o similar patología que ésta, deba denegarse la prestación. Lo que el artículo 131 bis.1, párrafo 2º, de la LGSS establece es que, en tal caso, "sólo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal (...) si el INSS (...) emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal". Por tanto, la norma legal prevé que el INSS puede emitir la baja a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal. En cambio, las Instrucciones del INSS de 27 de diciembre de 2007 establecen que, por el mero hecho de que se trate de la misma o similar patología, debe denegarse la baja.

La LGSS no precisa cuál es el criterio que debe seguir el INSS para emitir la baja a los exclusivos efectos de la prestación por incapacidad temporal en estos casos. Pero es importante indicar que, aunque haya transcurrido el plazo máximo de incapacidad temporal y se haya denegado la prestación de incapacidad permanente, lo que supone que, en el expediente de incapacidad permanente anterior, intervino el EVI, valorando las secuelas del trabajador, la pensión de incapacidad permanente total supone un juicio de comparación entre 1) las reducciones anatómicas o funcionales graves y previsiblemente definitivas (artículo 136 de la LGSS) y 2) la profesión habitual del trabajador, no necesariamente coincidente con un concreto puesto de trabajo (Sentencias del TS de 17 de enero de 1989 y 23 de febrero de 2006, recurso 5135/2004).

En cambio, la prestación de incapacidad temporal, 1) no hace referencia a que el trabajador presente dolencias previsiblemente definitivas, sino que se devenga cuando se encuentra en una fase aguda de una enfermedad, aunque no sea definitiva y 2) no se refiere a una profesión habitual sino que el artículo 128.1.a) de la LGSS menciona que el beneficiario "esté impedido para el trabajo".

Se trata de términos de comparación distintos, que no excluyen que, aunque se haya denegado la pensión de incapacidad permanente porque el trabajador no presenta secuelas que le impidan realizar todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual (si se trata de una incapacidad permanente total), con posterioridad a la extinción de este proceso de incapacidad temporal anterior, se acredite que este trabajador presenta una fase aguda de la misma enfermedad que le impide desarrollar su concreto trabajo. Se trataría de un supuesto subsumible en el artículo 131 bis.1 de la LGSS, que permite que el INSS emita la baja a estos efectos, evitando la desprotección del trabajador, que pugnaría con los principios que inspiran la Seguridad Social, *ex* artículo 41 de la CE.

Tanto el artículo 128.1.a) como el artículo 131 bis.1 de la LGSS, únicamente modifican la competencia para emitir la baja médica, no los requisitos de la prestación de incapacidad temporal. En virtud de lo dispuesto en los citados preceptos legales, el INSS (o, en su caso, el Instituto Social de la Marina) será competente para emitir una nueva baja médica por la

misma o similar patología en el plazo de seis meses posterior a un proceso de incapacidad temporal que tuvo una duración superior a los 12 meses. Ello supone que la competencia para emitir los partes de baja médica con efectos económicos deja de estar atribuida, en estos casos, al Servicio Público de Salud, y pasa a atribuirse al INSS. Pero los requisitos de la prestación de incapacidad temporal siguen siendo los mismos *ex* artículo 128.1.a) de la LGSS: asistencia sanitaria e impedimento para el trabajo. Si concurren estos requisitos, deberá reconocerse el subsidio económico por incapacidad temporal.

Ninguno de los citados preceptos prohíbe expresamente que, tras finalizar un proceso de incapacidad temporal, el trabajador pueda iniciar un proceso de incapacidad temporal distinto, aunque la dolencia sea la misma. Si tanto el artículo 128.1.a) como el 131 bis.1 de la LGSS expresamente prevén que el INSS emita dicha baja, están admitiendo esta concatenación de procesos de incapacidad temporal. La garantía que impone el legislador, para evitar fraudes, es de naturaleza competencial: no basta con el mero parte médico de baja del facultativo de cabecera. Es el INSS quien debe cursar estas bajas médicas. Pero la Entidad Gestora puede y debe cursar estas bajas cuando concurran los requisitos legales.

Así, puede suceder que un trabajador padezca una dolencia (por ejemplo, una lumbalgia) que, a juicio del INSS, no es tributaria de una incapacidad permanente total para su profesión habitual, agotando el plazo de 18 meses de incapacidad temporal debida a esta lumbalgia, siendo dado de alta médica sin incapacidad permanente. Pero dentro del plazo de seis meses posterior a dicha alta médica, que es un plazo relativamente prolongado, puede ocurrir que dicho trabajador presente una fase aguda de dicha dolencia que le impide trabajar. Incluso puede suceder que se practique una intervención quirúrgica (en el ejemplo citado: una intervención quirúrgica en su columna vertebral para intentar paliar su lumbalgia), que conlleva ingreso hospitalario. Conforme a la tesis mecanicista del INSS, al tratarse de la misma dolencia que el primer proceso de incapacidad temporal (lumbalgia en ambos casos) y no haber transcurrido seis meses desde el alta médica hasta la nueva baja médica, debería denegarse la efectividad económica de la nueva baja. En tal caso, nos encontraríamos con un trabajador ingresado en el hospital que no está percibiendo salario, ni la prestación económica de incapacidad temporal sustitutoria (parcial) del salario dejado de percibir.

Sin necesidad de que exista intervención quirúrgica con ingreso hospitalario, el hecho de que las secuelas del trabajador no sean tributarias de una incapacidad permanente no excluye que posteriormente se produzcan fases agudas de sus dolencias que sí que son tributarias de una incapacidad temporal. Incluso se utiliza, en algunas resoluciones judiciales, como argumento denegatorio de la demanda de incapacidad permanente, el relativo a que las dolencias definitivas del trabajador no son lo suficientemente graves como para declararle en situación de incapacidad permanente total, sin perjuicio de que, si en el futuro se produce una fase aguda de sus dolencias, se le reconozcan las correspondientes prestaciones de incapacidad temporal. En tales casos, el propio juez argumenta que no procede reconocer una incapacidad permanente en este momento, de-

jando abierta la puerta a que en el futuro, cuando el trabajador se encuentre en un proceso agudo, disfrute de la protección de la incapacidad temporal[7]. Resultaría contradictorio sustentar estos argumentos para denegar la pensión de incapacidad permanente, y sin embargo denegar la prestación de incapacidad temporal posterior porque, aunque se trate de una fase aguda de la dolencia, no han transcurrido seis meses desde el alta médica anterior.

El artículo 131 bis.1, párrafo 2º, de la LGSS puede ocasionar una anomalía jurídica: que el trabajador esté y no esté de baja médica a la vez. Está de baja médica a efectos de la suspensión del contrato de trabajo (en virtud de la baja médica extendida por el Servicio Público de Salud), pero no lo está a efectos del percibo de la prestación económica de Seguridad Social (porque el INSS no emite la baja médica). No es dable, a estos efectos, escindir el Derecho del trabajo y el Derecho de la Seguridad Social porque cuando el artículo 45.1.c) del ET considera como causa de suspensión del contrato de trabajo la incapacidad temporal, se está remitiendo a la normativa de la Seguridad Social que regula esta prestación. Por ello, el citado artículo 131 bis.1, párrafo 2º, de la LGSS debe ser objeto de interpretación estricta y no extensiva.

EL TRABAJADOR PUEDE ESTAR Y NO ESTAR DE BAJA A LA VEZ

En cualquier caso, se trata de un precepto que admite expresamente que el INSS emita la correspondiente baja médica. El hecho de que en los seis meses anteriores se haya denegado una incapacidad permanente, agotando el plazo de 18 meses de un proceso de incapacidad temporal, no excluye de plano un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o nueva patología si, con independencia de las secuelas de fondo del trabajador, se acredita que se ha producido una fase aguda de sus dolencias que efectivamente precisa asistencia sanitaria y le impide temporalmente trabajar, en cuyo caso concurren los requisitos de la prestación de incapacidad temporal y deberá reconocerse el correspondiente subsidio económico.

El problema de fondo, que ha motivado las sucesivas reformas de la prestación de incapacidad temporal, con el objetivo de intentar atajar el fraude, las cuales han supuesto una progresiva

(7) Por todas, la Sentencia del TSJ de Murcia núm. 1631/1998, de 29 de diciembre, desestimó la pretensión del actor de que se le declarase en situación de incapacidad permanente absoluta y subsidiariamente total, argumentando que se trataba "de una patología ostearticular de curso crónico que en períodos de reagudización precisará acudir a procesos de incapacidad temporal, tal como se razona en sentencia, y prueba de ello es que a la fecha del reconocimiento por el EVI el actor estaba de baja médica por algias en rodillas".

disminución del ámbito de protección, radica en que el acto esencial para el reconocimiento de esta prestación está atribuido, como regla general, a una persona (el médico de atención primaria) que en muchos casos se considera ajena a la gestión económica de prestaciones de Seguridad Social. En efecto, el procedimiento de reconocimiento del subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencia común se inicia cuando el trabajador acude al médico de atención primaria del Servicio Público de Salud. Éste debe efectuar un reconocimiento médico del trabajador y solicitar del paciente los datos que contribuyan a precisar la patología objeto de diagnóstico (artículo 1.2 del Real Decreto 575/1997). Este diagnóstico médico cumple dos funciones muy distintas. Por un lado, sirve para establecer el tratamiento médico necesario para que el paciente recupere su salud. Pero además se exige al facultativo de atención primaria que efectúe una valoración de carácter clínico-legal: si la alteración de la salud impide al trabajador desarrollar su actividad laboral[8].

Ello supone que se atribuye a los médicos de atención primaria una función de asistencia sanitaria pero también otra de colaboración en la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social. Es un médico pero también es un importante colaborador en la gestión de prestaciones de la Seguridad Social. El problema radica en que no sólo son dos funciones distintas sino que, en buena medida, también son incompatibles. 1) Un médico tiene que velar por la salud de su paciente. Y para poder desarrollar esta tarea es preciso que exista una relación de confianza médico-paciente. 2) En cambio, como colaborador en el reconocimiento y denegación de determinadas prestaciones económicas de la Seguridad Social, puede verse obligado a enfrentarse a su paciente. Puede ocurrir que éste exija al médico de atención primaria que expida un parte médico de baja o de confirmación y el facultativo considere que sus dolencias no lo justifican, produciéndose un conflicto que puede perjudicar la relación médico-paciente. Y la información de interés médico que el paciente transmite al facultativo de atención primaria puede estar sesgada por el objetivo del beneficiario de que el médico emita un parte de baja o no expida un alta médica. La función de gestión perturba y puede perjudicar la función médica.

Por tanto, se ha atribuido un acto esencial del procedimiento de reconocimiento del subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencias comunes a unas personas (los médicos de atención primaria) que realizan una función (la asistencia sanitaria) distinta y en buena medida incompatible con la de colaborar en el reconocimiento de estas prestaciones. Así, parte de la doctrina científica se ha referido a la irresponsabilidad de los médicos de los Servicios Públicos de Salud al emitir los partes de baja, mencionando un estudio que efectuó la Subdirección de Inspección del INSALUD en dos provincias (Murcia y Toledo), que sostenía que un 21% de los facultativos de los

(8) SEMPERE NAVARRO, A.V. y TORTUERO PLAZA, J.L., "Dos apuntes sobre las Mutuas patronales y su gestión de la incapacidad temporal", *Foro de Seguridad Social*, núm. 12/13, págs. 137 y 138.

centros de Atención Primaria del INSALUD eran hiper o hipoprescriptores de bajas laborales[9].

B) La desaparición de la denominada "incapacidad permanente provisional"

La LMSS reforma el apartado 2 del artículo 131 bis de la LGSS, estableciendo que cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo de 18 meses, en el plazo máximo de tres meses se examinará el estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda. No obstante, cuando continúe la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, y la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá retrasarse hasta un máximo de 24 meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal, sin que exista obligación de cotizar.

Ello supone la desaparición de la denominada "incapacidad permanente provisional", instaurada por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, volviendo a la situación anterior: la demora en la calificación no supone el reconocimiento de una incapacidad permanente revisable sino de una prórroga de la prestación de incapacidad temporal.

Por tanto, la duración de los procesos de incapacidad temporal será la siguiente[10]:

1) Duración *ordinaria*: hasta 12 meses.

2) Prórroga por el INSS hasta 18 meses cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

3) Efectos económicos de la prestación de incapacidad temporal de los 18 a los 21 meses, período en el que se debe examinar el estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

4) Efectos económicos de la prestación de incapacidad temporal hasta los 24 meses, si continúa la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, y la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación.

Esta última prolongación de los efectos económicos de la incapacidad temporal está condicionada a la expectativa de mejora sanitaria con vistas a la reincorporación laboral. No basta con que el trabajador continúe en tratamiento médico, sin que sus dolencias se

(9) MÉJICA, J., *Derecho sanitario de la incapacidad temporal*, Comares, Granada, 1998, págs. 37, 64 y 65. Este autor, *ibidem*, pág. 71, se refiere a la práctica de expedir partes médicos de baja sin reconocimiento y la existencia de situaciones casi coactivas de los beneficiarios sobre el médico de la Seguridad Social para extender las confirmaciones de la enfermedad.

(10) PANIZO ROBLES, J.A., "La reforma de la Seguridad Social...", ob. cit., pág. 18.

hayan estabilizado, para acceder a esta prolongación de efectos económicos hasta los 24 meses.

C) Incapacidad temporal y desempleo

La LMSS modifica el artículo 222 de la LGSS. 1) Si se extingue el contrato de trabajo durante un proceso de incapacidad temporal de etiología profesional, el trabajador permanece en situación de incapacidad temporal hasta su finalización, sin que la extinción de la relación laboral afecte a la cuantía de la prestación. Posteriormente, el trabajador puede acceder a la prestación por desempleo, si reúne los requisitos, sin descuento alguno derivado del proceso de incapacidad temporal. 2) Si se trata de una prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, se mantiene la regulación anterior, establecida por la Ley 24/2001, de 30 de diciembre. Cuando se extingue el contrato de trabajo, el trabajador percibe la prestación en la misma cuantía que la de desempleo, hasta su extinción, pasando entonces, si reúne los requisitos, a la situación legal del desempleo, percibiendo la correspondiente prestación por desempleo, de la que se descuenta el período de incapacidad temporal posterior a la extinción laboral.

Con anterioridad a la aprobación de la LMSS, las Sentencias del TS de 5 de julio de 2007, recurso 689/2006, 17 de septiembre de 2007, recurso 2452/2006 y 5 de octubre de 2007, recurso 3402/2006, abordaron la determinación de cuál era la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común de los trabajadores en situación de incapacidad temporal en el momento de extinguirse el contrato de trabajo, que permanecían en dicha situación hasta que se declaraba la incapacidad permanente. El TS argumentaba que el tenor literal del artículo 222.1 de la LGSS, en la redacción conforme a la Ley 24/2001, así como la *voluntas legislatoris*, manifestada en la propia Exposición de Motivos de esta norma legal, permitían concluir que lo que se pretendió fue reducir los costes que en materia de prestaciones y cotizaciones relacionadas con la prestación por desempleo recaían sobre todo el sistema de la Seguridad Social, estableciendo que quien percibiera prestaciones por incapacidad temporal en pago directo por no existir empresa obligada a cotizar, salvo en el caso en que después pasara a percibir prestaciones por desempleo, las percibiera como si fueran prestaciones de desempleo pero sin cotización. Por ello, el TS concluyó que para el cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente subsiguiente a aquella incapacidad temporal, debían computarse las bases mínimas.

Para evitar esta laguna de cotización que se producía con la regulación legal anterior, puesto que la obligación de cotizar no se extendía a los supuestos en los que la situación de incapacidad temporal se prolongaba después de la extinción del contrato de trabajo, sin que el trabajador entrase en situación legal de desempleo o cuando, pudiendo hacerlo, no solicitaba la prestación[11], la LMSS establece que el Servicio Público de Empleo Estatal efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social, asumiendo la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuente como

(11) PANIZO ROBLES, J.A., "La reforma de la Seguridad Social...", ob. cit., pág. 21.

consumido, incluso cuando no se haya solicitado la prestación por desempleo y sin solución de continuidad se pase a una situación de incapacidad permanente o jubilación, o se produzca el fallecimiento del trabajador que dé derecho a prestaciones de muerte y supervivencia.

II. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Período mínimo de cotización

La LMSS ha acortado el período de carencia de la prestación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez derivada de enfermedad común para los trabajadores menores de 31 años. Ello se debe a las altas tasas de paro y temporalidad de los trabajadores con edades entre los 16 y los 30 años, así como al retraso de la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo, que dificultaba que los trabajadores de 16 a 31 años alcanzasen el período mínimo de cotización exigido anteriormente para acceder a estas pensiones de incapacidad permanente, lo que motivó que en el Acuerdo de 13 de julio de 2006 se pactase flexibilizar el período mínimo de cotización exigible a estos trabajadores[12].

SE ACORTA EL PERÍODO DE CARENCIA PARA LOS TRABAJADORES MENORES DE 31 AÑOS POR LAS ALTAS TASAS DE PARO

El período de carencia exigido es el siguiente. 1) Si el causante tiene menos de 31 años, la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 16 años y la del hecho causante de la pensión y 2) si tiene cumplidos 31 años, la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que se hayan cumplido los 20 años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años, debiendo reunir una carencia corta de la quinta parte del período de cotización exigible, que deberá estar comprendida dentro de los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante. La edad límite entre uno y otro ya no se encuentra en los 26 años sino en los 31.

Se regula el denominado paréntesis: si el causante está en situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de los 10 años, dentro de los cuales deba estar comprendida, al menos, la quinta parte del período de cotización exigible, se computará, hacia atrás, desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

(12) ROQUETA BUJ, R. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E., *La Ley de medidas...*, ob. cit., pág. 42.

Se reduce así el período mínimo de cotización exigido a los menores de 31 años para acceder a estas prestaciones[13]:

Edad	Período anterior	Período nuevo
17 años	6 meses	4 meses
18 años	12 meses	8 meses
19 años	18 meses	12 meses
20 años	24 meses	16 meses
21 años	30 meses	20 meses
22 años	36 meses	24 meses
23 años	42 meses	28 meses
24 años	48 meses	32 meses
25 años	54 meses	36 meses
26 años	60 meses	40 meses
27 años	60 meses	44 meses
28 años	60 meses	48 meses
29 años	60 meses	52 meses
30 años	60 meses	56 meses

Un sector de la doctrina científica ha defendido la conveniencia de aplicar la exclusión de los días-cuota prevista en el artículo 161.1.b) de la LGSS, a la pensión de incapacidad permanente[14]. Sin embargo, *de lege data*, como quiera que la LMSS limita esta norma a la pensión de jubilación, forzoso es concluir que el legislador no ha querido extender la supresión de los días-cuota a todas las prestaciones de la Seguridad Social, siendo aplicable la citada doctrina jurisprudencial a la pensión de incapacidad permanente.

B) Cuantía de la pensión de incapacidad permanente

Antes de la LMSS, para el cálculo de la pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez derivada de enfermedad común, así como las derivadas de accidente no laboral cuando el causante no estaba en alta o en situación asimilada[15], era irrelevante la carrera de seguro del pensionista. Si éste reunía el período mínimo de cotización exigible,

(13) PANIZO ROBLES, J. A., "La reforma de la Seguridad Social...", ob. cit., pág. 26.

(14) ROQUETA BUJ, R. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M., y LÓPEZ TERRADA, E., *La Ley de medidas...*, ob. cit., pág. 46.

(15) Artículo 140.3 en relación con el 138.3 de la LGSS.

era irrelevante que tuviera una carrera de seguro más o menos larga, a diferencia de lo que sucede con la pensión de jubilación. El Acuerdo de 13 de julio de 2006, apartado III.2, establece que "a fin de evitar que (la incapacidad permanente) se convierta en una vía de acceso a la protección para las carreras de seguro insuficientes", la cuantía de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común se determinará aplicando el porcentaje previsto en función de los años de cotización para la pensión de jubilación. En cumplimiento de dicho acuerdo, la LMSS ha cambiado el cálculo de esta pensión, teniendo en cuenta la carrera de seguro.

El artículo 140.1 de la LGSS se modifica. Se mantiene la redacción preexistente: la base reguladora de la pensión se calcula mediante el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización, en su caso actualizadas, de los 96 meses anteriores al hecho causante. Pero se añade un nuevo párrafo, en virtud del cual a la citada base se le aplica el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista para la pensión de jubilación, considerándose a tal efecto como cotizados los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad de 65 años. Por tanto, la carrera de seguro se prolongará artificialmente como si el beneficiario hubiera trabajado hasta cumplir la edad ordinaria de jubilación, lo que no ha podido hacer por presentar las dolencias que han motivado que se le reconozca en situación de incapacidad permanente. De esta forma, la situación de necesidad de los inválidos prematuros será atendida con base en su propio esfuerzo contributivo anterior y en la aportación solidaria del resto de personas que integran el Sistema de la Seguridad Social[16]. Si no alcanza 15 años de cotización, el porcentaje aplicable será del 50%. El importe resultante constituye la base reguladora a la que, para obtener la cuantía de la pensión que corresponda, habrá de aplicarse el porcentaje previsto para el grado de incapacidad reconocido.

La nueva fórmula de cálculo de la prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad común es la siguiente:

Cuantía de la pensión = base reguladora según cociente × porcentaje de años cotizados × porcentaje según grado de incapacidad permanente[17].

Se trata de un método de cálculo semejante al establecido en Clases Pasivas. La base reguladora es la propia de la incapacidad permanente total o absoluta. Pero el primer porcentaje que se le aplica es el mismo que el de la pensión de jubilación, configurando una suerte de pensión de jubilación por invalidez.

El objetivo es que la carrera de seguro incida en el importe de la prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, como incide en el importe de la de jubilación, incentivando así la cotización a la Seguridad Social y evitando que carreras de cotización cortas devenguen la misma prestación de incapacidad permanente que otras más prolongadas.

(16) ROQUETA BUJ, R. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M., y LÓPEZ TERRADA, E., *La Ley de medidas...*, ob. cit., pág. 56.

(17) MARTÍNEZ LUCAS, J. A., "Las nuevas medidas...", ob. cit., pág. 547.

La adición como cotización *ficta* del período que le falta al causante para cumplir 65 años, supone que los beneficiarios menores de 30 años (las invalideces tempranas) no resultan afectados. Si no hubieran sido declarados en situación de incapacidad permanente, hubieran podido completar una carrera de seguro prolongada antes de cumplir los 65 años, reuniendo un período de cotización, a estos efectos, sumando el real y el ficticio, superior a 35 años. En cambio, si se trata de un trabajador de mayor edad, con una carrera de seguro breve, la suma de ésta y del período que le reste para cumplir los 65 años puede no alcanzar los 35 años, en cuyo caso la base reguladora de la pensión se reducirá. Se perjudica así a los trabajadores de edad avanzada con una escasa carrera de seguro que son declarados en situación de incapacidad permanente total o absoluta antes de cumplir los 65 años.

Con la finalidad de evitar que se fijen pensiones de incapacidad permanente total derivadas de enfermedad común con una cuantía exigua, se establece un mínimo: el 55% de la base mínima de cotización para mayores de dieciocho años, en términos anuales, vigente en cada momento. Esta norma intenta limitar los perjuicios ocasionados por la nueva regla de cálculo de esta pensión.

Esta reforma puede dar lugar a situaciones paradójicas, en las que el cónyuge supérstite de un trabajador que sufre una enfermedad común, perciba una pensión de viudedad superior a la pensión de incapacidad permanente que hubiera percibido el propio trabajador si no hubiera fallecido y hubiera sido declarado inválido[18]. Dado el rigor de esta reforma, parte de la doctrina científica sostiene que se tendría que incluir en el subsidio por desempleo con carácter general o, cuando menos, en el subsidio para mayores de 52 años y los fijos discontinuos, la cotización por incapacidad permanente, al igual que se cotiza por jubilación[19].

Se añade una Disposición Transitoria Decimosexta a la LGSS, en virtud de la cual, para determinar la cuantía de las pensiones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común que provengan de un proceso de incapacidad temporal que se haya iniciado con anterioridad al 1 de enero de 2008, serán de aplicación las normas vigentes antes de la indicada fecha. Aunque se trate de una pensión de incapacidad permanente, para determinar la normativa aplicable habrá de estar a la fecha de inicio de la incapacidad temporal que la precedió. Ahora bien, si la incapacidad permanente no deriva de una incapacidad temporal, habrá de estar a la fecha del hecho causante: el dictamen del EVI.

Esta reforma legal no afecta a las pensiones de incapacidad permanente derivadas de accidente no laboral, que siguen calculándose con arreglo a la regla anterior. Ello se debe a que el accidente no laboral exige una acción súbita, violenta y externa, que elimina las

(18) ROQUETA BUJ, R. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M., y LÓPEZ TERRADA, E., *La Ley de medidas...*, ob. cit., pág. 62.

(19) ROQUETA BUJ, R. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M., y LÓPEZ TERRADA, E., *La Ley de medidas...*, ob. cit., págs. 62 y 63.

conductas sospechosas. Pero no sólo se aumenta la complejidad de la regulación legal de esta materia sino que se incrementa la diferencia de protección entre la enfermedad común y el accidente no laboral, sin que esté justificado que el inválido por accidente no laboral vaya a quedar en mejor posición que el inválido por enfermedad común, cuando el estado de necesidad es el mismo y se trata de etiologías no profesionales[20]. Y tampoco se aplica esta reforma a los trabajadores que acceden a la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes con 65 o más años, por no reunir los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación, en cuyo caso la cuantía de la pensión de incapacidad permanente es el resultado de aplicar a la base reguladora el porcentaje correspondiente al período mínimo de cotización establecido para la pensión de jubilación.

C) Gran invalidez

SE DESVINCULA EL COMPLEMENTO DE GRAN INVALIDEZ DE LA PENSIÓN QUE SE RECONOCE AL BENEFICIARIO

Con anterioridad a la LMSS, el complemento de la pensión de gran invalidez se fijaba en el 50% de la base reguladora de la incapacidad permanente absoluta. Se trataba de una norma inequitativa porque si su finalidad consistía en compensar los gastos ocasionados por el cuidador del dependiente, era anómalo que el complemento fuese de cuantía muy distinta en función del importe de la pensión de incapacidad permanente, lo que originaba un trato desigual a los discapacitados con el mismo grado de dependencia pero con pensiones distintas. Por ello, se postulaba que este complemento se desvinculase de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente absoluta[21].

El Acuerdo de 13 de julio de 2006 establecía que la cuantía del complemento de gran invalidez se fijaría en un importe independiente de la cuantía de la prestación por incapacidad permanente absoluta, siendo el "resultado de sumar al 50% de la base mínima de cotización vigente en cada momento el 25% de la base de cotización correspondiente al trabajador, calculadas ambas en función de la contingencia que origine la prestación".

La LMSS desvincula el complemento de gran invalidez de la pensión que se reconoce al beneficiario. Se establece que el

(20) ROQUETA BUJ, R. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M., y LÓPEZ TERRADA, E., *La Ley de medidas...*, ob. cit., págs. 59 y 60.

(21) RODRÍGUEZ DURANTEZ, M., "Problemática actual sobre la gran invalidez", *AL*, núm. 30, 1988, pág. 1718 y DESDENTADO BONETE, A., "La protección de la incapacidad permanente en la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social", *RMTAS*, núm. 4, 1997, pág. 18.

importe de dicho complemento será el resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30% de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. Se ha afirmado que la mención a la base mínima debe interpretarse como la correspondiente al grupo de cotización del trabajador.[22] Las sucesivas órdenes que desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, diferencian entre el tope mínimo de cotización al RGSS, común a todos los grupos profesionales, y la base mínima de cotización para cada grupo de categorías profesionales, por lo que la citada mención al 45% de la base mínima de cotización debe interpretarse en el sentido de que se refiere a la del grupo de cotización del gran inválido.

Se trata de una solución de compromiso. Ni se fija el importe total del complemento con independencia de la cotización del trabajador, ni se atiende únicamente a ésta. Resulta criticable que una parte significativa de este complemento se fije teniendo en cuenta la última base de cotización del trabajador porque se trata de una pensión vitalicia que previsiblemente se va a prolongar en el tiempo y resulta anómalo que se tenga en cuenta a estos efectos una sola base de cotización, por la aleatoriedad que ello implica: puede suceder que la última base de cotización sea muy superior o inferior al promedio de bases de cotización de ese trabajador de los últimos años, por lo que sería razonable que se fijase teniendo en cuenta las cotizaciones correspondientes a un lapso temporal mayor, correlativo al lapso temporal prolongado en el que, previsiblemente, se va a percibir esta pensión[23]. Además, esta regulación puede propiciar las actuaciones fraudulentas[24].

Para evitar que esta regla de cálculo perjudique a los trabajadores, se fija un mínimo: en ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45% de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador.

La gran invalidez es conceptualmente una situación de dependencia, debiendo coordinarse su regulación con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia[25]. La LMSS ha suprimido el segundo párrafo del artículo 139.4 de la LGSS, dejando sin efecto la posibilidad de sustituir la prestación económica por una de servicios gestionada por la Seguridad Social. Y la Disposición Adicional Novena de la Ley 39/2006 establece que los que tengan reconocida la pensión de gran invalidez tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia, en el grado y nivel que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta ley.

(22) ROQUETA BUJ, R. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M., y LÓPEZ TERRADA, E., *La Ley de medidas...*, *ob. cit.*, pág. 66.

(23) FERNÁNDEZ ORRICO, F., "La inminente reforma de pensiones de Seguridad Social", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 288, 2007, pág. 92, sostiene que hubiera sido preferible usar como referente la base reguladora y no la última base de cotización, puesto que aquélla expresa el promedio de las últimas bases de cotización.

(24) ROQUETA BUJ, R. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M., y LÓPEZ TERRADA, E., *La Ley de medidas...*, *ob. cit.*, pág. 66.

(25) BLASCO LAHOZ, J. F. y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J., *La última reforma...*, ob. cit., pág. 57.

La situación legal de desempleo con causa en la suspensión del contrato

LAURA MORA CABELLO DE ALBA

Profesora. Doctora Asociada (TC)
Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen

LA SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO CON CAUSA EN LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO

Este artículo trata sobre la situación de desempleo en la que desembocan muchos trabajadores y trabajadoras que han sido objeto de un proceso de regulación de empleo temporal o de reducción de jornada. Se analizan las normas que juridifican dicho proceso, pero especialmente las que regulan la protección por desempleo que esa situación causa. De esta manera, se estudia la prestación de desempleo por suspensión contractual que nace al albur del expediente de regulación de empleo temporal, su propio hecho causante y qué consecuencias tiene para las futuras prestaciones de desempleo de esos trabajadores y trabajadoras. Finalmente, se hacen las consiguientes apreciaciones acerca de un sistema de regulación de empleo que utiliza los expedientes de regulación de empleo como mecanismo jurídico al servicio de un instrumento económico de ordenación del coste de la producción, enfocado en la reducción del precio de la mano de obra.

Abstract

THE LEGAL SITUATION OF UNEMPLOYMENT WITH CAUSE IN THE SUSPENSION OF THE CONTRACT

This article deals with the unemployment situation in which end many workers that have been object of a process of regulation of temporary employment or of reduction of working hours. It is analyzed the norms that legalized this process, but especially those that regulate

the protection for unemployment that this situation causes. Thus, it is studied the unemployment benefit because a contractual suspension that borns because a file of regulation of temporary employment, its own causing fact and what consequences it has for the future unemployment benefits of those workers. Finally, are made the consequent appreciations about a system of employment regulation that uses the files of employment regulation as juridical mechanism at the service of an economic instrument of arrangment of the cost of the production, focused in the reduction of the cost of labour force.

Sumario:

I. Consideraciones generales. II. Prestación de desempleo por suspensión contractual. A) Delimitación de la contingencia: su carácter individual o colectivo. B) Hecho causante. a) Suspensión del contrato de trabajo y sus causas. b) Expediente de regulación de empleo. c) No voluntariedad del trabajador/a. C) Requisitos. a) Acreditación de la situación legal de desempleo b) Período de carencia: especial atención a las situaciones futuras de desempleo. D) Cuantía de la prestación. **III. Situación asimilada: reducción de la jornada y prestación por desempleo parcial.** A) Delimitación de la contingencia. B) Hecho causante. C) Requisitos. a) Situación legal de desempleo. b) Período de carencia y situaciones futuras de desempleo. **IV. Conclusiones. V. Bibliografía.**

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En España, el número de trabajadores y trabajadoras afectados por expedientes de regulación de empleo que causan la suspensión de la relación laboral es significativo, como lo es también el número de procesos de regulación extintiva o aquellos de reducción de la jornada laboral[1]. Este proceso se debe enmarcar dentro de un fenómeno mucho más amplio, que trasciende del escenario socioeconómico nacional de cada país, y que se re-

(1) De enero a octubre de 2007, el número de trabajadores/as afectados por expedientes de regulación de empleo autorizados de suspensión temporal fue de 26.476; extintivos, 19.733, y de reducción de jornada, 165. En ese período, las personas afectadas por regulación de empleo han sido 46.374, 11.351 más que en todo el año 2006. Sin embargo, se debe resaltar que desde 1995, salvo en los años 2001, 2003 y 2005, el número de trabajadores/as y de expedientes autorizados ha ido decreciendo. Así, de un total de 181.171 trabajadores/as afectados y 6.947 expedientes autorizados en 1995, en el año 2006, se encuentran 47.644 trabajadores/as y 3.710 expedientes. Datos ofrecidos por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en su página web *www.mtas.es*.

conduce al modelo posfordista de producción capitalista, cuyo objetivo, a escala global, parece ser la retirada del modelo de gran empresa con plantillas indefinidas y en condiciones laborales relativamente estables.

En este contexto, desde el ordenamiento jurídico español, las respuestas legales ante las exigencias empresariales de flexibilización normativa de las relaciones laborales, transitan por los expedientes de regulación de empleo. La lógica de éstos se basa en el derecho del empleador a dar por finalizado el contrato o suspender sus efectos en determinados supuestos regulados legalmente, siempre que concurran determinadas circunstancias[2]. Sin embargo, pese a la aparente simplicidad del asunto, la realidad de los expedientes es verdaderamente compleja y es un ejemplo evidente de que el conocimiento de la norma no explica, ni tan siquiera mínimamente, su realidad[3].

EL COSTE DE LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIZACIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO LO ASUME EL CONJUNTO DE LA CIUDADANÍA

Los expedientes de regulación de empleo son un mecanismo jurídico al servicio de un instrumento económico de ordenación del coste de la producción, enfocado en la reducción del precio de la mano de obra, lo que acarrea multitud de implicaciones vitales para los y las trabajadoras inmersos en ellos y multitud también de repercusiones económicas y políticas para el poder público, porque cuando, sistemáticamente, las plantillas de trabajadores y trabajadoras de las grandes y medianas empresas de un país se reducen de modo definitivo o temporal[4], un número muy alto de personas pasan a engrosar las listas del desempleo y de las jubilaciones anticipadas[5]. Las consecuencias son directas en las prestaciones por desempleo, en el sistema de pensiones, en el Fondo de Garantía Salarial,

(2) Se deben tener en cuenta los importantes cambios que introdujo la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, que atribuye al juez o jueza concursal funciones que venía desarrollando la autoridad laboral en materia de regulación de empleo y suspensión de contratos por causas económicas. A propósito, consultar GUALDA ALCALÁ, F.J., "El nuevo sistema de regulación de empleo en la Ley Concursal: problemas aplicativos esenciales", *Revista de Derecho Social*, núm. 23, 2003, págs. 225 y ss.

(3) Así lo entiende LÓPEZ PARADA, R., "Reformas legislativas en materia de expedientes de regulación de empleo: expedientes de regulación de empleo en empresas incursas en procedimiento concursal. La financiación del convenio especial de Seguridad Social en los expedientes de regulación de empresas no incursas en procedimiento concursal", *Revista de Derecho Social*, núm. 20, 2002, pág. 95.

(4) Puede ser interesante conocer que, en el año 2006, el mayor número de trabajadores/as afectados por expedientes de empleo autorizados correspondió a aquellas empresas que tienen entre 50 y 249 trabajadores/as (18.893 personas afectadas), frente a las empresas que tienen de 1.000 a 4.999 trabajadores con una cifra de 4.688 afectados/as. Información contenida en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *www.mtas.es*.

(5) En el año 2006, destacan las 11.367 personas afectadas en el sector servicios; 23.048, en actividades industriales; 2.905, en el sector agrario, y 472 en la construcción, resaltando el número de trabajadores/as afectados en el sector industrial que duplica el del sector servicios a pesar de que, en este último, haya incluso menor número de expedientes autorizados. Pareciera un síntoma más de la desaparición del escaso tejido industrial de este país, marcado claramente por la delocalización de la actividad en países del Sur, donde se produce más barato gracias, básicamente, al abaratamiento de la mano de obra. En este sentido, SASTRE IBARRECHE, R., "Deslocalización de empresas (reflexiones desde la perspectiva iuslaboral)", *Revista de Derecho Social*, núm. 32, 2005, págs. 11-43. Datos estadísticos de *www.mtas.es*.

etc.[6]. Son innegables las cargas que deben soportar entonces las cuentas públicas de un Estado del bienestar, asumiendo, en definitiva, el conjunto de la ciudadanía el coste de estas medidas de flexibilización de las relaciones de trabajo, a través tanto del pago de rentas de sustitución como desarrollando medidas de inserción social.

En particular, el objeto de nuestro estudio es, precisamente, la situación de desempleo en la que desembocan muchos trabajadores y trabajadoras que han sido objeto de un proceso de regulación de empleo temporal. Se analizarán las normas que juridifican dicho proceso, pero especialmente las que regulan la protección por desempleo que esa situación causa[7].

II. PRESTACIÓN DE DESEMPLEO POR SUSPENSIÓN CONTRACTUAL

A) Delimitación de la contingencia: su carácter individual o colectivo

La situación de necesidad a la que se hace frente con la prestación de desempleo trae su origen en la suspensión temporal del contrato de trabajo. De este modo, la prestación de desempleo protege a quienes cesan coyunturalmente en la actividad que venían desarrollando por suspensión del contrato de trabajo, ofreciendo una renta sustitutiva del salario mientras dure la situación de suspensión.

La situación de suspensión contractual puede ser individual o de carácter colectivo, pareciendo necesario en ambos supuestos que se produzca su autorización laboral a través de la aprobación de un expediente de regulación de empleo. El artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores dice, en singular, que "El contrato de trabajo podrá ser suspendido (...) con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51 de esta Ley (...)", por tanto, conforme a la regulación del despido colectivo. En este sentido también, el propio Preámbulo del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en Materia de Traslados Colectivos, aclara que esta norma deslinda "(...) los supuestos de extinción colectiva de las relaciones de trabajo de los de suspensión de las mismas, que a su vez no requieren el carácter de colectivas, aunque conforme al artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, el procedimiento, salvo determinadas especialidades, es el recogido en el artículo 51 de la norma estatutaria". Por tanto, parece que las normas optan por la exigencia de expediente de regulación de empleo temporal sea cual sea el número de contratos con intención de ser suspendidos.

(6) Así, por ejemplo, el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) abonó en enero de 2004 un total de 22 millones de euros en prestaciones, lo que supone un 32,5% más que el mismo mes del año 2003, en el que los pagos realizados ascendieron a 16,61 millones de euros. Datos ofrecidos por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Visto en el Diario *El País*, el 8 de marzo de 2004, Sección de Economía, pág. 72.

(7) En el año 2006, los trabajadores/as afectados por expedientes de regulación de empleo temporales fueron 13.618, tocando cada quien a 111 días suspendidos en su relación laboral, de un total de 1.511.633 días de suspensión.

Sin embargo, parecería llamativo que, si bien existe la figura del despido objetivo junto a la del despido colectivo para canalizar supuestos de extinción laboral que por las mismas causas no alcanzan los umbrales numéricos de trabajadores despedidos que impone la ley, se pueda pensar que para la suspensión de los contratos no juegue la misma regla. Si no es necesario un expediente de regulación de empleo para un despido individual por razones objetivas [artículo 52.c) del ET], no se mostraría razonable que, para lo menos, es decir, para causar la suspensión de un contrato por las mismas razones objetivas –económicas, técnicas, organizativas o de producción– se exija la tramitación de un expediente de regulación de empleo temporal. En apoyo de esta tesis, podría acudirse a la regulación de los supuestos de extinción o suspensión de la relación laboral por causa de fuerza mayor, ya que, en este caso, se marca una diferencia con el régimen general de las otras causas económicas de suspensión o extinción y es que la fuerza mayor "debe ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados" (artículo 17 del RD 43/1996). Si esto es así, debe ser porque en los otros supuestos, sí importa cuál es número de trabajadores/as afectados en relación con la exigencia de acreditación ante la autoridad laboral a través, claro, de expediente de regulación de empleo.

Por otra parte, teniendo en consideración la mayor simplicidad de tramitación de un expediente de regulación de empleo temporal y siendo la suspensión una medida garantista del principio de estabilidad en el empleo del trabajador o trabajadora, se podría comprender la utilidad de acreditar ante la autoridad laboral la conveniencia económica para la viabilidad futura de la empresa de la suspensión de una o de muchas relaciones de trabajo. En este sentido, se marca la diferencia con los expedientes de extinción de empleo, porque si la suspensión es un mecanismo jurídico protector de empleo, la ley debe proporcionar los instrumentos jurídicos que garanticen que así sea, independientemente del número de trabajadores/as al que afecte dicha suspensión. Por tanto, si la regulación legal de la suspensión está impregnada de la protección del interés del trabajador/a en la continuidad del vínculo laboral –sujeto que no recibirá ninguna indemnización, porque ésta únicamente procede como compensación de la pérdida de empleo– es razonable que los expedientes de suspensión *no requieran el carácter de colectivos*, conforme al artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, pero su procedimiento sea el del artículo 51, el de los despidos colectivos y, en definitiva, siempre se tenga que producir su autorización por la autoridad laboral, como medida aseguradora de la legimitidad y la necesidad de la propia suspensión contractual.

B) Hecho causante

a) Suspensión del contrato de trabajo y sus causas

La suspensión del contrato de trabajo se presenta en supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación de trabajo, que funcionan bajo un régimen jurídico peculiar: se suspenden los efectos del contrato, sus obligaciones básicas de prestar trabajo y pagar salario. El desempleo, como dice la norma básica de Seguridad Social, es total cuando se cesa de trabajar con carácter temporal en la actividad que se venía desarrollando y se es privado, consiguientemente, del salario (artículo 203.2 de la LGSS).

Parecería que se trata de garantizar el empleo "impidiendo recurrir a la resolución contractual cuando a una de las partes le resulta imposible en forma temporal o transitoria el cumplimiento de la prestación, cuando se da alguna de las causas de suspensión de los contratos que prevé el artículo 45 del ET"[8].

De este modo, las causas legales de suspensión de la relación contractual son las económicas, técnicas, organizativas o de producción [artículo 45.j) del ET]. Aunque, no sólo, puesto que es también causa habilitante de suspensión contractual la fuerza mayor temporal [artículo 45.i) del ET], que guarda cierta autonomía respecto a las demás y que goza de un procedimiento más sencillo de declaración[9].

Así, en la suspensión fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la autorización administrativa debe otorgarse siempre que del expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal "es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa" (artículo 47.1 del ET). La coyuntura es de crisis, pero ha de referirse tanto a circunstancias económicas que acaecen en determinado momento como a la justificación de la suspensión como medida que hará viable la empresa para el futuro.

Por su parte, en cuanto a la suspensión contractual por razón de fuerza mayor, como ya se adelantó, debe ser constada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados y la resolución laboral positiva tiene efectos, como es lógico, desde la fecha del hecho causante (artículo 19 del RD 43/1996).

b) Expediente de regulación de empleo

Se encuentran en situación legal de desempleo los trabajadores y trabajadoras cuyo contrato de trabajo se suspenda en virtud de expediente de regulación de empleo por causas económicas, tecnológicas, organizativas o de fuerza mayor (artículo 208.1.2 de la LGSS).

El procedimiento para tramitar la autorización administrativa será el propio de los despidos colectivos (artículo 51 del ET), pero, sin embargo, con una reducción a la mitad del período de consultas, que será, en todo caso, de quince días naturales, y siendo la documentación justificativa de la concurrencia de la causa alegada la estrictamente necesaria para acreditar que se trata de una situación coyuntural de la empresa [artículo 20.a) y b) del RD 43/1996, de 19 de enero][10].

(8) En este sentido, la STS de 12 de noviembre de1986 (RJ 1986\6191).

(9) Conforme a los artículos 17,18 y 19 del RD 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en Materia de Traslados Colectivos.

(10) El período de consultas de un expediente de regulación de empleo extintivo no puede durar menos de 30 días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores (artículos 51.4 del ET y 8 del RD 43/1996, de 19 de enero).

En particular, como se avisó anteriormente, la suspensión fundada en fuerza mayor precisa que ésta se constate con arreglo también al procedimiento de los despidos colectivos, pero de una forma aun más sencilla que el anterior y que consiste en que, en el período de cinco días desde la solicitud del expediente, la autoridad laboral debe certificar la existencia de la fuerza mayor (artículo 51.12 del ET y artículos 17, 18 y 19 del RD 43/1996, de 19 de enero). En cualquier caso, la existencia de la fuerza mayor suspensiva implica la posibilidad de reanudar el trabajo porque la fuerza mayor desaparecerá o sus efectos no han sido tan devastadores que impidan rehabilitar la actividad en el futuro.

Ambas causas de suspensión, frente a los expedientes extintivos de las relaciones laborales, no llevan aparejadas indemnizaciones (artículos 47.1 del ET y 20 del RD 43/1996).

c) No voluntariedad del trabajador/a

Evidentemente, el cese temporal de la actividad laboral no puede ser voluntario por parte del trabajador o la trabajadora, sino que, como se ha precisado anteriormente, debe reconducirse a las causas legalmente establecidas como suspensivas de la relación laboral y causantes de un expediente de regulación de empleo.

EL CESE TEMPORAL DE LA ACTIVIDAD LABORAL NO PUEDE SER VOLUNTARIO POR PARTE DEL TRABAJADOR

C) Requisitos

a) Acreditación de la situación legal de desempleo

Para acreditar la situación legal de desempleo se necesita la autorización administrativa del expediente de regulación de empleo (artículo 208 de la LGSS), que no es más que un permiso administrativo conferido al empresario en resolución dictada por la autoridad laboral, que consiente que se lleve a cabo dicho expediente. Se debe, no obstante, resaltar que no sólo se ha debido demostrar la existencia de una situación económica adversa para la empresa, lo que justifica la suspensión de los contratos de trabajo, sino que dicha medida además de ser coyuntural está orientada a la futura viabilidad de la actividad productiva.

b) Período de carencia: especial atención a las situaciones futuras de desempleo

El período de tiempo necesario de cotización que causa la prestación de desempleo es el mismo que en cualquier otra

situación de desempleo. Sin embargo, cuando se trata, como es el tema de nuestro estudio, de situaciones de suspensión de los contratos a través de un expediente de regulación de empleo, esos períodos de desempleo que se disfruten durante la suspensión de la relación laboral van consumiendo la propia prestación de desempleo, puesto que las cotizaciones que sirvieron para causar la prestación de desempleo por suspensión no servirán para una futura extinción o suspensión (artículo 210.3 de la LGSS y artículo 3.2, del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo), salvo en los supuestos especiales de reconversión y reindustrialización (Disposición Adicional Decimocuarta de la LGSS)[11].

De esta manera, las cotizaciones intercurrentes, es decir, las cotizaciones que se hagan desde la situación de suspensión en adelante, crearán una situación legal nueva y un futuro derecho de opción entre lo que reste de prestación y la apertura de un período nuevo, entre reabrir el derecho inicial por el período que le restaba y las bases y los tipos que le correspondían o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 153/1994, de 23 de mayo[12], denegó el amparo al sindicato Comisiones Obreras contra la Sentencia de 11 de junio de 1991 de la Sala de Revisión del Tribunal Supremo[13], que estimaba en parte el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de 26 de marzo de 1990 del Tribunal Supremo[14], que declaró nulos, entre otros, el artículo 3.2 del citado Reglamento de la Ley de Protección por Desempleo, alegando, de un lado, la indebida admisión del recurso de revisión, y, de otro, que el Gobierno se había extralimitado en el ejercicio de su potestad reglamentaria, lo que había producido entre los destinatarios de la norma diferencias de trato que habían de ser calificadas como discriminatorias. En consecuencia, el precepto 3.2 resulta, según el criterio del Tribunal Constitucional, plenamente conforme a Derecho y, por tanto, no lesiona el principio de igualdad entre aquellos cotizantes que ven interrumpida su relación laboral por causa de una suspensión involuntaria, pero que posteriormente se encuentran de nuevo en una situación de desempleo, sin que puedan disfrutar de todo el tiempo que realmente han estado cotizando antes y entre una prestación de desempleo y otra, y los que acceden directamente a la prestación de desempleo desde la extinción de sus contratos.

De manera que la prestación por desempleo se tiene que calcular desde el principio con carácter máximo en función de la ocupación cotizada, aunque la situación de desempleo sea temporal (desde la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, artículo 42). Y el trabajo posterior no actualiza la base reguladora que sirvió para calcular la prestación por desempleo

(11) En estos supuestos especiales, el Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, de Reconversión e reindustrialización, prevé que los trabajadores/as que queden en situación legal de desempleo, como consecuencia de la aplicación de este tipo de medidas laborales, tendrán derecho a la percepción de prestaciones de desempleo por el período máximo legal por una sola vez, con independencia de las cotizaciones previas que tengan acreditadas (artículo 21.1).

(12) RTC 1994\153.

(13) RJ 1992\4874.

(14) RJ 1990\3064.

temporal, como sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de febrero de 1994, en recurso de casación para la unificación de doctrina[15].

Por otra parte, durante el período de percepción de la prestación por desempleo, las cotizaciones sociales a la Seguridad Social de la parte empresarial continúan a cargo de la empresa en este supuesto de suspensión contractual, ingresando únicamente la Entidad gestora la aportación del trabajador/a, una vez efectuado el descuento en la propia prestación por desempleo correspondiente al trabajador/a. Pareciera, por tanto, que esta medida tiene cierto carácter penalizador respecto de la parte empresarial, elevando el coste empresarial de este recurso flexibilizador, que aunque le concede el derecho –con justa causa– de suspender la relación laboral, le impone sin embargo la asunción de las aportaciones sociales que, en las situaciones de desempleo típicas, asume la Entidad gestora de la Seguridad Social.

D) Cuantía de la prestación

La cuantía de la prestación por desempleo que trae causa en la suspensión del contrato de trabajo es igual a la de cualquier prestación por desempleo total (artículo 211 de la LGSS). Sin embargo, debemos volver a resaltar que, en caso de desempleo total por suspensión y posterior extinción, la base reguladora y el tope máximos son los que sirvieron para el primer período, sin actualización por el trabajo simultáneo o posterior (STS de 4 de febrero de 1994)[16].

Por su parte, en cuanto a la cotización a la Seguridad Social durante la situación de desempleo, la aportación del trabajador se reducirá en un 35% y será abonada por la Entidad gestora, que previamente la habrá descontado de la propia prestación de desempleo (artículo 214.4 LGSS). Dicha cotización, que se hará por contingencias comunes, por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, será el promedio de las bases de los últimos seis meses de ocupación cotizada por tales conceptos anteriores a la situación legal de desempleo.

III. SITUACIÓN ASIMILADA: REDUCCIÓN DE LA JORNADA Y PRESTACIÓN POR DESEMPLEO PARCIAL

A) Delimitación de la contingencia

Se considera como situación equiparable a la de desempleo por suspensión del contrato, la contingencia de aquellos que ven reducida su jornada ordinaria de trabajo, al menos, en una tercera parte (artículo 203.1 en relación con el 208.3 de la LGSS)[17]. Pero, como parece lógico, puesto que la relación laboral se mantiene, la prestación por desempleo será

(15) RJ 1994\798.

(16) RJ 1994\798.

(17) STS, en unificación de doctrina, de 14 de julio de 1997 (RJ 1997\6262).

parcial. De todos modos, se debe cumplir la condición de que el salario haya sido objeto de la misma reducción proporcional que la jornada (artículo 203.3 de la LGSS)[18].

B) Hecho causante

Se reduce temporalmente la jornada ordinaria por un período de regulación de empleo autorizado, por lo que no pueden estar incluidas las reducciones de jornada definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de vigencia del contrato de trabajo (artículo 203.3 último párrafo)[19]. Por descontado, la reducción de jornada no puede ser voluntaria.

C) Requisitos

a) Situación legal de desempleo

Se debe acreditar la situación legal de desempleo en virtud de la autorización conferida al empresario en resolución dictada por la autoridad laboral a través de expediente de regulación de empleo, que le permite la reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo en, al menos, una tercera parte[20].

b) Período de carencia y prestaciones futuras de desempleo

También, en el caso de reducción de la jornada, esos períodos parciales de desempleo van consumiendo la prestación de desempleo, puesto que las cotizaciones que sirvieron para causar la prestación por reducción de jornada no sirven luego para la extinción, salvo en los supuestos especiales de reconversión y reindustrialización (Disposición Adicional Decimocuarta de la LGSS). Además, los días consumidos por desempleo parcial por reducción de jornada se computarán como días enteros y no como días parciales, que sería lo razonable, a efectos de la duración total de la prestación[21].

(18) Las reducciones de jornada a través de expedientes de regulación de empleo son una realidad, que si bien no alcanza cifras astronómicas, es una práctica común. En el año 2006, las horas de reducción de jornada fueron de 83.729, lo que supone una media de 566 horas por trabajador/a (unos 149 trabajadores/as afectados). Se debe constatar un descenso notable del total de horas de reducción de jornada en 2006 respecto al año anterior (253.671 horas menos). Sin embargo, ha crecido respecto al año 2005 el número de horas de reducción por cada trabajador afectado (159 horas más). Datos ofrecidos por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en su página web *www.mtas.es*.

(19) Esta exclusión la introdujo en el artículo 203.3 de la LGSS la Ley 66/1997, de 30 de noviembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (Ley de acompañamiento) en su artículo 40. Sin embargo, hasta entonces, la "reducción definitiva de la jornada" era admitida en estos supuestos por el Tribunal Supremo (24 de febrero, 13 de mayo y 14 de julio de 1997) con el argumento finalista de proteger al trabajador tanto si la reducción es temporal como definitiva, más allá de la expresión "temporalmente" de la LGSS. Así, se expresan BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MONPARLER CARRASCO, M.A., *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

(20) A partir de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (artículo 40), que lo contempla expresamente, porque hasta entonces no había ninguna cobertura legal para ello y lo que se utilizaba era la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 del ET.

(21) Así lo ha entendido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas sentencias (SSTS de 26 de mayo. 21 de septiembre y 18 de octubre de 1993; 3 de noviembre y 23 de diciembre de 1994; 6 y 28 de marzo, 19 de mayo, 3 y 26 de julio de 1995; 6 de febrero de 1997).

IV. CONCLUSIONES

En definitiva, se pueden ofrecer algunas conclusiones que discurrirían en dos sentidos complementarios. El primero, que atañe a las apreciaciones que se merece el sistema de regulación de empleo a través de la suspensión contractual y, en segundo lugar, y como consecuencia de aquél, las prestaciones por desempleo que nacen a su albur.

Por tanto, inicialmente, debo referirme a esta medida de flexibilidad laboral regulada en nuestro ordenamiento, cuya comprensión desborda, y con mucho, la literalidad de la norma. Fue éste el punto del que se partió en este estudio, que los expedientes de regulación de empleo se muestran en la realidad como un reflejo de la profundización del nuevo modelo económico, que destruye lo poco que va quedando del anterior, alcanzado a través de la lucha sindical de los setenta, con la imposición de la "empresa difusa" y con el objetivo manifiesto de reducir los costes laborales por medio del recorte de derechos de los trabajadores y trabajadoras. Así, en la mayoría de las ocasiones, los expedientes de regulación de empleo temporales se utilizan por la empresa como una medida de presión en la negociación de un convenio colectivo, efectivamente con la intención de rebajar las condiciones de trabajo, a través de la amenaza de la existencia de un excedente de plantilla[22], como medida de presión frente a una huelga[23], o , directamente, los expedientes se utilizan como una "herramienta de flexibilidad" –dice la empresa– frente a un excedente de plantilla, como manera de sanear sus cuentas[24].

EL NUEVO MODELO ECONÓMICO DESTRUYE LO ALCANZADO POR LA LUCHA SINDICAL DE LOS AÑOS 70

(22) De esta manera, el 16 de marzo de 2004, después de una huelga exitosa de casi los 14.000 empleados de Seat (filial española del Grupo Volskwagen), en lucha por la negociación de su convenio colectivo, la empresa solicitó la suspensión temporal de los contratos de 415 empleados durante un año (desde el 1 de mayo hasta abril de 2005), medida que sólo se haría efectiva "si no hay acuerdo en el convenio" (portavoz de la empresa). La empresa reclamaba introducir en el convenio medidas de flexibilidad porque "Seat hoy carece de ellas, y si hay una excedente de plantillla, aprovechamos un mecanismo legal como es el expediente de regulación de empleo". *Vid*, en el Diario *El País* de 22 de marzo de 2004. El ERE se retiró cuando se introdujeron las medias de flexibilidad en el convenio colectivo (Diario *El País* de 28 de marzo de 2004), siendo paradójicamente una de esas medidas que los trabajadores/as tenían la obligación de trabajar algunos sábados más.

(23) El 30 de abril de 2002, se convocó una huelga en el sector del metal en Navarra, que fue desconvocada poco después de que la empresa Volkswagen anunciara un ERE temporal. En el año 2004, de nuevo, frente a una huelga convocada para el 30 de marzo por el sector del metal en Navarra, Volkswagen respondió presentando un ERE temporal, que finalmente fue retirado cuando los sindicatos hubieron desconvocado la jornada de huelga. La utilización de los EREs en este sentido serían una especie *sui generis* de cierre patronal.

(24) Un sector que ha utilizado los expedientes de regulación para sanear sus cuentas ha sido el del automóvil, sector que se halla en plena expansión, pero que prefiere producir en países del Sur, donde los costes de mano de obra son mucho menores. Así, en el año 2003, Seat presentó un ERE de suspensión temporal de contratos que afectó a 9.000 de sus 14.000 trabajadores o la empresa Ford que presentó también un ERE para la suspensión temporal de empleo de más de 400 empleados. Nissan o Iveco-Pegaso han apostado directamente por los expedientes extintivos.

Me parece oportuno ilustrar mis palabras con otro ejemplo concreto[25]. Los hechos se desarrollan durante el año 2002 en la empresa privada más importante de Navarra, la VOLKSWAGEN NAVARRA, SA, que ocupa entonces a unos 20.000 obreros y obreras. La empresa propone un expediente de regulación de empleo (ERE) que suspenderá los contratos de trabajo durante tres días con causa en dos noticias contradictorias. Por una parte, se conoce que posiblemente se incorporará un lote de producción extra del modelo de vehículo Seat Ibiza a la factoría navarra y, por otro, se anuncia la necesidad de reducción de producción en la planta a causa del descenso de ventas del Grupo en el mercado europeo. Por tanto, el mensaje es "hay trabajo, pero el contexto no es bueno", por lo que se justifica una suspensión contractual de tres días. "Pero el expediente de tres días era tan sólo el comienzo del conflicto"[26]. Empiezan las negociaciones entre la empresa y los sindicatos integrantes del comité de empresa. Por su parte, los medios de comunicación también juegan su baza y, pocos días después de la propuesta empresarial de suspensión, los titulares de los periódicos anuncian que la empresa, ante la previsible bajada de la producción, pronostica la reducción de su plantilla en 500 trabajadores y añade la ampliación del cierre de tres a cinco días. Sin embargo, la empresa admite que existe una solución para ese excedente de plantilla menos traumática que el despido, pasando siempre por la suspensión de cinco días. Así, el comité de empresa propone la aceptación de las cinco jornadas[27], resolución que firman con el único compromiso empresarial de no presentar el expediente de crisis hasta que no se hayan agotado las negociaciones en torno a las medidas de flexibilidad laboral con el fin de acomodar la plantilla a las previsiones de producción. El plazo se cumple y la empresa presenta un ERE extintivo para 590 trabajadores fijos de plantilla, pero, una vez más, plantea una alternativa al expediente y es, curiosamente, la reducción de la jornada y el salario en un 10% de acuerdo a las nuevas previsiones de producción. En definitiva, se aprovecha una situación coyuntural del mercado para modificar el convenio colectivo, utilizando el expediente de regulación de empleo, primero suspensivo y luego extintivo, como una amenaza en la negociación de los nuevos criterios de flexibilización laboral o, más propiamente dicho, de recortes de derechos laborales, como son una reducción de jornada y de salario.

El tiempo ha demostrado que aquello que se utilizó como medida disuasoria, de presión, para negociar a la baja las condiciones de trabajo por parte de la empresa, luego ha sido llevado a cabo y, además, en condiciones peores para los trabajadores/as[28]. Así, en el año siguiente, 2003, se aprueban siete expedientes suspensivos de regulación de empleo (1.500 trabajadores afectados) que supusieron una suspensión de entre 10 y 27 jornadas. Parece que no eran suficientes los cinco días de suspensión de 2002. En efecto, un año más tarde, el 13 de marzo de 2004, la empresa volvió a presentar un expediente de regulación de empleo de suspensión de 21 días para toda la plantilla, con el argumento

(25) Para el relato de esta experiencia me remito a la valiosa aportación de PÉREZ CAPITÁN, L. en "Volkswagen Navarra 2002: crónica de un conflicto", *Revista de Derecho Social*, núm. 21, 2003, págs. 209-223.

(26) PÉREZ CAPITÁN, L., *op. cit.*, pág. 213.

(27) Con el voto favorable de CCOO y UGT, la abstención de LAB y los votos en contra de ELA-STV y CGT.

(28) Se enfrentan a la suspensión de una relación laboral con una jornada ya reducida y con menor salario.

de "la bajada de ventas y por otras causas que puedan venir derivadas de conflictos con proveedores, además de previsibles problemas de suministro a causa de la huelga del sector del metal de Navarra del próximo día 30"[29]. La huelga fue desconvocada y el ERE, por el momento, retirado[30].

Y así, una institución jurídica como la suspensión de los contratos de trabajo, cuya misión parece ser dotar de la máxima estabilidad al vínculo contractual, porque "lo que en un contrato de otra naturaleza determinaría posiblemente su terminación, en el contrato de trabajo supone únicamente una interrupción de su continuidad[31], resulta que, en la práctica, cuando se enmarca dentro del contexto socioeconómico neocapitalista, a veces, no supone más que la crónica de una extinción anunciada con una larga agonía ya a sus espaldas.

Finalmente, en relación con el segundo aspecto que quiero tratar, la prestación de desempleo con causa en la suspensión contractual, se debe resaltar que estas situaciones, que no son voluntarias, suponen una merma de derechos en cuanto a las prestaciones de desempleo futuras que, salvo casos contados, como acabamos de ver, serán el sino de la mayoría de estas situaciones. En este sentido, si se comparan las cargas que sufren una y otra parte de la relación laboral suspendida, el balance resulta inclinarse hacia la parte débil, el trabajador o trabajadora, que además es supuestamente el que debe ser protegido por la ley en virtud del principio de estabilidad en su empleo[32]. Pero, en ese caso, no hay garantía ninguna, ni compromiso empresarial, de que la relación no se vaya a volver a suspender o extinguir en el futuro. Si se vuelve a suspender o se extingue, el trabajador/a se encuentra en una situación delicada en función de cuánto haya consumido previamente de su prestación de desempleo originaria o cuánto tiempo haya transcurrido desde la última suspensión contractual y, por tanto, haya podido seguir cotizando. Si acudimos, de nuevo, al ejemplo de la Empresa Volskwagen, aquellos trabajadores/as que vieron suspendida su relación laboral durante cinco días en 2002, y otros tantos días en 2003, a partir de ese momento y hacia el futuro, tendrán derecho o a la prestación de desempleo que causaron entonces (2002) o a la prestación de desempleo para la que han cotizado después del último período de suspensión. Es decir, en el supuesto bastante factible de que un trabajador/a de aquéllos sea objeto de un ERE suspensivo o extintivo en el futuro, disfrutará de lo que le reste de la prestación causada entonces (2002) o de la causada por su cotización desde la última suspensión, mientras que lo razonable sería que se sumaran los días cotizados antes y después de los posibles períodos de suspensión para obtener una prestación. Es una forma de recortar la duración de la prestación por desempleo, que se constata también en el caso de reducción de la jornada, porque no sólo esos períodos parciales de desempleo van consumiendo la prestación, sino que además los días consumidos por desempleo parcial se computan como días enteros y no como días parciales.

(29) Así lo explicó SÁNCHEZ BRUNA, Presidente del Comité de Empresa, que considera el ERE temporal "como una medida precipitada, desproporcionada e inadmisible (...) cuando hace poco nos comunicaron que somos los primeros del *ranking* en cuanto a calidad, ventas al cliente, productividad y otras cuestiones". *Vid.* en el Diario *El País* de14 de marzo de 2004.

(30) Información suministrada por el Diario *El País* de 27 de marzo de 2004.

(31) MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 686.

(32) Para mayor abundamiento, PÉREZ REY, J., *Estabilidad en el empleo*, Trotta, Madrid, 2004.

Y, por la parte empresarial, aquello que asume como carga extraordinaria es pagar su parte de las cotizaciones sociales del trabajador durante el período de suspensión y, por supuesto, acreditar de modo suficiente que la suspensión es necesaria, coyuntural y en beneficio de la viabilidad futura de la empresa. Imaginemos qué carga es para una empresa asumir cinco o más días de cotizaciones sociales, cuando se está ahorrando los salarios de esos mismos días. Por tanto, se puede afirmar que las contraprestaciones para una y otra parte de la relación laboral son bastante desiguales, sufriendo la parte trabajadora una merma en su prestación de desempleo bien importante.

En fin, mientras las empresas se sanean para ser más competitivas en un mercado global, las cuentas públicas asumen sus efectos "colaterales", y los intentan neutralizar, por el conflicto social que generan, a través de una cierta protección social. Pero, los expedientes de regulación de empleo, por su gran incidencia[33], suponen un gasto muy alto para el erario público, a lo que el poder ejecutivo, a través de sus reglamentos[34], ha respondido con fórmulas –como la que hemos tratado aquí– que cargan sobre las espaldas de la clase trabajadora parte de sus costes, ya que la cuantía y la duración de las prestaciones a las que deberían tener derecho se ven reducidas. De manera que son los trabajadores y las trabajadoras, los que con su trabajo y sus cotizaciones sociales contribuyen no sólo al sostenimiento del Sistema de Seguridad Social, que no les protege como debería, sino también a la "viabilidad" presente y futura de la empresa.

V. BIBLIOGRAFÍA

– BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA,J. y MONPARLER CARRASCO, M.A., *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

– GUALDA ALCALÁ, F.J., "El nuevo sistema de regulación de empleo en la Ley Concursal: problemas aplicativos esenciales", *Revista de Derecho Social*, núm. 23, 2003.

– LÓPEZ PARADA, R., "Reformas legislativas en materia de expedientes de regulación de empleo: expedientes de regulación de empleo en empresas incursas en procedimiento concursal. La financiación del convenio especial de Seguridad Social en los expedientes de regulación de empresas no incursas en procedimiento concursal", *Revista de Derecho Social*, núm. 20, 2002.

– PÉREZ CAPITÁN, L., "Volkswagen Navarra 2002: crónica de un conflicto", *Revista de Derecho Social*, núm. 21, 2003.

(33) En los últimos diez años, en España, se han aprobado 77.387 expedientes de regulación, que han afectado a 1.750.421 trabajadores (web MTAS), lo que supone unos gastos sociales altísimos para el Estado.

(34) Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.

– PÉREZ REY, J., *Estabilidad en el empleo*, Trotta, Madrid, 2004.

– SASTRE IBARRECHE, R., "Deslocalización de empresas (reflexiones desde la perspectiva iuslaboral)", *Revista de Derecho Social*, núm. 32, 2005.

La protección de la familia en la Seguridad Social francesa. Un modelo para el sistema español

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO

Profesora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
de la Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

NOVEDADES Y LECTURA "COMUNITARIA" DE LA LEY 38/2007: PARTICULAR INCIDENCIA EN LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA

La Seguridad Social francesa propone un modelo de protección familiar completo que bien podría servir de ejemplo para responder a la demanda de las familias españolas. Partiendo de esta idea, y sin perder de vista el actual replanteamiento que está sufriendo esta protección en Francia, en este trabajo se analizan sus principales elementos. Es importante ahondar en el concepto de hijo a cargo que incluye a todos sin diferencia, incluyendo a los acogidos. Asimismo, se examina la noción de prestación familiar, en la que tiene cierta incidencia el modelo de gestión separada del sistema. Por último, el criterio elegido para estudiar las diferentes ayudas ha sido su agrupación de acuerdo con sus principales objetivos: la atención a las familias numerosas, la asistencia a los hijos menores de tres años, la promoción de la escolaridad, el amparo de los grupos monoparentales y la lucha contra la pobreza.

Abstract

THE PROTECTION OF THE FAMILY IN THE FRENCH SOCIAL SECURITY. A MODEL FOR THE SPANISH SYSTEM

The French Social security proposes a complete model of family protection that well could serve of example to respond to the demand of the Spanish families. Leaving of this idea, and without losing sight the current approach that is suffering this protection in France, in this work

are analyzed its main elements. It is important to deepen in the concept of children in charge that includes all of them without difference, including those taken in. Also, the notion of family benefit is examined, in which has certain incidence the administration pattern separated from the system. Lastly, the choosen criterion to study the different benefits has been its association according with its main objectives: the attention to the numerous families, the attendance to the children smaller than three years, the promotion of the schooling, the protection of monoparental groups and the fight against the poverty.

Sumario:

I. Introducción. II. El concepto de familia en el derecho de la Seguridad Social francesa. A) El papel de la mujer dentro de la familia. B) El concepto de hijo a cargo en el derecho francés. a) La protección de todos los hijos y los acogidos. b) La edad como elemento de protección. c) La condición del número de hijos de las familias. **III. La noción de prestación familiar en el derecho francés. IV. Los objetivos principales de las prestaciones familiares francesas.** A) Primer objetivo: las familias numerosas. B) Segundo objetivo: la protección de los hijos con menos de 3 años. C) Tercer objetivo: promoción de la escolaridad. D) Cuarto objetivo: la atención de las familias monoparentales. E) Quinto objetivo: La redistribución de la renta. ANEXO 1. Esquema de las prestaciones familiares en Francia. ANEXO 2. Las prestaciones familiares y sus condiciones de acceso.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad se está asistiendo a un importante cambio de roles sociales de la familia que provocan nuevas necesidades en el desarrollo de sus funciones. Estas modificaciones no pueden ser ignoradas por las políticas públicas que deben colaborar en la facilitación de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral de los ciudadanos. En este ámbito, son fundamentales las medidas reguladas en el ámbito de la Seguridad Social.

El sistema actual de la Seguridad Social español no responde a las necesidades planteadas por los grupos familiares. Las ayudas concedidas distan mucho de cumplir el mandato a los poderes públicos de conceder protección social adecuada que recoge el artículo 39

de la Constitución[1]. Es por esto que se entiende preciso el estudio de la atención concedida a la familia por otros sistemas de nuestro entorno con el fin de disponer de ejemplos para una posible reforma futura en esta materia. En concreto, se ha elegido el análisis del modelo francés por entender que dispensa una atención completa que trata de cooperar con la institución familiar en el desenvolvimiento de sus funciones diarias[2].

Las prestaciones familiares en Francia surgieron a partir de la necesidad de completar los salarios de los trabajadores[3], insuficientes sin lugar a dudas, que no garantizaban el sostén de las familias, sobre todo cuando éstas eran numerosas. Además de esta finalidad, igualmente influyó en su aparición la búsqueda de objetivos natalistas. De esta forma, el inicio de la protección a la familia en este sistema no dista en mucho de la causa de aparición de estas ayudas en España. Lo que sí ha sido diferente es la evolución posterior de la atención, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo.

EN 1978 EL SISTEMA FRANCÉS SUPRIMIÓ LA CONDICIÓN LABORAL PARA ACCEDER A LAS AYUDAS

De acuerdo con este origen, las prestaciones familiares francesas se concedieron en un principio a quienes realizaban actividad profesional. Aunque con anterioridad ya se había reducido la importancia de este requisito en algunas prestaciones concretas, fue en 1978 cuando se supera esta característica y se suprime la condición laboral para acceder a las ayudas[4]. Desde este momento se van a regular estos beneficios dentro del ámbito de la protección no contributiva, reconociendo un derecho subjetivo a todos los ciudadanos que cumplan las demás condiciones marcadas por la norma.

En todo caso, como es lógico, la excepción a esta regla son las prestaciones familiares que se relacionan con la actividad profesional de los beneficiarios. Es decir, los supuestos en que la

(1) Incluso después de la publicación de la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción (BOE núm. 275, de 16 de noviembre de 2006).

(2) No obstante, aun siendo un modelo bastante más completo que el regulado en España, se ha descrito en ocasiones como insuficiente, entendiendo que queda lejos de conseguir una protección completa de las necesidades de las familias. *Vid.* LABORDE, J.P., "Las prestaciones familiares en Derecho francés: Noción y tipologías", *Seguridad Social y familia*, La ley-Actualidad, 1999, pág. 57.

(3) Sobre el particular se puede consultar, PIPPI, F., *De la notion de salaire individuel a la notion de salaire social*, Bibliothèque d'ouvrages de Droit Social, tomo VIII, París, 1966.

(4) En el sistema español de la Seguridad Social no fue hasta la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, cuando se reconoció la naturaleza no contributiva de las prestaciones familiares. No obstante, esta condición ya había sido apuntada con anterioridad por la Ley 2/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social.

protección dispensada surge directamente del abandono o reducción de la actividad para dedicarse al cuidado de los hijos, en el mismo sentido que la ayuda no económica por hijo a cargo que se regula en el sistema español.

Por otro lado, con independencia de que luego se profundice en esta cuestión, hay que mencionar que otro de los requisitos empleados en el acceso a las prestaciones familiares es la carencia de recursos. Aunque no se regula como un requerimiento general, no obstante el derecho a un gran número de beneficios se condiciona a que el beneficiario demuestre que sus ingresos no superan cierto umbral. Con esta circunstancia se da cobertura a un objetivo de redistribución vertical de la renta entre los grupos familiares[5]. Esto es, a una distribución desde las familias con más patrimonio hacia las que poseen menos.

Dicho sometimiento a los límites de ingresos como condición de acceso a las prestaciones familiares está creando un mayor debate en Francia. La necesaria reducción de la atención de la protección a la familia que algunos predican, debido al déficit del sistema de la Seguridad Social, pasa más que por disminuir el número de prestaciones por elevar los topes de rentas que expulsan del derecho a la protección.

Partiendo de estas premisas, a continuación se va a realizar el análisis propuesto. Se iniciará este estudio con el necesario acercamiento al concepto de familia en el ámbito de Seguridad Social y la delimitación de las prestaciones familiares en Francia. Posteriormente, se pasará al examen de los beneficios concretos. El hilo conductor elegido para esta aproximación es su clasificación por objetivos. Para finalizar se aportan dos anexos con el fin de colaborar en la comprensión del contenido de cada una de las ayudas incluidas en este ámbito.

II. EL CONCEPTO DE FAMILIA EN EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL FRANCESA

Para una mejor comprensión del concepto de prestación familiar parece conveniente iniciar este análisis con un estudio somero de la noción de familia en el ámbito de la Seguridad Social francesa. Hay que partir de la importancia de esta institución en la sociedad francesa que se refleja en la legislación, tal y como se recoge en la Ley de 25 de julio de 1994, relativa a la familia, que reafirma el valor de esta agrupación. Asimismo, es importante poner en evidencia que la norma trata de adaptarse continuamente a los cambios sociales. Como ejemplo de esta afirmación, se puede señalar la reciente inclusión en 2007 de la regulación del régimen de concesión de las prestaciones familiares cuando el hijo convive en residencias alternativas, realidad social muy común en el supuesto de familias

(5) DUPEYROUX, J.J., *Droit de la sécurité sociale*, 14ª ed., Dalloz, 2005, pág. 699.

en las que se ha producido la ruptura de la relación entre los progenitores[6]. O también la especial atención concedida a las familias monoparentales, es decir, aquellas que se encuentran encabezadas por un solo progenitor, a las que se otorgan ciertas prestaciones especialmente diseñadas teniendo en cuenta sus problemas[7].

En todo caso, no hay que perder de vista que el concepto familiar en Francia, como en el resto de los países cercanos, no es cerrado, sino que se trata de una noción abierta y en perpetua evolución desde diversos puntos de vista: la relación entre sus miembros, el número de sus componentes, las funciones que asumen, entre otros. Todos estos cambios no pueden ser obviados por la legislación, sino muy al contrario deben ser asumidos, tratando de colaborar en sus nuevas relaciones.

A) El papel de la mujer dentro de la familia

En este punto, es fundamental el análisis de la tendencia histórica de las prestaciones familiares a provocar que la mujer abandone su actividad laboral para dedicarse al cuidado directo de su familia. Se han concedido ciertos beneficios de acuerdo con esta opción, con lo que parecía que se premiaba esta decisión frente a la continuación del trabajo, conciliándolo con la vida familiar.

No obstante, a partir de las sesiones del Congreso de 2003 se inicia un cambio en la ideología perseguida. Se presentó una propuesta de modificación de la política familiar, que rompía con la anterior tendencia descrita[8]. Consistía en conceder a cada hogar con hijos menores de 3 años una cuantía determinada sin tener en cuenta la condición de laboralidad. Así, cada unidad familiar elegiría la forma de invertir este beneficio: cuando se optase por que la mujer desempeñase su trabajo fuera del hogar, se podría emplear en el pago de quien se encargarse del cuidado del hijo. Al contrario, si la decisión era la permanencia de la madre en la casa, dedicándose a la atención directa del descendiente, esta ayuda compensaría los ingresos perdidos por no ejercer actividad laboral[9].

Con posterioridad esta idea fue acogida en la regulación de las prestaciones familiares[10], aunque matizada, de forma que se incluyeron las dos tendencias presentadas en relación a la condición laboral de la mujer. Por un lado, existe en la actualidad un beneficio que busca facilitar la incorporación de la mujer al mundo laboral a través de la concesión de una ayuda con el objeto de contratar a un cuidador para los hijos en el supuesto de que ambos

(6) Decreto 207-550, de 13 de abril, relativo a las modalidades de cálculo y pago de las prestaciones familiares en caso de residencia alternativa de los hijos en el domicilio de cada uno de los progenitores y que modifica el Código de la Seguridad Social.

(7) Es la denominada *Allocation de parent isolé*.

(8) Esta propuesta fue presentada por la diputada Colette Codaccioni.

(9) Sobre el particular se puede consultar, GRIGNON, "A propos de l'allocation parentale de libre choix", *Recherches et Previsions*, núm. 36/1994.

(10) Fue introducida por la Ley de 18 de diciembre de 2003.

progenitores trabajen fuera del hogar[11]. Por el otro, se protege a quien decide abandonar su trabajo de forma total o parcial para dedicarse al cuidado de un menor de 3 años, la mujer en el mayor número de casos, a través del reconocimiento de una cuantía que compensa en parte la pérdida del salario[12]. En el mismo sentido, se otorgaba otra prestación que consiste en un ayuda durante un año para quien decide dedicarse al cuidado de un hijo enfermo, que haya sufrido un accidente o se encuentre discapacitado[13].

En esta línea, en principio con la combinación de estos dos tipos de ayudas no existe ingerencia pública en las decisiones de las familias sobre su modelo de cuidado de los hijos. Dicho en otras palabras, se evita que finalmente sea una cuestión económica, patrocinada por el propio Estado, la que imponga la opción del modelo familiar. En cualquier caso, se trata de proteger la libertad del ciudadano, evitando el intervencionismo público. Se debe conceder el acceso a medidas de conciliación de la vida familiar y laboral de distinto corte, pero sin fomentar la decisión de los sujetos por un estilo de vida concreto.

No obstante, esta afirmación no es totalmente cierta, ya que los requisitos de acceso a la ayuda concedida cuando se abandona la actividad laboral son de menor entidad que los exigidos para el beneficio reconocido para contratar un medio de cuidado para los hijos ajeno al familiar. Así, en el primer supuesto, la obtención de la prestación no se encuentra sometida a condición de recursos, esto es, se otorga con independencia de las rentas familiares, aunque sí se exige el cumplimiento de cierto plazo de carencia en el sistema de la Seguridad Social. Mientras que en el segundo caso se recibe la cuantía dependiendo de los ingresos de las familias. En definitiva, en cierto modo se sigue fomentando en mayor medida la opción del abandono del trabajo para dedicarse al cuidado directo de los hijos[14].

B) El concepto de hijo a cargo en el derecho francés

a) La protección de todos los hijos y los acogidos

En el sistema de Seguridad Social francesa se entiende como carga tanto a los hijos legítimos, naturales o adoptados, así como a los acogidos. De esta manera, la noción empleada es más amplia que la del derecho español que sólo reconoce a los efectos de la protección de las prestaciones familiares a los hijos y no a los acogidos. No obstante, una primera aproximación a esta cuestión se encuentra en la introducción por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectividad de mujeres y hombres, que declara el derecho a la prestación de maternidad y paternidad en caso de acogimiento, en todas sus modalidades (preadoptivo, permanente y simple). Esta opción parece adecuada

(11) *Complement de libre choix du mode de garne*. Con anterioridad a la creación de este beneficio, en la misma línea, se regulaba una prestación concedida con el fin de contratar a una persona para que cuidase de los hijos en el domicilio (*Aide pour l'emploi d'une assistance maternelle agrée*)

(12) Se trata del *Complement de libre choix d'activité*.

(13) *L'allocation de présence parentale*.

(14) Por otro lado, la norma fiscal también busca principalmente este objetivo, ya que incluye determinadas ventajas para las familias con un solo miembro en activo, penalizando, por tanto, el trabajo femenino.

puesto que todos ellos pueden provocar idénticos costes en las familias que los hijos, y es la compensación de estos gastos lo que se trata de atender con estas ayudas.

Por lo tanto, en las prestaciones familiares en Francia se busca conceder la protección a quien realmente asume la carga efectiva y permanente del niño, sin valorar realmente el nexo familiar que les une (hijos o acogidos)[15]. De esta forma, será preciso determinar en primer lugar quién asume la carga, para con posterioridad establecer quién tiene el derecho a la protección. Esta cuestión plantea a veces graves problemas a nivel probatorio. Así, no sólo pueden asumirla los padres, sino también un tercero, por ejemplo, una institución, a cual se le podría conceder el derecho a la prestación generada por el menor.

Por otro lado, no es difícil determinar quién asume la carga efectiva y permanente en el caso de hijos que conviven con ambos padres, hecho que se presume a la hora de conceder la protección. Surgen mayores conflictos en los supuestos en los que los progenitores se separan o divorcian, puesto que deberá elegirse cuál de ellos debe percibir el beneficio. En principio, se presume que es la madre quien asume este papel. Esta solución se ha impuesto debido a la dificultad en algunos supuestos de identificar quién realmente asume la carga efectiva y permanente. En esta dirección, la legislación también se ha ocupado recientemente de establecer el reparto de las prestaciones familiares en el supuesto de que los hijos permanezcan por temporadas con los padres.

SE CONCEDE LA PROTECCIÓN A QUIEN REALMENTE ASUME LA CARGA SIN VALORAR EL NEXO FAMILIAR QUE LES UNE

A estas dificultades descritas se une el conflicto de establecer qué se entiende por carga estable y permanente. En principio dicha carga no sólo se valora desde el punto de vista financiero, es decir, desde la perspectiva de quien asume los costes del sujeto, sino que se amplía a otras circunstancias como las labores de cuidado directo y tutela[16].

En definitiva, con la regulación mencionada se ha buscado en parte la sustitución de la idea de protección a la familia y a la filiación por la atención de la carga que supone el cuidado de un menor. En cierto modo, se han decantado por conceder un derecho al menor, cuasi personal, más que una asistencia

(15) Artículo 513.1 del Código de Seguridad Social francés.

(16) Circular de la CNAF, núm. 96- 46, de 22 de noviembre de 1994. Al contrario, *vid.* Cour de cassation sociale de 25 de noviembre de 1993 (RJS 2/1994, 187).

al grupo familiar al que pertenecen[17]. Partiendo de la idea de que las prestaciones se conceden a los progenitores por asumir la carga de sus hijos, pero también se reconoce a terceros cuando son quienes tienen a los menores a su cargo, parece que los verdaderos propietarios de las prestaciones son los niños, mientras que los progenitores o tutores serían los usufructuarios y garantes de los beneficios, en nombre de estos últimos[18].

No obstante, esta afirmación se contradice por la exigencia de ciertos requisitos para acceder a la protección analizada. Así, por ejemplo, muchas prestaciones demandan la carencia de renta de los progenitores para optar por el derecho. Por otro lado, la atención concedida en el supuesto de que los hijos queden huérfanos se pierde cuando el progenitor superviviente se casa o vive maritalmente[19]. Ninguna de estas dos condiciones parece respetar la afirmación realizada anteriormente sobre que las prestaciones familiares son derechos de los niños, puesto que, en otro caso, se les concedería el amparo, sin sopesar las circunstancias anejas a sus progenitores. Dicho en otros términos, se puede deducir que los beneficios analizados en Francia no han conseguido independizarse completamente de la idea de la protección a la familia, como en un primer momento parece que se perseguía.

b) La edad como elemento de protección

En general, la edad establecida hasta la cual se entiende que el hijo o acogido es una carga a los efectos de la Seguridad Social es de 16 años. Este límite viene determinado por el momento hasta el que la enseñanza es obligatoria y, consecuentemente, hasta el cual está prohibido desarrollar actividad laboral. No obstante, en una reciente modificación se ha elevado hasta 20 años cuando se demuestra la ausencia de ingresos en cantidad superior al 55% del salario mínimo. Esta tendencia se inserta en la línea determinada por la Unión Europea de ampliar el límite de edad hasta la que debe protegerse a los hijos.

En este sentido, las prestaciones familiares españolas quedan lejos de la edad marcada en la Seguridad Social francesa, esto es, 18 años, sin que por encima de este momento pueda considerarse como carga con independencia de los ingresos de los que disponga. Sin embargo, al contrario, en el supuesto de protección por orfandad, incluida como parte de las prestaciones familiares en Francia, se otorga el beneficio hasta edades más avanzadas como son los 22 y los 24 años, respectivamente, para los huérfanos simples y para los absolutos.

En cualquier caso, siguen existiendo voces que abogan por la necesaria ampliación de la protección a todos los hijos sin marcar ninguna edad, siempre que dependan de los pa-

(17) MONEGER, V., "La convention de l'ONU sur les droits de l'enfants", *Revue de Droit sanitaire et Social*, 1990, pág. 275. DELBARD, D., "La convention internationale des doits de l'enfant et le principe fondamental de protection de l'enfant en droit français", *Revue de Recherche Juridique*, núm. 2/2001, pág. 907.

(18) HUDE, "Économie, société et politique familiale", *Droit Social*, mai 1997, pág. 445.

(19) Es la actual *allocation de soutien familial* que ha sustituido desde 1984 a *allocation d'orhelin*.

dres y no tengan ingresos propios, dada la evolución social de Francia, donde al igual que en España, cada vez se continúa en el hogar familiar hasta edades más avanzadas.

Además del asunto de los límites, la edad también juega un papel importante en ciertas prestaciones, dado que algunos beneficios se conceden a los progenitores con hijos menores de 3 años. Parece que esta opción se basa en los mayores problemas de cuidado que tienen estos hijos, dadas sus necesidades propias como la mayor dificultad de acceso a la educación. Se concede una prestación, que es una de las principales del sistema, por los hijos desde su nacimiento hasta que cumplen 3 años con el fin de atender sus especiales necesidades[20]. En esta misma línea, se puede mencionar la protección dispensada desde el sistema fiscal español para todas las mujeres trabajadoras con hijos menores de 3 años como ayuda para su cuidado, que ha elegido este sentido de la protección[21].

c) La condición del número de hijos de las familias

Para el acceso a algunas de las prestaciones familiares en el sistema francés se tiene en cuenta el número de sujetos a cargo que tienen las familias. En algunos casos, sólo se concede la atención cuando existen al menos dos hijos o acogidos y, en otras ocasiones, se exige que sean tres. Esta demanda se relaciona, por una parte, con elementos relacionados con objetivos natalistas, es decir, con la idea de apoyar a las familias más numerosas; mientras que en otras situaciones tiene su origen en considerarla una forma de limitación del derecho, cuando se entiende que no es posible conceder a todos los grupos sin establecer otros requisitos.

En cualquier caso, esta condición plantea importantes problemas prácticos. Así, por ejemplo, una primera cuestión es la determinación de la forma de contabilizar a los hijos cuando no viven todos con el mismo progenitor, cuando los padres han cesado su convivencia. En este caso, habrá que estar al elemento fundamental para conceder las prestaciones familiares en Francia, es decir, a la asunción de la carga efectiva y permanente de los descendientes. De esta manera, se contabilizarán sólo los que realmente estén conviviendo con cada padre a la hora de reconocer los beneficios a cada uno de ellos[22].

III. LA NOCIÓN DE PRESTACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO FRANCÉS

El concepto de prestación familiar en Francia es más amplio que el mantenido generalmente en el sistema de Seguridad Social español[23]. Así, como a continuación se verá, junto

(20) Es la *prestation d'accueil du jeune enfant* (PAJE).

(21) En la Ley de Financiación de la Seguridad Social (LFSS) de 2008 se incluye como novedad la concesión de la cuantía de la prestación denominada *rentrée scolaire*, otorgada como ayuda a la escolarización, según tramos de edad. La justificación de esta modificación se encuentra en la variación del gasto escolar de acuerdo con esta variable.

(22) Otra de las condiciones para acceder a las prestaciones familiares es la residencia en territorio francés. No se tiene en cuenta la nacionalidad de los protegidos, sino que habiten en Francia. No es posible exportar los beneficios cuando los hijos se encuentran en otros Estados, excepto en los supuestos de estudios de los extranjeros o cuando éstos se encuentran en algún país de la Unión Europea o con el que se haya firmado convenio internacional al respecto.

(23) Sobre la conceptuación amplia de las prestaciones familiares, *vid.* BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., *Las prestaciones familiares en el sistema de la Seguridad Social*, BOE, Madrid, 2005, págs. 118 y ss.

a las clásicas ayudas de mantenimiento o nacimiento, se establecen otras relacionadas con la vivienda, la educación, la orfandad, entre otras. En todo caso, hay que advertir que, al igual que en España, no existe un concepto unívoco, sino que la doctrina ha indicado diversas posibilidades. En concreto, existen tres criterios principales: el exegético, el teleológico y el orgánico[24].

El criterio exegético es aquel que entiende que prestación familiar es todo beneficio que enumera el artículo 511.1 del Código de la Seguridad Social francesa. En todo caso, se ha criticado que este modelo es artificial, ya que además de dejar a un lado ayudas que desde todo punto de vista son familiares, inserta otras que difícilmente pueden calificarse como tales, en la misma dirección que luego se mencionará para el criterio orgánico. En todo caso, se trata de una clasificación por la que optó el legislador en un momento determinado[25].

Respecto al criterio teleológico, se entiende que es prestación familiar toda aquella que deriva del elemento familiar. La aplicación de este juicio convierte en demasiado extensa a la lista de estas ayudas, puesto que son innumerables los beneficios que tienen relación directa con esta condición, o que incluso su cuantía depende en parte de esta circunstancia.

Por último, se baraja el criterio orgánico, cuya base se encuentra en la naturaleza del órgano que gestiona las prestaciones familiares. En el sistema de Seguridad Social francesa existen tres cajas distintas que organizan separadamente las diversas protecciones: la Caja Nacional de las Ayudas por Enfermedad (*Caisse Nationale de la Assurance Maladie*), la Caja Nacional de las Prestaciones relacionadas con la Vejez (*Caisse Nationale de la Assurance Vieillese*) y la Caja Nacional de las Ayudas a la Familia (*Caisse Nationale des Allocation Familiares*). Siguiendo esta división, se entenderían como prestaciones familiares todas aquellas que sean administradas por la última de estas cajas.

La dificultad de aceptar el criterio orgánico, que en un primer acercamiento parecería el más adecuado, es que la Caja Nacional de Gestión de Ayudas a la Familia atrae todas aquellas prestaciones que no pueden incluirse por su naturaleza en ninguna de las otras dos organizaciones mencionadas. Así, por ejemplo, se coordinan por este ente las ayudas individuales a la vivienda, a las concedidas a los discapacitados adultos, o incluso la Renta Mínima de Inserción (desde ahora, RMI). De forma que si se elige este modelo se incluirían ciertos beneficios que en nada se relacionan con elemento familiar debido a la *vis atractiva* que califica a este organismo. Por otro lado, esta opción no es trasladable a otros sistemas, por ejemplo al español, ya que el modelo de organización es totalmente distinto.

(24) En este análisis se sigue el estudio realizado por LABORDE, J.P., "Les prestations familiares: pluralité des typologies, incertitude de la notion", *Revue de Droit Sanitaire et Social*, núm. 30/1994.

(25) LABORDE, J.P., "Las prestaciones familiares en Derecho francés: Noción y tipologías", *op. cit.*, pág. 59.

Por último, otra definición es la que limita si una prestación es familiar según el término "carga familiar" que como ya se ha señalado, es el que en última instancia determina quién tiene derecho a la ayuda, cuando la asume de forma permanente y efectiva[26]. Dicho en otros términos, existe un beneficio a calificar como tal siempre que éste se destine a paliar la carga que se le impone a un hogar debido al aumento de los gastos relacionados con los miembros que lo componen.

Desde esta última perspectiva, se podría establecer un concepto de prestaciones familiares basándose en dos elementos: Un primero se relacionaría con la familia y otro con la carga. Siguiendo este criterio, prestaciones como la de viudedad se quedarían fuera de esta noción, en cuanto a que su concesión no se basa en el aumento de gastos de los miembros pertenecientes a la institución familiar, sino que, al contrario, su origen se encuentra en la reducción de ingresos que deriva de la muerte de uno de sus componentes[27]. En sentido divergente, sí podría insertarse como tal a la pensión de orfandad en cuanto a que en el sistema francés se concede como complemento de las reconocidas como prestaciones familiares[28].

LA PRESTACIÓN DE VIUDEDAD QUEDA FUERA DE LA NOCIÓN DE PRESTACIÓN FAMILIAR

IV. LOS OBJETIVOS PRINCIPALES DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES FRANCESAS

Para finalizar este estudio somero de las prestaciones familiares en el sistema de Seguridad Social de Francia se van a analizar las distintas ayudas desde la perspectiva de las finalidades principales que con ellas se persiguen. En particular, se trata de cuatro grandes objetivos: la protección de las familias numerosas, la atención de los menores de tres años, el amparo especial de los grupos monoparentales y la lucha contra la pobreza de las familias[29].

(26) Se entiende por prestación familiar toda ayuda, en especie o en natura, cuyo objetivo es permitir la constitución o desarrollo normal de las familias, pudiendo ser una aportación regular y permanente para el mantenimiento de sus miembros, cuya carga ha sido asumida por el jefe de familia o bien una ayuda especial en ciertos momentos de la vida de las familias, especialmente en el de su creación, pero independientemente de toda idea de cobertura de un riesgo social. Definición dada por la AISS recogida en *Droit Social*, núm. 5/1957, pág. 308.

(27) Algunos autores han encuadrado la pensión de viudedad dentro de las familiares de acuerdo con lo establecido en una Ley de 17 de julio de 1980, donde se recoge que este aseguramiento se encuadra en la confección de un *status* social de la madre, que a la vez se inserta dentro de la política familiar. No obstante, este beneficio se gestiona en la Caja de Vejez, lo que lleva a gran parte de la doctrina a excluirla de las denominadas prestaciones familiares.

(28) Sobre las concretas prestaciones, que se incluyen como familiares en el sistema de la Seguridad Social, *vid*. Anexo I.

(29) STECK, P., "Les prestations légales de la branche familiale de la Sécurité Sociale à l'orée du siècle", *Recherche et previsions*, núm. 68-69/2002, pág. 25.

A) Primer objetivo: las familias numerosas[30]

Esta finalidad tiene una relación directa con las tendencias natalistas origen de las prestaciones familiares en Francia. El número de familias numerosas, aun con el impulso continuado de las políticas familiares, se ha reducido de forma paulatina, dado que ha caído la tasa de fecundidad de modo alarmante. Con lo que en todo caso, se puede concluir que los beneficios concedidos desde la protección social no han sido suficientes para que las familias asuman los gastos anexos a la carga de los hijos, y menos aun a las preocupaciones aparejadas a este asunto.

Un claro síntoma de la prioridad de las políticas natalistas en la regulación de las prestaciones familiares en Francia es que en la mayoría de ellas se demanda contar al menos con dos hijos para su acceso y en muchas ocasiones con tres[31].

Así, por ejemplo, en la prestación relacionada con el nacimiento de los hijos y concedida hasta los tres años ("PAJE") en sus diversas facetas varía de acuerdo con el número de hijos de la familia protegida[32]. De esta manera, el complemento concedido por el abandono parcial o total del trabajo para dedicarse al cuidado directo de los hijos demanda al trabajador para acceder al beneficio distinto plazo de carencia de acuerdo con el número de hijos que mantiene y la posición que ocupa entre ellos el que da lugar a la renuncia a la actividad laboral (2 años para el 1er hijo; 4 años para el 2º y 5 años a partir del 3º). En 2006 se ha ampliado este derecho con la concesión de un importe superior y mejores condiciones cuando la excedencia tiene una duración de menos de un año, siempre que la familia esté compuesta por al menos tres niños[33].

Ya dentro de las prestaciones por mantenimiento también se busca la protección de la familia numerosa (*allocations familial*). La ayuda general es concedida a todas las familias por hijo a cargo desde 1998, antes sólo se otorgaba a las que tuviesen al menos dos. No obstante, esta nota sigue teniendo presencia en su regulación en cuanto a que su cuantía se determina de acuerdo con este dato: a más número de hijos, mayor protección por cada uno de ellos[34].

(30) STECK, P., "Les famillas nombreuses: clé de la politique familiale ou verrou? Evolutions des aides aux familles nombreuses", *Informations Sociales*, num. 115/2004, pág. 120.

(31) Le troxième enfant est devenu pour raisons tant sociales que démografiques le petit enfant de notre politique familiale en STECK, P., *Les prestations familiales*, Coll: Que sais je?, núm. 2771, PUF, 1993, pág. 6.

(32) Esta prestación se ha regulado en sustitución de otras cinco (Ley de financiación de la Seguridad Social de 2003). Sólo es aplicable para los nacidos después del 1 de enero de 2004, los demás siguen recibiendo la antigua protección (la ayuda concedida desde el primer hijo por todos ellos desde el cuarto mes de embarazo hasta los tres años del hijo; la ayuda por adopción, la ayuda parental de educación, relativa al abandono de la actividad laboral anterior, la ayuda por cuidado de hijo a domicilio y la ayuda por empleo de una asistenta maternal).

(33) Incluida por el artículo 86 de la Ley de Financiación de la Seguridad Social de 2006.

(34) La cuantía de las distintas prestaciones familiares se determina de acuerdo con una Base Mensual (BMAF) que se determina por decreto y se va actualizando cada año de acuerdo con el IPC. Respecto a la ayuda concreta aquí analizada, se concede un 32% de la BMAF por cada uno de los dos primeros, mientras que por los terceros y siguientes se concede un 41% de la BMAF. Este importe se eleva de nuevo para las familias de más de 3 hijos, ya que se añade un 9% más por cada hijo entre 10 y 15 años y un 16% por cada uno de los que sean mayores de 15.

En el mismo sentido, se reconoce la prestación complementaria de la ayuda anteriormente mencionada (*complement familial*) que únicamente se concede a las familias con más de tres hijos. Por lo tanto, este suplemento busca básicamente apoyar a las familias numerosas, en tanto que se entiende que con las prestaciones de mantenimiento generales, que ya son más ventajosas para ellas que para el resto de los grupos familiares, no se las ampara convenientemente.

En definitiva, existen prestaciones familiares en Francia que persiguen claramente finalidades de protección a la familia numerosa, que en muchos sentidos se relaciona de forma directa con la promoción de la natalidad. En cualquier caso, si se desea promocionar esta última cuestión parece que sería más efectivo conceder todas las ayudas desde el primer hijo, dado que así se incentivaría el deseo de tener los siguientes, con independencia de que posteriormente se conceda una mayor atención a los grupos cualificados como numerosos a los efectos de apoyar sus mayores gastos de mantenimiento.

En todo caso, al igual que en España, la baja natalidad es la nota predominante de la demografía de Francia, de forma que habrá que concluir que la concesión de ayudas a la familia numerosa no es eficaz a los efectos natalistas. Desde esta afirmación, habrá que deducir que su vocación será el premio a las que sí consiguen esta categoría y su protección a los mayores costes asumidos al tener un mayor número de hijos a su cargo.

B) Segundo objetivo: la protección de los hijos menores de 3 años

Muchas de las prestaciones familiares en Francia se conceden a las familias con hijos menores de 3 años. Esta finalidad tiene una especial incidencia cuando se regulan beneficios que persiguen facilitar a estos grupos, cuando trabajan fuera de casa ambos progenitores, el cuidado de sus hijos más pequeños. La determinación de esta edad coincide con el inicio de la etapa escolar, en la que existen ya centros adecuados para su cuidado y enseñanza.

Todas las prestaciones incluidas dentro de la ayuda concedida con el objeto de proteger la acogida de los niños pequeños se reconocen con el objetivo mencionado (PAJE). Así, se reconoce una ayuda a los hijos desde el nacimiento hasta los 3 años o durante este tiempo a contar desde el momento de la adopción[35]. La concesión de los complementos para la libre elección de actividad y para libre elección del modo de cuidado también se relaciona con hijos menores de la edad mencionada.

No obstante, recientemente se ha extendido la concesión del complemento de libre elección del modo de cuidado, que antes se concedía por menor de 3 años, hasta la edad de los 6 años. Además, se otorga no sólo para la contratación de un cuidador a domicilio, sino también en el supuesto que en el que se opte por llevar al hijo a una guardería de

(35) Es destacable que se ha elevado en esta prestación el montante de la ayuda concedida en caso de adopción desde 2005, de esta forma se ha insertado en las políticas familiares un objetivo más: la protección de las familias adoptivas. *Vid*. Decreto núm. 2005-1172, de 12 de septiembre, relativo a la mejora de la prima de adopción de la prestación de acogida por niño pequeño.

las denominadas *micro crèche*, esto es, en las que trabajan como máximo 3 cuidadores y 9 niños menores de 6 años[36].

C) Tercer objetivo: promoción de la escolaridad

Junto a estos beneficios que se reconocen para proteger a los padres con hijos menores de 3 años, existen otras ayudas, que se conceden a los beneficiarios de cualquier otra prestación familiar, las cuales consisten en el reconocimiento de cierta cuantía por hijo a cargo con edades comprendidas entre los 6 y 16 años. Es decir, se otorga causada por los hijos en edad escolar (*Allocation de rentrée scolaire*).

Para acceder a estas ayudas de pago único es preciso que los hijos, causantes de la prestación, se encuentren inscritos en un establecimiento público o privado de enseñanza. De esta condición se puede extraer la principal finalidad de este beneficio que no parece ser otro que el promocionar el cumplimiento de la normativa que establece la obligatoriedad de la enseñanza en este período de tiempo.

En todo caso, el reconocimiento de esta protección está sometido a la demostración de la carencia de rentas de los beneficiarios. De esta forma, la finalidad de fomento de la escolaridad de los menores se ve matizada por el objetivo de la redistribución de los recursos desde las familias con más medios a las que poseen menos. En definitiva, se está promocionando que los grupos familiares más necesitados escolaricen a sus hijos.

D) Cuarto objetivo: la atención de las familias monoparentales

Existe una prestación especial de concesión a los grupos familiares monoparentales (*allocation de parent isolé*), un incipiente tipo de familia que está en continuo crecimiento. Se trata de proteger a aquellas instituciones en las que hay un único progenitor que sostiene a la agrupación. De esta forma, la Seguridad Social francesa ha buscado el acercamiento de la protección a los nuevos modelos emergentes[37].

La prestación familiar mencionada se reconoce a toda persona que mantiene sola a un hijo o más a cargo, o bien se encuentra embarazada en las mismas circunstancias, siempre que sus recursos sean inferiores a las rentas determinadas. Su duración puede ser de 12 meses consecutivos o continuar hasta que el menor cumpla 3 años. De modo que se reconoce como una protección puntual en un momento determinado de necesidad de este grupo especial.

El mayor inconveniente de su concesión se encuentra en el necesario control de la soledad del beneficiario que demanda su reconocimiento. El Código de la Seguridad Social fran-

(36) Decreto 2007-959, de 9 de mayo de 2007, relativo a la prestación de acogida de hijo pequeño.

(37) Recientemente se ha introducido una nueva finalidad a esta prestación: será una protección subsidiaria al impago de las pensiones por alimentos. *Vid.* Decreto 2007- 876, de 14 de mayo.

cesa entiende que una persona está sola a estos efectos cuando es viuda, divorciada, separada de hecho o derecho, soltera o abandonada, sin que viva maritalmente con otro sujeto. Se entiende que está sola toda persona que no convive con otra y pone a disposición común con ésta sus recursos.

Una dificultad aneja es la comprobación de que realmente no convive con nadie, por lo que se denuncia el alto fraude de acuerdo con esta nota en esta protección. Para solventar esta cuestión, se han nombrado unos controladores pertenecientes a la Caja Nacional de la Gestión de las Prestaciones Familiares, los cuales vigilan que se cumplan en todo momento las condiciones necesarias para seguir percibiendo la protección.

Por otro lado, hay que poner de manifiesto que en todo caso se está refiriendo a la convivencia marital y no a otra. Así, es posible que se habite con un familiar o amigo con altas rentas y sin embargo, se acceda a la prestación y, al contrario, si la convivencia es con un sujeto sin recursos por el hecho de la naturaleza de la relación, ya no podría acceder a la atención. En definitiva, esta interpretación puede ocasionar grandes desequilibrios en cuanto que se puede impedir la protección a familias que realmente la precisen o concedérsela a otras que no la precisen.

EL MAYOR INCONVENIENTE DE LA PRESTACIÓN SE ENCUENTRA EN EL CONTROL DE LA SOLEDAD DEL BENEFICIARIO

Esta prestación se relaciona con la concedida como Renta Mínima de Inserción (RMI), es decir, con la ayuda concedida a quienes carecen de rentas suficientes para llevar una vida digna. De hecho, existe una relación de continuidad entre ambas protecciones, puesto que las dos son gestionadas por la Caja de las Prestaciones Familiares, y se reconoce la primera una vez que se deja de percibir la prestación por familia monoparental. La diferencia fundamental entre ambos beneficios es su importe, siendo bastante superior la concedida en caso de tener hijos a cargo. En la ayuda familiar se concede una cuantía por persona y otra por cada hijo que se tiene a cargo.

En otro orden de cosas, se ha criticado el efecto perverso que puede provocar esta prestación de desincentivación en la búsqueda de empleo, dado que su concesión está sometida a la carencia de ingresos suficientes, sobre todo cuando los posibles trabajos están remunerados con salarios bajos. Asimismo, esta crítica ya ha sido vertida en relación a la concesión del RMI. En todo caso, tampoco se trata de una cuantía suficiente para poder sobrevivir con holgura y su duración está limitada en el tiempo. La posterior inclusión como beneficiario del RMI

seguramente tendrá menos influencia en estas cuestiones, ya que, como ya se indicó, su importe es aun más reducido.

E) Quinto objetivo: la redistribución de la renta

En la regulación de las prestaciones familiares se puede optar por dos criterios de concesión: Por un parte, pueden reconocerse a todas las familias con independencia de sus recursos, es decir, pueden concederse de forma universal. Se trata de regularlas como prestaciones no contributivas de demogarantía. Por otra, puede decidirse otorgar las ayudas solo a los grupos más necesitados, buscando un objetivo de redistribución de la renta entre las familias. Esto es, se pueden regular como beneficios selectivos, de los cuales únicamente se beneficiarán los que demuestren que precisan del amparo. Aquí se optaría por incluirlas en el sistema como asignaciones no contributivas.

En el sistema francés, desde los años ochenta se ha establecido como uno de los objetivos principales de las prestaciones familiares[38]. En este sentido, la mayoría de las prestaciones familiares se regulan como beneficios selectivos en los que se tiene en cuenta el montante de los recursos de las familias protegidas. Teniendo en cuenta que se debe cumplir el principio de solidaridad y de reparto de rentas, el legislador ha optado por regular estos beneficios con el objeto de que contribuyan a la reducción de las desigualdades entre las familias. Parece que de este modo se busca un efecto redistributivo de corte vertical. Dicho en otras palabras, busca distribuir los recursos concediéndose a las familias más necesitadas, lo cual se demuestre a través de la prueba de carecer de recursos superiores a cierto límite establecido legislativamente. No obstante, no hay que olvidar que, como ya se ha mencionado, también se persigue cierto efecto redistributivo de naturaleza horizontal en cuanto a que en muchas ocasiones se compensan las cargas familiares de acuerdo con elementos como el número de hijos y la edad de éstos.

De esta manera, la política familiar se establece buscando objetivos de equidad y otras veces con fines natalistas, los cuales pueden considerarse como incompatibles en algunas ocasiones. Así, si se pone mayor acento en la demografía, podrán beneficiarse las familias con recursos superiores, cuando tuviesen un mayor número de hijos, aunque no precisasen la protección. Mientras que con el objetivo de la redistribución vertical es posible que no se atienda a todas las familias que lo precisan, pero al menos se garantiza que las que reciben los beneficios sí los necesitan.

El mayor problema que se presenta en este punto es determinar el umbral de rentas a partir del cual conceder la atención a las familias, puesto que si éste se determina demasiado bajo se corre el peligro, como ya se mencionó, de dejar desprotegidas a familias pertenecientes a los grupos de clase media que precisan de dicha protección para asumir la carga de sus hijos.

(38) STECK, P., "Prestations familiales et croissance" *Informations Sociales*, núm. 98/2002, pág. 100.

En concreto, se someten a condición de recursos dentro de las prestaciones incluidas dentro de las reconocidas por mantenimiento de hijo pequeño (*les prestations d´accuei du jeune enfant*), la concedida por razón de nacimiento o adopción de hijo, la concedida a los hijos desde este momento hasta los 3 años de vida. Respecto a los otros beneficios incluidos en este grupo, no se tiene en cuenta en el complemento concedido para la libre elección de la actividad, que dada su naturaleza obedece a criterios de abandono de la actividad laboral. Tampoco se valora la condición analizada para el acceso al complemento de libre elección de modo de cuidado, pero, sin embargo, sí se evalúa para determinar la cuantía determinada a la que se tiene derecho.

Respecto a las prestaciones de mantenimiento, sólo se somete a este requisito su complemento, mientras que la denominada como general se concede demostrando el desarrollo de una mínima actividad profesional, no por esto se convierte en una ayuda de naturaleza contributiva, sino que este requisito se mantiene como una mera obligación. Se concede a todas las familias, no obstante, se tienen en cuenta los recursos a los efectos de establecer la cuantía concreta de la atención.

En el mismo sentido, es preciso demostrar la carencia de ingresos suficientes para el reconocimiento de la prestación otorgada a las familias monoparentales. De modo que su objetivo de atender a este tipo de familias queda supeditado de nuevo a la finalidad de atender a los grupos que realmente lo precisan por contar con ingresos insuficientes. Asimismo, se establece como condición necesaria de acceso a la protección la demostración de la carencia de rentas suficientes en las prestaciones de alojamiento, que se reconoce cuando la familia tiene derecho a cualquier otra prestación familiar, y la concedida como ayuda de escolaridad.

Además, no se exige la demostración de la carencia de recursos en las concedidas para atender a los incapaces, la de orfandad y la que protege la presencia de los progenitores en el hogar para cuidar directamente a sus hijos. En el supuesto de la protección a los incapaces la concesión de la atención está directamente relacionada con la necesaria protección de los incapaces y la cuantía reconocida se determina de acuerdo con el grado de discapacidad reconocido relacionado con las necesidades de ayuda de una tercera persona para desarrollar las actividades normales de la vida.

En cuanto a la pensión relacionada con la de orfandad (*Allocations de soutien familial*) se concede a todos los huérfanos de padre y/o madre, los niños cuya filiación no ha sido determinada legalmente o aquellos cuyos progenitores no se hagan cargo de sus obligaciones de su mantenimiento o no paguen su pensión alimenticia. Este beneficio tiene como objeto la cobertura de la disminución de ingresos del núcleo familiar. Es curioso que en este supuesto en el que ha desaparecido uno de los padres se conceda la protección en todo caso, mientras que en la otrogada para atender a las familias monoparentales, situación bastante similar, sí se tengan en cuenta los ingresos de la familia.

En cuanto a la atención que se reconoce desde 2000 cuando un progenitor abandona la actividad laboral para dedicarse al cuidado directo de los hijos durante un año (*Allocation de présence parentale*), debido a enfermedad, accidente o discapacidad, no se somete a condición

de recurso, dado que el objetivo fundamental de esta ayuda es sustituir el salario perdido cuando se abandona el trabajo temporalmente. En definitiva, es una medida de conciliación de la vida familiar y laboral.

ANEXO 1

Esquema de las prestaciones familiares en Francia

	ESQUEMA DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES EN FRANCIA	
PRESTACIONES POR NACIMIENTO *Les prestations d'accuei du jeune enfant* (PAJE)[39]	Prima de nacimiento o adopción (*Prime à la naissanse*)	
	Prestación concedida desde nacimiento hasta los 3 años (*Allocation de base*)	
	Complemento de libre elección de actividad (*Complément de libre choix d'activité*)	
	Complemento de libre elección del modo de cuidado (*Complément de libre choix du mode de garne*)	
PRESTACIONES DE MANTENIMIENTO	Prestación general (*Allocations familliares*)	
	Prestación complementaria según recursos (*Complement familial*)	
	Prestación de orfandad (*Allocations de soutien familial*)	
	Prestación para progenitores de familias monoparentales (*Allocation parent isolé*)	
PRESTACIONES ESPECIALES	Prestaciones por incapacidad	Para hijos discapacitados (*Allocation d'éducation de l'enfant handicapés*)
		Para adultos discapacitados (*Allocation aux adultes handicapés*)
	Prestación de ayuda para los gastos escolares (*Allocation de rentrée scolaire*)	
	Prestación de permanencia del progenitor en el hogar al cuidado del hijo (*Allocation de présence parentale*)	
	Prestaciones de alojamiento	

(39) Estas prestaciones se aplican para los nacidos después de 2004.

ANEXO 2

Las prestaciones familiares y sus condiciones de acceso

	REQUISITOS DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES EN FRANCIA
PRESTACIONES SELECTIVAS (SOMETIDAS A CONDICIÓN DE RECURSO)	Prima de nacimiento o adopción (*Prime à la naissanse*)
	Prestación concedida desde nacimiento hasta los 3 años (*Allocation de base*)
	Prestación complementaria según recursos (*Complement familial*)
	Prestaciones de alojamiento
	Prestación para progenitores de familias monoparentales (*Allocation parent isolé*)
	Prestación de ayuda para los gastos escolares (*Allocation de rentrée scolaire*)
PRESTACIONES UNIVERSALES	Complemento de libre elección de actividad (*Complément de libre choix d´activité*)
	Prestación de orfandad (*Allocations de soutien familial*)
	Prestaciones por incapacidad
PRESTACIONES UNIVERSALES (pero con cuantía señalada de acuerdo con rentas de beneficiarios)	Prestación general (*Allocations familliares*)
	Complemento de libre elección del modo de cuidado (*Complément de libre choix du mode de garne*)
	Prestación de permanencia del progenitor en el hogar al cuidado del hijo (*Allocation de présence parentale*)

I. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Derecho social comunitario. A) Incumplimiento de la obligación de transposición de las directivas. B) Articulación entre libertades y derechos comunitarios. C) Jerarquía interna de las normas y principios comunitarios. **2. El principio de jerarquía normativa.** A) Sometimiento de la ley a la Constitución. B) Sometimiento del convenio colectivo a la Constitución. C) Sometimiento del convenio colectivo a la ley. **3. Aplicación de las normas en el tiempo.** A) Pensiones de viudedad y Ley de matrimonio homosexual: irretroactividad. B) Sucesión de leyes y alcance de la responsabilidad del FOGASA. C) Límites a la retroactividad del convenio colectivo. **4. Instrumentos atípicos de regulación colectiva.** A) Pactos, acuerdos y convenios colectivos extraestatutarios. B) Atribuciones normativas de las Comisiones Paritarias. **5. Concurrencia y articulación de convenios.** A) Concurrencia entre convenios estatales de sector y de ámbito inferior. B) Concurrencia de convenios y deber de negociar. C) Efectos de la concurrencia de convenios: ineficacia, no nulidad. D) Compensación y absorción de ventajas entre convenios. **6. La autonomía privada en derecho del trabajo.** A) Cláusulas abusivas en el contrato de trabajo. B) El finiquito y su alcance y valor liberatorio. C) Condición más beneficiosa. **7. Sentencias con efectos *extra partes*.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas recogidas en los números 13 a 16 de 2006 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1785 a J 2460).

1. DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

A) Incumplimiento de la obligación de transposición de las directivas

El sometimiento de los Estados miembros de la Comunidad Europea al Derecho Comunitario, y concretamente la obligación de ellos de aprobar normas de transposición de las directivas comunitarias dentro de los plazos establecidos por éstas, queda de manifiesto en la **STJCE de 29 de noviembre de 2007,** I.L. J 2081. Resuelve esta sentencia concretamente que España, por no aprobar en plazo las normas internas precisas para incorporar los mandatos de la Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 80/987/CEE, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, ha incumplido la obligación comunitaria de transposición de la directiva. La sentencia declara por ello formalmente que España ha incumplido las obligaciones que establece la directiva con la consabida condena en costas.

B) Articulación entre libertades y derechos comunitarios

Puede suceder en ocasiones que las libertades comunitarias de carácter económico –libertad de establecimiento, de prestación de servicios–, instituidas para satisfacer prioritariamente los intereses de las empresas, entren en contradicción con determinados derechos sociales de los trabajadores. Se ocupa de esta cuestión la **STJCE de 11 de diciembre de 2007,** I.L. J 2226, dictada en un caso en el que se suscita si el planteamiento de medidas de huelga y conflicto colectivo por un sindicato finlandés frente a una empresa también finlandesa de transbordadores marítimos con la finalidad de disuadirla de su propósito de abanderar sus buques en Estonia para rebajar los costes de producción constituye una restricción de la libertad comunitaria de establecimiento del artículo 43 del TCE, y si éstas es o no justificada, habida cuenta que la eventual restricción estaría amparada a la postre por el ejercicio de un derecho social tan básico como es el de huelga y planteamiento de medidas de conflicto colectivo.

La sentencia resuelve que la protección de la libertad de establecimiento que consagra el artículo 43 del TCE se proyecta no sólo frente a eventuales restricciones procedentes de la actuación de los poderes públicos sino también frente a las procedentes de las actuaciones de sujetos privados, de modo que el planteamiento de medidas de presión colectiva por los sindicatos pueden considerarse restricciones de la libertad de establecimiento conforme al artículo 43 del TCE. Ahora bien, como la restricción procede nada más y nada menos que del ejercicio de derechos sociales básicos de los trabajadores, como son el de huelga y planteamiento de medidas de conflicto colectivo, y la Unión Europea no es sólo sensible a las libertades económicas de las empresas sino también a los derechos sociales de los trabajadores, la cuestión radica en determinar si la restricción es justificada. A tal efecto, el criterio que aplica el TJCE es que sólo puede admitirse una restricción a la libertad de establecimiento si ésta persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general, siempre, asimismo, que sea

adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo que resulte necesario para alcanzar tal objetivo.

Aplicando estos criterios al caso concreto, la sentencia señala en primer lugar que la limitación de la libertad de establecimiento por el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores sólo puede admitirse si se comprueba que los empleos o las condiciones de trabajo de los trabajadores amenazados por el establecimiento de la empresa en otro Estado miembro están "comprometidos o seriamente amenazados", apreciación esta que corresponde hacer al tribunal nacional competente. En la hipótesis de que, a raíz de ese examen, el tribunal remitente llegara a la conclusión de que en el asunto del que conoce los empleos o las condiciones laborales de los trabajadores pudieran quedar efectivamente comprometidos o seriamente amenazados por las medidas que la empresa se propone adoptar –concretamente el cambio de pabellón de los transbordadores finlandeses, que pasarían a tener bandera estonia–, dicho tribunal también tendría que comprobar si la medida de conflicto colectivo adoptada por el sindicato es adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no va más allá de lo necesario para lograrlo. El tribunal resuelve que el ejercicio por los trabajadores de sus derechos colectivos puede ser una medida adecuada para la protección de los intereses de los trabajadores y que ello no va más allá de lo necesario para conseguir el objetivo perseguido cuando no haya otros medios menos restrictivos de la libertad de establecimiento, lo que, a la postre, corresponde analizar al tribunal nacional que plantea la cuestión.

Concluye de este modo la STJCE de 11 de diciembre de 2007 que el artículo 43 del TCE debe interpretarse en el sentido de que medidas de conflicto colectivo como las controvertidas en el asunto principal, que tienen como finalidad conseguir que una empresa cuyo domicilio social se encuentra situado en un Estado miembro determinado, celebre un convenio colectivo de trabajo con un sindicato establecido en ese Estado y aplique las cláusulas previstas por ese convenio a los trabajadores asalariados de una filial de dicha empresa establecida en otro Estado miembro, evitando de este modo el uso de la libertad de establecimiento, constituyen restricciones en el sentido de dicho artículo. Estas restricciones pueden estar justificadas, en principio, por la protección de una razón imperiosa de interés general, como la protección de los trabajadores, siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograrlo.

C) Jerarquía interna de las normas y principios comunitarios

Como no podía ser de otro modo, el principio de jerarquía normativa informa también la articulación interna del ordenamiento comunitario, pudiendo determinar la postergación de las previsiones de menor rango. La **STJCE de 18 de diciembre de 2007,** I.L. J 2047, dispone en este sentido que determinadas reglas de los anexos del Reglamento 1408/71, de 14 de julio, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad, resultan incompatibles con el principio comunitario de libre circulación de personas. Ello es así porque las citadas reglas, a efectos de prestaciones de vejez, impiden considerar como períodos de ocupación cotizados aquellos en que los trabajadores –de nacionalidad alemana– estuvieron traba-

jando y cotizando para la Seguridad Social alemana pero dentro de un territorio ocupado por Alemania y que hoy está dentro de las fronteras de otro país.

2. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

A) Sometimiento de la ley a la Constitución

Dice la **STS de 20 de septiembre de 2007,** I.L. J 1887, que no cabe entender contraria a la Constitución, concretamente al principio de igualdad consagrado en ella, la regla que establece un coeficiente de reducción de la pensión anticipada de jubilación del 8% para los trabajadores pertenecientes al antiguo Mutualismo Laboral. Esta regla, establecida por la Ley 35/2003, concretamente a través de la Disposición Transitoria Tercera de la LGSS, y distinta a la que introduce esta misma norma en el artículo 161.3 de la LGSS para quienes anticipen voluntariamente la edad de jubilación en régimen ordinario, es decir, para quienes no tuvieran la condición de mutualistas en fecha de 1 de enero de 1967, para los que se establecen unos coeficientes de reducción de la pensión anticipada inferiores, no se juzga contraria al principio de igualdad porque las situaciones de jubilación anticipada de ambos colectivos de trabajadores son distintas.

Según la sentencia, la cuestión controvertida ha sido resuelta ya por el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de mayo de 2006 (recurso 1043/2005), a la que ha seguido otra de 6 de junio de 2007 (recurso 3040/2006), que se han inclinado por entender que no estamos ante una diferencia contraria al principio de igualdad. La sentencia reproduce el razonamiento en que se apoya la decisión adoptada en estas sentencias: 1) el supuesto de jubilación anticipada voluntaria a los sesenta años por haber pertenecido al antiguo Mutualismo Laboral (afiliados al Mutualismo laboral en 1 de enero de 1967) es distinto al supuesto de jubilación anticipada por desempleo prolongado regulado en el artículo 161.3 LGSS; 2) dichos distintos supuestos de jubilación anticipada se diferencian en el título de atribución ("derecho adquirido" en el primero y dificultad de recolocación en el segundo), en la edad pensionable (sesenta y sesenta y un años, respectivamente) e incluso en la cotización mínima exigible para las escalas de coeficientes reductores bonificados o más favorables (treinta y un años para el supuesto de jubilación anticipada de antiguos mutualistas y treinta años para jubilación anticipada de asegurados en situación de desempleo prolongado).

Se trata por todo ello de situaciones de jubilación anticipada material y objetivamente distintas, por lo que resulta fundado y razonable, y por tanto compatible con el principio de igualdad, aplicar reglas diferenciadas. La sentencia nos recuerda en todo caso muy oportunamente que sus afirmaciones son válidas porque constituyen un juicio de constitucionalidad positivo, al considerar conforme a la Constitución el precepto cuestionado. Si se considerara que la norma cuestionada pudiera resultar contraria a la Constitución, por tratarse de una norma con rango legal, el Tribunal Supremo no podría pronunciarse, teniendo que plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pues el juez ordinario está como se sabe sometido "al imperio de la Ley" (artículo 117.1 de la Constitución).

La referida es sólo una de la amplia serie de sentencias que en el período examinado ha dictado el Tribunal Supremo en este sentido, concretamente las **SSTS de 25 de septiembre de 2007,** I.L. J 1837, **2 de octubre de 2007,** I.L. J 1795 y 1796, **23 de octubre de 2007,** I.L. J 1940, **31 de octubre de 2007,** I.L. J 1941, **2 de noviembre de 2007,** I.L. J 1934, **6 de noviembre de 2007,** I.L. J 2038, **15 de noviembre de 2007,** I.L. J 2044, **19 de noviembre de 2007,** I.L. J 2196, **20 de noviembre de 2007,** I.L. J 2179, **27 de noviembre de 2007,** I.L. J 2188 y **28 de noviembre de 2007,** IL. J 2187.

Por considerarlo contrario al derecho fundamental de huelga regulado en el artículo 28.2 de la CE, la **STC 259/2007, de 19 de diciembre**, I.L. J 2105, declara inconstitucional y nulo el inciso del artículo 11 de la LO 4/2000, de 11 de enero, de extranjería, en el que se dispone que sólo tienen derecho de huelga los extranjeros que "estén autorizados a trabajar" (la anterior y decisiva STC 236/2007 considera inconstitucional pero no declara nulo el precepto de la LO 4/2000 que condiciona el reconocimiento del derecho de libertad sindical al cumplimiento de los requisitos de estancia regular en España).

Es de apreciar –dice la sentencia– que la dicción literal del artículo 28.2 CE no realiza distinción alguna en cuanto a los sujetos titulares del derecho de huelga y tampoco lo hace el Real Decreto-ley 17/1997, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, sino que, coherentemente con su consideración de medio legítimo para la defensa de los intereses de los trabajadores, lo reconoce de manera general e indistinta a todos los trabajadores. El concepto de trabajador relevante para la determinación del ámbito subjetivo del derecho de huelga ha de entenderse, en línea con lo que ya se ha afirmado en la STC 236/2007, en relación con el derecho a la libertad sindical del trabajador extranjero, en su caracterización material, independientemente de la legalidad o ilegalidad de su situación, de suerte que en el ámbito del derecho ha de incluirse a todo aquel que presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. Siendo ello así no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros, aunque sí lo sea para la celebración válida de su contrato de trabajo (artículo 38 LO 4/2000).

Dice la sentencia que debe recordarse que el propio párrafo segundo del apartado 3 del artículo 36 de la misma Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el artículo 1.29 de la Ley Orgánica 8/2000, sienta el criterio en cuya virtud la carencia de la correspondiente autorización para trabajar no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. El propio legislador orgánico, con tal declaración de equiparación, pretende proteger los derechos del trabajador extranjero que, aun careciendo de autorización administrativa para trabajar, está efectivamente trabajando en nuestro país. Tales derechos no se atribuyen a la persona en razón de su nacionalidad o de la situación administrativa en la que puede encontrarse en un momento determinado, sino sólo por el hecho de ser trabajador. Y entre ellos se encuentra sin duda el derecho de huelga.

Así pues la exclusión total del derecho de huelga de aquellos extranjeros que trabajen a pesar de carecer de la correspondiente autorización administrativa para ello –la cual, por lo demás, no están personalmente obligados a solicitar– no se compadece con el recono-

cimiento del derecho de huelga que proclama el artículo 28.2 CE, interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España, en particular el artículo 8.1.d) del PIDESC, en cuya virtud los Estados signatarios han asumido garantizar el ejercicio del derecho de huelga, de forma que la regulación que se establezca deberá tener por objeto el ejercicio del derecho y no impedirlo a los trabajadores que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales.

Se pronuncian en el mismo sentido las **SSTC 260, 261, 262, 263, 264 y 265/2007, de 20 de diciembre,** I.L. J 2106, 2107, 2108, 2109, 2110 y 2111.

B) Sometimiento del convenio colectivo a la Constitución

Conforme a la **STS de 18 de septiembre de 2007,** I.L. J 1886, no es posible que un convenio colectivo establezca una distribución de liberados sindicales que no respete el principio de proporcionalidad sindical, deviniendo por tanto nulas las cláusulas en que se establecen estas reglas. Así lo estima la sentencia de referencia en un caso en el que concurría la particularidad de que el sindicato perjudicado no había participado en la comisión negociadora ni firmado el convenio por carecer de representatividad en el ámbito del convenio pero sí obtiene tal representatividad pocos meses después de constituirse la mesa negociadora, circunstancia esta conocida por los sindicatos negociadores y la empresa cuando se decide fijar los criterios de distribución de liberados sindicales.

Dice la sentencia que, como las partes negociadoras del convenio conocían al momento de su firma la representatividad del sindicato reclamante, su decisión de fijar la ventaja de los representantes liberados únicamente para los sindicatos firmantes constituyó una desigualdad de trato que supone la exclusión total de unos beneficios de acción sindical en el seno de la empresa que, en primer término, incide con claridad en el derecho de libertad sindical del Sindicato que no cuenta con esa ventaja adicional de actuación que supone la existencia de uno o varios "liberados" por Convenio, tratándose de una decisión que ni es razonable ni tiene justificación objetiva. Lo razonable hubiese sido distribuir los 18 liberados en proporción a la representatividad efectiva de los Sindicatos en el ámbito de aplicación del Convenio. Como ello no fue así, la sentencia acoge las pretensiones de la demanda y declara la nulidad de la estipulación convencional cuestionada, por vulneración del artículo 14, en relación con el 28.1 CE, emplazando a las partes a negociar otra redacción de ese punto que sea respetuoso con una distribución proporcional de los liberados que los interesados decidan asumir.

La **STS de 27 de septiembre de 2007,** I.L. J 1794, según doctrina consolidada, considera contrario al principio de igualdad el establecimiento por convenio colectivo de reglas de retribución diferenciadas en función de la mera circunstancia de la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa, es decir, no admite la constitucionalidad de las dobles escalas salariales. En un caso concretamente en que se establecían reglas de cálculo del complemento de antigüedad que perjudicaban a los trabajadores ingresados en la empresa a partir de determinada fecha, resuelve la sentencia que establecer una diferencia

de retribución por razón tan inconsistente cual es la fecha de contratación, rompiendo el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores, quiebra el principio de igualdad, si no existe una justificación suficiente que dé razón de esta desigualdad. No cabe decir que el convenio puede regular la antigüedad a su antojo al suprimirse el carácter de derecho del premio de antigüedad en el artículo 25 del ET con la reforma laboral de 1994, básicamente porque el convenio no deja de estar sometido, por su carácter normativo, al principio de igualdad, debiendo por tanto estar en condiciones de ofrecer una razón objetiva, razonable y suficiente para justificar por qué se reconoce el beneficio a unos y no a otros trabajadores.

El tiempo de ingreso en la empresa no es por sí solo un elemento objetivo, razonable y proporcionado de diferenciación de la retribución del trabajo en convenio colectivo. Sólo podrá serlo cuando venga acompañado de otros factores concomitantes con virtualidad justificativa, como podría ser el caso de la asunción de ciertos compromisos de fomento del empleo por la empresa o incluso el mismo hecho de que una parte de los trabajadores viniera disfrutando la ventaja a título personal mientras les resulte más favorable, en virtud de un derecho adquirido antes o como condición más beneficiosa.

Como en el caso enjuiciado la empresa no ha acreditado la existencia de estos factores justificativos, sólo cabe decir que la diferencia de trato no aparece justificada más que en la distinta fecha de ingreso de unos y otros trabajadores en la empresa, por lo que ésta ha de juzgase contraria al principio de igualdad constitucional. No se ha acreditado un pretendido fomento del empleo y no concurre ninguna otra motivación basada en circunstancias objetivas legalmente lícitas, socialmente razonables y económicamente tanto cuantitativa como cualitativamente equilibradas y compensadas, que pudiera justificar la diferencia entre empleados antiguos y modernos. La previsión convencional cuestionada es por tanto nula.

La **STS de 30 de octubre de 2007,** I.L. J 1983, juzga conforme al principio constitucional de igualdad un convenio colectivo en el que se establece una diferencia retributiva que obedece a la diferente fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa, pero sólo porque hay dos razones que constituyen una base objetiva y razonable para el trato salarial diferenciado: (1) el cambio de sistema de trabajo y remuneración de los trabajadores más antiguos; (2) la asunción de compromisos de empleo.

La primera razón en pro de la solución adoptada estriba en efecto en que la distinción de las categorías profesionales –"especialista A" y "especialista C"–, según la fecha de ingreso en la empresa, a la que va asociada la diferencia retributiva, no es gratuita, sino que responde a una modificación producida en el sistema de trabajo y remuneración existente en la empresa. Los trabajadores que habían sido contratados de 1970 a 1993, que son los clasificados en la categoría de "especialistas A", habían trabajado "a incentivo (destajo)", sistema que desaparece a partir de ese año. La reclasificación operada en virtud del convenio colectivo tiene por objeto, entre otras cosas, compensar a los veteranos de un cambio de condiciones de trabajo de "tasa horaria", que no ha afectado a los más modernos. Es de notar, además, que la prestación de servicios, aun siendo la misma para ambos grupos de trabajadores, habrá sido desempeñada normalmente "con más destreza", al menos

durante un cierto tiempo, por los especialistas A) que por los especialistas C), debido a su mayor antigüedad y experiencia.

La segunda razón justificativa de la diferencia salarial entre especialistas A) y especialistas C) son las cláusulas o compromisos empresariales de creación de empleo contenidos en el propio convenio colectivo (artículos 42 y 43). En estas disposiciones convencionales se ha previsto un "plan de incremento de la capacidad productiva" (artículo 43) con la consiguiente repercusión en el empleo, y un compromiso de "conversión de contratos temporales a indefinidos" que se cifra en un "quince por ciento (15%) como mínimo, cada año, de la plantilla media de contratos temporales del año natural" (artículo 42). Y debe notarse que los beneficiarios de esta transformación de empleo temporal en empleo fijo han sido, por tanto, los trabajadores empleados a partir de 1998, entre ellos el actor en el presente litigio, que son precisamente los que integran el grupo de especialistas C).

La **STS de 13 de noviembre de 2007,** I.L. J 2123, juzga contraria al principio constitucional de igualdad, y por tanto nula, la cláusula de un convenio que publicado y entrado en vigor en determinada fecha declara aplicables retroactivamente los incrementos salariales a una fecha anterior, pero que dejaba fuera los contratos que nacidos con posterioridad al momento al que alcanza la declaración de retroactividad del convenio se hubieran extinguido antes de su aprobación y entrada en vigor. Dice la sentencia que cuando el convenio fija con efectos retroactivos una determinada fecha de vigencia en materia salarial, ésta es aplicable a todos los trabajadores que en tal fecha prestaban sus servicios en la empresa, aunque los contratos se hubieran extinguido antes de la publicación del Convenio. Por ello, si el convenio contiene una cláusula expresa de exclusión o inaplicación de tal ventaja a los trabajadores cuyos contratos estaban extinguidos al momento de su publicación y entrada en vigor, ello hace nula tal cláusula por contraria al principio constitucional de igualdad.

C) Sometimiento del convenio colectivo a la ley

Dice la **STS de 15 de octubre de 2007,** I.L. J 2119, que el convenio colectivo es una norma jerárquicamente subordinada a la ley y que, por tanto, no puede establecer mecanismos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo que contravengan las reglas de derecho necesario del artículo 41 del ET. Ciertamente, por convenio colectivo pueden establecerse procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo distintos a los establecidos en el artículo 41 del ET. Pero lo que no es posible es que el convenio disponga que, en función de determinadas eventualidades productivas y como consecuencia de la variación de la carga de trabajo, la empresa pueda modificar la jornada o el horario establecido en el contrato de trabajo sin más requisito que el preaviso de una semana, preaviso que ni siquiera se considera necesario cuando surjan "necesidades imprevistas".

La sentencia hace notar que lo que el convenio colectivo está haciendo es permitir que las empresas puedan alterar unilateralmente, sin acudir al procedimiento previsto en el

artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, las condiciones individuales del contrato de trabajo, lo que supone una violación del artículo 41.1 y 3 ET, que exige para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter individual una serie de requisitos que se eliminan completamente en el Convenio, como son la notificación individual de esas modificaciones al trabajador afectado y a los representantes de los trabajadores a efectos de su eventual impugnación y, desde luego, el posible ejercicio del derecho, que se obvia completamente en el Convenio, de permitir la resolución del contrato de trabajo en las condiciones ventajosas previstas en el referido punto 3 del artículo 41 ET.

Dice la sentencia además que si admitiésemos que la empresa pudiera modificar, por autorizarlo el Convenio, la jornada del contrato indefinido a tiempo parcial más allá del tiempo máximo resultante del contenido en el propio contrato de trabajo –los afectados por la modificación eran en efecto contratos indefinidos a tiempo parcial–, tal y como exige el artículo 12 ET, se estaría haciendo irreconocible esa modalidad contractual, desde el momento en que la exigencia prevista en el número 4.a) del citado precepto podría resultar alterada de manera unilateral por una de las partes en perjuicio de la otra, colocando así el Convenio al empresario en una posición de ejercicio de prerrogativas exorbitantes y desproporcionadas en el cumplimiento de lo previsto en el contrato de trabajo. Por otra parte, también señala que no cabe atribuir relevancia al hecho de estar ante una actividad a la que resultan de aplicación las reglas de jornadas y descansos especiales del RD 1561/1995, ya que esta norma remite no sólo a lo que "determinen los convenios colectivos" sino también "la normativa en vigor". De modo que, aún reconociéndose las peculiaridades que presenta la actividad de las empresas de *handling*, como es el caso, con un componente evidente de ocasionalidad e imprevisibilidad al depender de terceros en muchas ocasiones, los anteriores argumentos sobre la ilegalidad del precepto en relación con los contratos fijos a tiempo parcial no pueden verse alterados o neutralizados por esas peculiaridades, máxime si tenemos en cuenta que la empresa cuenta con un instrumento de flexibilidad en la actividad característico del contrato de trabajo a tiempo parcial, como son las horas complementarias, siempre que se hubiese pactado su realización.

Esta misma sentencia juzga sin embargo ajustada a derecho la regla del convenio según la cual "dada la naturaleza de las horas complementarias y la dificultad de determinar *a priori* su ejecución, éstas se realizarán en función de las necesidades de las empresas de acuerdo con la carga de trabajo", y ello en la medida en la que cabe y es razonable una interpretación de esta disposición que la hace conforme a lo que exige la ley. Tal interpretación es la que entiende que a través de esta regla el convenio colectivo no excluye la necesidad de que el trabajador deba conocer con antelación la manera en que deberá prestar servicios a través de las horas complementarias cuya realización se hubiese pactado. La legalidad del precepto controvertido partiría en concreto de que la expresión "salvo que otra cosa se establezca en convenio", del artículo 12.5.d) ET, está contemplando la posibilidad de que por pacto colectivo se modulara el plazo de preaviso de siete días que da el citado artículo del ET para "conocer el día y hora de realización de las horas complementarias".

La **STS de 12 de noviembre de 2007,** I.L. J 2130, entiende que es contrario al artículo 14 ET un convenio en el que se establece una duración de dos años para el período de prueba. Dice la sentencia que aunque es cierto que los períodos legales de duración

máxima del período de prueba, de 2 y 6 meses, operan en el ET en defecto de convenio colectivo, esto no supone que éste sea totalmente libre de establecer la duración del período de prueba que tenga por conveniente. De la regulación legal del período de prueba, de la funcionalidad y sentido de esta figura, puede deducirse la existencia de una regla implícita de duración máxima que nunca podrá superarse por convenio colectivo. Tal duración máxima debe relacionarse con la utilidad del período de prueba como tiempo de verificación o experimentación de las cualidades del trabajador, de modo que el convenio no podrá establecer períodos de duración notoriamente superiores a lo que permita la indicada funcionalidad, y en todo caso un período de 2 años.

Según la sentencia, no parece razonable admitir que el empresario necesite de un período de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad como la del caso, que es la de captación de clientes para anunciarse en una guía telefónica, actividad que en principio no presenta circunstancias tan particulares como para necesitar un período de prueba tan prolongado. La peculiaridad esencial a la que se refiere el propio convenio es la necesidad de llevar a cabo un período de formación adecuado, pero una formación durante tan prolongado período no se compagina bien con las características de un puesto de trabajo como del que se trata en el caso, y, aparte de no hacerse constar que tal formación se haya impartido ni durante cuánto tiempo, resultaría excesiva a todas luces –a no ser que se quiera vincular el período de prueba a una formación continua– sobre todo si se compara con el resto de personal de ventas de la empresa, incluidos los que ocupan puestos de mayor categoría y complejidad, para los que se fija un período de prueba de sólo 6 meses.

3. APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN EL TIEMPO

A) Pensiones de viudedad y Ley de matrimonio homosexual: irretroactividad

Señala la **STSJ de Aragón de 11 de septiembre de 2007,** I.L. J 2376, que la Ley 13/2005, por la que se establece la posibilidad de celebrar el matrimonio homosexual en España, no puede aplicarse retroactivamente, de modo que cuando el fallecimiento de uno de los miembros de una pareja de personas del mismo sexo se haya producido antes de la entrada en vigor de la referida ley el miembro supérstite no tendrá derecho a la pensión de viudedad. La sentencia dice que, según ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, la desigualdad de trato derivada únicamente de un cambio normativo y producida tan sólo por una diferencia de fechas, no encierra discriminación alguna ni es contraria al principio de igualdad ante la ley. Indica además que la posibilidad de acceso a la pensión de viudedad para los convivientes de hecho que no pudieron contraer matrimonio por estar previamente casados y no poder divorciarse antes de la promulgación de la ley del divorcio, prevista en la Disposición Adicional.10.2 de la Ley 30/1981, fue provisional, respondiendo a una lógica de excepción incompatible con una interpretación flexible y extensiva, y menos con la conclusión de que con ello se estaba normalizando el acceso a la pensión de viudedad en virtud de la circunstancia de constituir una pareja de hecho.

La sentencia señala que el matrimonio homosexual, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones, no deja de constituir una situación completamente novedosa, por lo que no es posible, máxime cuando la ley nada dispone explícitamente al respecto, su aplicación retroactiva. La Disposición Adicional Primera de la Ley 13/2005 –"las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes"– no tiene otra finalidad que la de proceder a la imprescindible adaptación terminológica de las distintas normas que se refieren o traen causa del matrimonio o contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes.

B) Sucesión de leyes y alcance de la responsabilidad del FOGASA

A propósito de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) por salarios, que no incluye el abono de los salarios de tramitación durante la vigencia del RD-Ley 5/2002, pero sí a partir de la entrada en vigor de la Ley 45/2002, se plantea en la **STS de 22 de noviembre de 2007,** I.L. J 1994, qué sucede en los casos en que el despido se produce durante la vigencia del RD-Ley 5/2002 pero sin embargo tanto la sentencia que reconoce la improcedencia del despido como el auto resolviendo el incidente de no readmisión y declarando resuelta la relación laboral, y sobre todo el posterior auto en el que se termina declarando la insolvencia de la empresa, se dictan cuando estaba vigente la Ley 45/2002.

La sentencia dice que procede estar a la segunda fecha, señalando expresamente que la norma que debe aplicarse es la vigente al momento de declaración de la insolvencia de la empresa, al ser esto último lo que hace nacer la responsabilidad del FOGASA ante el trabajador. Se reconoce en consecuencia el derecho del trabajador a reclamar al FOGASA por los salarios de tramitación adeudados por el empresario. Según la sentencia, la determinación en el tiempo de la norma aplicable en relación con las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial ha de realizarse conforme al principio de prestación causada. Y como las prestaciones del FOGASA sólo se causan una vez declarada la insolvencia, y no con el despido o acto extintivo de la relación de trabajo, es obvio que la fecha determinante del momento en que nace para el trabajador la facultad de ejercer sus derechos frente al Fondo de Garantía Salarial, que es la que ha de determinar cuál sea la norma que deba aplicarse, debe ser la de la insolvencia empresarial.

Se pronuncia igualmente la **STS de 26 de diciembre de 2007,** I.L. J 2364.

C) Límites a la retroactividad del convenio colectivo

La **STS de 13 de noviembre de 2002**, I.L. J 2174, pone de manifiesto cómo los compromisos contractuales previamente existentes constituyen un límite a la eventual aplicación retroactiva del convenio colectivo. Resuelve concretamente que un complemento salarial nacido en un convenio colectivo posterior al momento en que se suscribe un Plan de Pensiones no puede llevarse al salario pensionable del Plan, ya que supondría quebrantar unilateralmente el contrato suscrito e imponer al promotor del Plan aportaciones que van en contra de su voluntad. Dice la sentencia que la naturaleza de los planes de pensiones

con carácter de planes de empleo, modalidad prestación definida, determina que, salvo en algún excepcional supuesto expresamente previsto por la Ley, no será posible imponer al promotor un incremento de sus aportaciones en contra de su voluntad, ni tan siquiera por el hecho de instaurarse en convenio colectivo un nuevo concepto retributivo, que, como es lógico, no podía estar incluido en el plan para la determinación del salario pensionable.

Dice la **STSJ de Asturias de 26 de octubre de 2007,** I.L. J 2415, que un convenio colectivo no puede aplicarse retroactivamente a situaciones generadas bajo la vigencia de un convenio anterior y consolidadas con arreglo a su regulación. En un caso en que se discutía concretamente el derecho de los trabajadores fijos discontinuos al cobro de ciertos derechos de antigüedad, la sentencia resuelve que dado que la contratación fija discontinua se llevó a cabo antes de la vigencia del nuevo convenio, que modifica el cómputo de la antigüedad, el contrato de trabajo quedó configurado con las condiciones y elementos que imponía la normativa convencional anterior. La sentencia dice que no es suficiente que el convenio posterior establezca una nueva regulación para que ésta se aplique forzosamente a situaciones o derechos reconocidos con anterioridad, siendo necesario para ello que así lo ordene expresamente o se deduzca de la nueva normativa. De modo que como el nuevo convenio, pudiendo hacerlo, no ha dispuesto clara y terminantemente la aplicación del nuevo criterio sobre antigüedad a los trabajadores cuya relación laboral se desarrolló bajo la vigencia del anterior, no procede su aplicación retroactiva. La sentencia invoca el artículo 86 del ET y también el Código Civil, pero, curiosamente, no el artículo 2 sino las Disposiciones Trasitorias Primera y Segunda, que no son tanto reglas generales sobre aplicación de normas en el tiempo sino reglas específicas sobre aplicación en el tiempo del propio Código Civil.

4. INSTRUMENTOS ATÍPICOS DE REGULACIÓN COLECTIVA

A) Pactos, acuerdos y convenios colectivos extraestatutarios

Precisa la **STS de 18 de septiembre de 2007,** I.L. J 1820, que no constituye vulneración de la libertad sindical la negativa de la empresa a negociar un convenio extraestatutario con un sindicato, aunque tenga implantación en el ámbito del convenio. Dice la sentencia que si bien es cierto que el derecho a la negociación colectiva forma parte de la libertad sindical, y puede fundamentarse por ello en el artículo 28 de la CE, este derecho debe compaginarse con el principio de autonomía de la voluntad que los demás negociadores tienen igualmente reconocido por las leyes, y concretamente con la libertad de empresa (artículo 38 CE) y el derecho de ésta para negociar con quien considere oportuno (artículos 1069 y ss. y 1254 y ss. del CC).

Señala la sentencia que la pretensión del sindicato demandante de que se le dé participación en una negociación llevada al margen del Estatuto de los Trabajadores no puede prosperar por cuanto su derecho a la negociación colectiva ha topado con el derecho de

las demás partes a no negociar con él, y este derecho no significa negarle el derecho a negociar que tiene, sino hacer uso de la libertad que las demás partes tienen, pues aquel derecho a negociar del Sindicato termina donde comienza el derecho a la libertad de negociación de aquellos otros, de conformidad con las reglas del Código Civil, que rigen este tipo de negocios situados al margen del ET.

No se puede dejar de tener en cuenta, precisa la sentencia, que el Sindicato demandante, con una mínima representatividad (menos del tres por ciento) dentro del ámbito funcional de la empresa no sólo no está legitimado para exigir participar en una negociación situada al margen del Estatuto de los Trabajadores sino que tampoco estaría legitimado para intervenir en una negociación estatutaria de conformidad con las previsiones del artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores. Aceptar esta legitimación en base a su derecho a la actividad sindical supondría exigir a las empresas en general y a ésta en concreto que hubieran de negociar pactos extraestatutarios o de eficacia limitada con "todos" los sindicatos cualquiera que fuera su implantación en la empresa, cuando el legislador no le exige hacerlo aun tratándose de convenios colectivos normativos con eficacia *erga omnes*.

La **STS de 28 de diciembre de 2007,** I.L. J 2349, nos recuerda que un convenio que no ha sido registrado ni publicado no tiene la categoría de convenio colectivo estatutario, por lo que no le es exigible el cumplimiento de las reglas establecidas en el Título III del Estatuto de los Trabajadores. La sentencia pone de manifiesto que en el momento en que la parte impugnó el acuerdo, al no estar éste todavía registrado ni publicado, el referido acuerdo tan sólo constituía un compromiso con la eficacia que cada una de las partes le quisiera atribuir, sin generar por ello título alguno que permitiera su exigibilidad en los términos de un convenio estatutario.

Por supuesto, los acuerdos extraestatutarios, por tener mera fuerza de contratos y operar en el ordenamiento laboral en los términos que el artículo 3.1.c) y 3.5 del ET permite a la autonomía de la voluntad, no pueden contravenir los mínimos de derecho necesario dispuestos en las leyes. La **STSJ de Valencia de 18 de septiembre de 2007,** I.L. J 2373, resuelve por ello que un convenio extraestatutario no puede introducir modificaciones en el sistema de remuneración de los trabajadores cuando ello pueda implicar una merma de los derechos retributivos que deriva de la ley.

Puesto que no son auténticas normas, sino meros contratos sinalagmáticos –aun suscritos a escala colectiva y por medio de representación– el incumplimiento de los convenios extraestatutarios por una de las partes hace nacer la posibilidad de que la otra parte postule su rescisión con base en el artículo 1124 del Código Civil. Así lo pone de manifiesto la **STSJ de Cataluña de 9 de octubre de 2007,** I.L. J 2443. Esta sentencia indica en todo caso que la citada posibilidad resolutoria no es libre e incondicionada, o al menos no lo es cuando la parte perjudicada haya optado inicialmente por exigir el cumplimiento forzoso del deber incumplido. En estos casos, la resolución sólo será posible cuando, como precisa el propio artículo 1124 del Código Civil, el cumplimiento específico de la obligación resultara imposible. En un supuesto en el que la empresa había incumplido un compromiso asumido en convenio extraestatutario en materia de vacaciones, y en el que los representantes de los trabajadores pretendían desvincularse del referido convenio, la

sentencia que nos ocupa indica que ello no es posible por haberse exigido previamente el cumplimiento judicial de la obligación, sin que haya quedado acreditado que tal cumplimiento resulta imposible.

B) Atribuciones normativas de las Comisiones Paritarias

Sobre la compleja cuestión del alcance de las competencias de las comisiones paritarias de los convenios colectivos, si meramente interpretativo-declarativas, o auténticamente normativo-constitutivas, la **STS de 11 de octubre de 2007,** I.L. J 1877, viene a reconocer que las comisiones paritarias pueden tener atribuidas verdaderas competencias normativas. En un caso en el que se discutía el derecho de un trabajador a percibir un complemento salarial que no estaba expresamente atribuido por convenio al puesto desempeñado por el trabajador, pero en el que el convenio atribuía a la Comisión Paritaria la capacidad para declarar aplicable el complemento a puestos de nueva creación o la revisión de su aplicación a los puestos ya existentes, la sentencia da por buena la posibilidad de que la Comisión Paritaria del convenio decida *ex novo* la aplicación del complemento a situaciones no inicialmente previstas.

Dice la sentencia que si bien es patente que el convenio regula con detalle cuáles son los puestos de trabajo concretos que dan lugar a la percepción del complemento discutido, señalando para cada uno el tipo de dicho complemento y el importe que corresponde, lo que supone que los puestos que no se encuentran en el listado no otorgan el derecho al complemento cuestionado, no es menos cierto que el propio convenio arbitra un sistema o método que permite bien aplicar ese complemento a puestos de nueva creación que no existían en el momento en que se aprobó el Convenio Colectivo, bien revisar el mandato de éste y reconocer el derecho a la percepción de ese complemento a puestos de trabajo que no estaban incluidos expresamente en el convenio. Claro que para que esta *verdadera modificación o rectificación de las disposiciones del convenio* pueda llevarse a cabo, es obligado el acuerdo de la Comisión Paritaria por mayoría de cada una de las partes que la componen. Sólo en estas condiciones –pero en estas condiciones– *se puede entender modificado el mandato inicial del Convenio Colectivo*. En coherencia con la consideración de que la asignación del complemento por la Comisión Paritaria a supuestos no inicialmente previstos en el convenio constituye ejercicio de verdadero poder normativo, auténtico *ius novum*, la sentencia declara la irretroactividad del beneficio reconocido, pues dice que sólo a partir del acuerdo de la Comisión Paritaria nace el derecho del trabajador que desempeña el puesto de trabajo a percibir el complemento retributivo.

La sentencia dice en efecto que el *dies a quo* del derecho a percibir el complemento no puede ser otro que la fecha de reconocimiento del derecho por la Comisión Paritaria, al exigir el convenio el acuerdo de ésta para el nacimiento del complemento de puesto de trabajo referido: "las razones esgrimidas para fundamentar la aplicación retroactiva del acuerdo, basadas en la fecha de efectos del contenido económico del convenio, no pueden ser admitidas, porque ningún derecho puede ser exigido más allá de la fecha de su reconocimiento, en cuanto no existe hasta que es reconocido con arreglo al procedi-

miento legal o convencionalmente establecido; y en este caso el artículo 69 del Convenio es tan claro y preciso al exigir que el reconocimiento del derecho a los complementos de puesto de trabajo deba ser acordado por la Comisión Paritaria, que no deja margen a otras interpretaciones…".

En un sentido análogo, la **STS de 12 de noviembre de 2007,** I.L. J 1995, resuelve que en defecto de asignación de cierto complemento salarial a determinado puesto de trabajo por la comisión paritaria del convenio –en este caso por la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado (CIVEA)– no se tiene derecho a su percibo, por más que materialmente el trabajador pueda estar desarrollando funciones que se corresponden con la definición genérica que del referido complemento se hace en el convenio colectivo de aplicación.

Según la sentencia, es perfectamente lícito que el Convenio atribuya a la comisión paritaria capacidad para decidir a qué puestos se vincula determinado complemento salarial, de modo que el derecho a su disfrute sólo nacerá una vez que la referida comisión haya decidido asignar el complemento a un puesto de trabajo determinado. Es lógico que el convenio remita a la negociación en la CIVEA la fijación de los puestos de trabajo acreedores a las nuevas modalidades del complemento singular del puesto, por cuanto que una cosa es la descripción genérica de las notas que caracterizan las modalidades de nueva creación y otra bien dispar su individualización en función de las circunstancias específicas que en cada supuesto concurren. Es cierto –advierte la sentencia– que el proceso negociador se está retrasando de este modo más allá de lo deseable, más no lo es menos que no se trata de una cuestión sencilla determinar quién tiene derecho al complemento teniendo en cuenta el amplio número de trabajadores incluidos en el ámbito personal del Convenio, la diversidad de puestos de trabajo y, por ende, de cometidos profesionales desempeñados.

Se pronuncian en el mismo sentido la **STS de 11 de diciembre de 2007,** I.L. J 2214, y la **STS de 26 de diciembre de 2007,** I.L. J 2352.

5. CONCURRENCIA Y ARTICULACIÓN DE CONVENIOS

A) Concurrencia entre convenios estatales de sector y de ámbito inferior

Trata la **STS de 19 de julio de 2007,** I.L. J 1959, de un convenio colectivo de sector de Comunidad Autónoma en el que se establece una regulación del régimen disciplinario laboral dándose la circunstancia de que el Acuerdo Laboral de ámbito estatal del sector de referencia –concretamente de hostelería–, en virtud de lo dispuesto en el artículo 83.2 del ET, había reservado a la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, excluyendo por tanto a la de ámbito autonómico, la regulación de la aludida materia.

Dando aplicación e interpretando las complejas reglas de los artículos 83 y 84 del ET, la sentencia llega a la conclusión de que el convenio colectivo sectorial de Comunidad

Autónoma no puede hacerse cargo del régimen disciplinario aplicable a los trabajadores de hostelería y de turismo, por lo que los artículos referidos a esta materia deben considerarse nulos. Se precisa que ello no es debido a la reserva que el Acuerdo Laboral de ámbito estatal hace a favor del convenio sectorial de ámbito estatal. Tal posibilidad de reserva, amparada por el artículo 83.2 del ET, en el que se dice que "mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que tienen que resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre, en este último supuesto, las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores", tiene el límite de la regla del artículo 84.2 del ET, en el que se abre la posibilidad de que, siempre que se trate de un ámbito superior al de la empresa, como es el caso cuando se trata de un convenio de Comunidad Autónoma, se puedan negociar convenios que afecten a lo dispuesto en otros de superior ámbito.

La regla del artículo 83.2 del ET, una vez limitada en virtud de lo que establece el artículo 84.2 del ET, no alcanza a impedir que un convenio de sector de Comunidad Autónoma se ocupe de ciertas materias por mucho que el Acuerdo o convenio de sector de ámbito nacional haya excluido la regulación de tales materias en ámbitos inferiores, al menos siempre que, como exige el artículo 84.2, los sindicatos y las asociaciones empresariales que lo negocien reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 de esta Ley y el acuerdo obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación. Es entonces cuando la STS de 19 de julio de 2007 que reseñamos presenta la verdadera razón por la que el Convenio de sector de Comunidad Autónoma no puede ocuparse del régimen disciplinario: tal razón es el artículo 84.3 del ET, en el que se precisa que "en el supuesto previsto en el párrafo anterior –supuesto en que se permite a convenios de ámbito superior al de la empresa negociar acuerdos que afecten a otros de ámbito superior– "se considerarán materias no negociables en ámbitos inferiores (…) *el régimen disciplinario*". El convenio sectorial de Comunidad Autónoma no podrá tratar el régimen disciplinario no porque tal materia haya sido reservada a la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal por el Acuerdo Laboral estatal del sector de hostelería sino por impedirlo de manera directa y expresa el propio artículo 84.3 del ET.

Como dice la sentencia, aun cuando la regla del artículo 83.2 del ET no es ilimitada, y no impide –porque lo admite expresamente el artículo 84.2 del ET– que un convenio sectorial de ámbito no estatal, siempre de ámbito superior a la empresa, pueda ocuparse de materias que un Acuerdo o convenio sectorial estatal haya sustraído a unidades de negociación inferiores, "lo que en ningún caso cabe negociar en estos convenios de ámbito inferior son las materias expresamente declaradas 'no negociables' en dicho ámbito por el párrafo tercero del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, entre las que se encuentra el régimen disciplinario".

B) Concurrencia de convenios y deber de negociar

La **STS de 19 de septiembre de 2007,** I.L. J 1908, pone de manifiesto que la hipótesis o posibilidad de que el convenio en perspectiva de negociación pueda entrar en concurrencia con otro previamente vigente de ámbito distinto, situación –la concurrencia– que aparece expresamente prohibida por el artículo 84 del ET, no es razón que excuse a las partes del deber de negociación colectiva. La regla de no concurrencia se refiere a convenios ya negociados, publicados, válidos y en vigor, y no al proceso de negociación o génesis del convenio. Es una regla *ex post*, es decir, un remedio, que pide y presupone un convenio válido y en vigor, y no una regla preventiva o *ex ante*, por lo que mal puede afectar al deber de negociación de los convenios *in fieri*.

Según la propia sentencia, la concurrencia de convenios es cuestión a plantear no en el proceso de negociación sino "una vez que publicado un convenio se conozca su ámbito de aplicación, pues es éste el que determinará la ineficacia aplicativa del mismo en cuanto pueda afectar al ámbito de otro convenio vigente, como señalan las sentencias de esta Sala de 31 de octubre de octubre de 2003 y 21 de diciembre de 2005 (recursos 17/2002 y 45/2005). Precisamente la primera de las citadas establece que el artículo 84 ET no prohíbe la negociación de un convenio colectivo concurrente por el hecho de que su espacio esté ya ocupado por otro anterior. Al contrario, de su literalidad se desprende claramente que su punto de partida es la existencia de dos convenios válidamente negociados que coinciden en el tiempo. El precepto se limita a establecer una regla de solución de conflictos que, al otorgar preferencia aplicativa al convenio anterior, está también indicando de modo implícito que la situación en que queda el invasor es la de mera ineficacia aplicativa (STS de 7 de julio de 2002)".

C) Efectos de la concurrencia de convenios: ineficacia, no nulidad

La **STS de 13 de noviembre de 2007,** I.L. J 2242, se refiere a los efectos de la vulneración de la prohibición de concurrencia de convenios del artículo 84 del ET, señalando concretamente que no se produce la nulidad del convenio invasor sino sólo su ineficacia aplicativa, y sólo temporalmente, durante el tiempo que se mantenga vigente el convenio anterior. Recordando la jurisprudencia, la sentencia pone de manifiesto que el efecto derivado de la prohibición de concurrencia no debe ser la nulidad del convenio colectivo invasor, sino la declaración de su inaplicación temporal, debido a que el artículo 84.1 ET no prohíbe la negociación de un convenio colectivo concurrente por el hecho de que su espacio esté ya ocupado por otro anterior. Al contrario, de su literalidad se desprende claramente que su punto de partida es la existencia de dos convenios válidamente negociados que coinciden en el tiempo. Y el precepto se limita a establecer una regla de solución de conflictos que, al otorgar preferencia aplicativa al convenio anterior, está también indicando de modo implícito que la situación en que queda el invasor es la de "ineficacia aplicativa" o de "mera inaplicabilidad".

Dice la sentencia que no cabe anular un convenio colectivo posterior válidamente negociado por el hecho de que afecte o invada a otro anterior, puesto que la sanción máxima

de nulidad, ya sea total o parcial, debe quedar reservada a los supuestos de convenios pactados incumpliendo las previsiones de contenido mínimo del artículo 85.2 ET, o las reglas que disciplinan la negociación colectiva estatutaria (artículos 87 a 89 ET), o que conculquen normas sustantivas de derecho necesario absoluto, únicas que prevalecen sobre las pactadas, de acuerdo con la reiterada y sobradamente conocida jurisprudencia constitucional y ordinaria que interpreta el artículo 85.1 ET. Para los convenios colectivos que presentan defectos posteriores que dependen de una circunstancia tan aleatoria y ajena a la voluntad de sus negociadores como es la vigencia de un convenio anterior, cuya existencia puede ser incluso desconocida para aquéllos, será suficiente, para alcanzar el objetivo previsto por el artículo 84, con declarar su inaplicación temporal, total o parcial, mientras mantenga su vigencia el convenio invadido.

D) Compensación y absorción de ventajas entre convenios

Ante la cuestión de si un complemento salarial que obedece al desarrollo del trabajo en condiciones penosas (contaminación acústica) resulta o no absorbible y compensable por otro concepto salarial asignado a los trabajadores, denominado gratificación voluntaria, y cuya causa de generación es la cantidad y calidad de trabajo desempeñado, la **STS de 18 de octubre de 2007,** I.L. J 2027, da una solución negativa. Invocando la jurisprudencia anterior, dice la sentencia que 1) la institución de la compensación y absorción regulada en el artículo 26.5 ET tiene por objeto "evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta"; 2) la finalidad señalada de evitación de superposiciones "implica que, en principio, la compensación tenga que producirse necesariamente en el marco de retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad, al menos en el orden de la función retributiva"; 3) este requisito de homogeneidad no concurre en el caso enjuiciado, puesto que el complemento de penosidad por ruido deriva de las condiciones específicas de los puestos de trabajo desempeñados, mientras que el concepto salarial al que la empresa pretende asignar el papel absorbente o de compensación es una "gratificación voluntaria" asignada y percibida en atención a la calidad y cantidad de trabajo, con independencia de las concretas circunstancias del puesto.

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 26 de septiembre de 2007,** I.L. J 2375, pone de manifiesto que cuando determinada cantidad salarial haya sido reconocida en sentencia firme no cabe su compensación o absorción por el convenio colectivo posterior, por impedirlo el efecto de cosa juzgada. Según la sentencia, "dado que la cantidad que cobró el recurrente en su día (…) fue reconocida en sentencia firme, lo allí reconocido y abonado en cumplimiento de la sentencia firme impide compensarle en base a una nueva situación derivada de la Publicación del II Convenio, pues el instituto de la cosa juzgada por razones de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española) impone la eficacia de aquella resolución".

6. LA AUTONOMÍA PRIVADA EN DERECHO DEL TRABAJO

A) Cláusulas abusivas en el contrato de trabajo

Se plantea en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de septiembre de 2007,** I.L. J 2386, cuál es el alcance del artículo 49.1.b) del ET cuando dispone que el contrato de trabajo puede extinguirse "por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario", y concretamente si es lícita una cláusula en virtud de la cual el contrato se considera extinguido cuando el trabajador no alcance determinado rendimiento o resultado productivo.

Después de decirnos que las "cláusulas de rendimiento" no son en principio ilegales, por no presumirse, salvo prueba en contrario, abusivas o desproporcionadas, y recordarnos extensivamente la doctrina sobre la condición resolutoria como causa de extinción del contrato de trabajo, la sentencia llega a la conclusión de que en el caso una cláusula de rendimiento que condicionaba la vigencia del contrato al cumplimiento de ciertos objetivos mínimos de ventas sí resulta abusiva y por tanto nula.

Se trataba de una trabajadora que prestaba servicios como vendedora en una agencia inmobiliaria y que tras haber rendido siempre adecuadamente rebaja su nivel de ventas tras incorporarse al trabajo con una reducción de jornada por cuidado de hijo que implica pasar a prestar servicios sólo por las mañanas en un centro comercial fijo, sin rotación como antes por distintos lugares, lo que implica una disminución de las ventas, con el consiguiente cese por la empresa invocando la cláusula de rendimiento. La sentencia resuelve que el pacto de rendimiento suscrito no es exigible en todo caso, y concretamente que no lo es cuando han variado las circunstancias o el contexto en que éste se asumió inicialmente.

Dice la sentencia que la facultad extintiva de la empresa al amparo del artículo 49.1.b) del ET, por no alcanzarse por el trabajador cierto rendimiento, no debe ejercitarse de manera abusiva, lo cual implica, entre otras cosas, la necesaria preservación de la función jurídica que le es propia (al pacto de rendimiento), que no es otra que mantener el equilibrio entre los costes salariales que asume la empresa en el desarrollo de su actividad, y el rendimiento de sus trabajadores. Ahora bien, el mantenimiento de este equilibrio supone que la exigencia de un rendimiento mínimo –de venta de viviendas, en el caso de que se trata– se acompañe con la puesta a disposición del trabajador de los medios y condiciones necesarios para hacer posible la obtención de tal rendimiento. De modo que, si el conjunto de elementos objetivos de la producción sufre un cambio tal que hace imposible el rendimiento exigido, puede concluirse que la facultad extintiva de la empresa al amparo del artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores queda enervada. Así pues, si con posterioridad a la suscripción del pacto de rendimiento se produce un cambio tal de los elementos objetivos de producción que se hace imposible el cumplimiento de objetivos, debe aplicarse el principio *rebus sic stantibus* para afirmar que el rendimiento mínimo no puede exigirse en los términos pactados y, por ello, la empresa no puede extinguir sin más la relación laboral al amparo del artículo 49.1.b) ET, aunque concurriera causa idónea podría acudir a otros remedios extintivos. El caso que nos ocupa –continúa la sen-

tencia– puede subsumirse plenamente en el supuesto anterior. En efecto, una persona con jornada reducida por cuidado de hijo que por ello no puede realizar la actividad necesaria (viajes y desplazamientos de cierta duración) para la obtención del resultado en cuestión, constituye un supuesto de alteración radical de los elementos objetivos de producción posterior a la suscripción del pacto. La sentencia advierte que a pesar de que la situación es debida a la voluntad de la trabajadora, no cabe olvidar que ésta ejercita un derecho que no puede ser obstado o condicionado.

B) El finiquito y su alcance y valor liberatorio

Contiene la **STSJ de Aragón de 2 de octubre de 2007,** I.L. J 2412, interesantes indicaciones acerca de la doctrina y jurisprudencia del finiquito, su alcance y valor liberatorio. Nos recuerda, concretamente, esta sentencia que los finiquitos son en principio lícitos, por ser manifestación de la autonomía privada, por lo que no pueden presumirse sin más abusivos. Ahora bien, tienen que cumplir unas condiciones o requisitos: (1) el finiquito debe ser manifestación de la voluntad genuina de quien lo suscribe; (2) debe estar libre de vicios del consentimiento; (3) el consentimiento que se exprese en éste debe recaer sobre un objeto cierto y real así como tener una causa que lo explique o lo justifique; (4) no puede contravenir normas imperativas ni causar perjuicio a terceros; (5) está sometido siempre a fiscalización y control judicial.

La sentencia nos recuerda también que para determinar si un finiquito tiene o no valor liberatorio es preciso distinguir su utilidad como recibo de aceptación de los pagos y liquidaciones correspondientes a la relación laboral de su utilidad como instrumento de manifestación de conformidad con la extinción del contrato, pues puede darse el caso de que se reconozca al documento de saldo y finiquito la primera utilidad citada pero no la segunda. Por otra parte, la sentencia pone también de manifiesto que el juicio de legalidad de los finiquitos tiene una gran dependencia del caso concreto, de modo que será en función de las circunstancias del caso como habrá de decidirse si el finiquito es o no lícito y, en este último caso, cuál será el alcance verdadero y los efectos o consecuencias de su suscripción. En todo caso, dice la sentencia que un finiquito en el que el trabajador firma su conformidad con unas cantidades claramente inferiores a las que tendría derecho es un finiquito no creíble, irreal, irrisorio, por lo que en este tipo de situaciones no debe atribuirse valor liberatorio al citado documento.

La **STSJ de Cataluña de 28 de septimbre de 2007,** I.L. J 2452, establece que el valor liberatorio del finiquito nunca puede ir más allá de lo efectivamente querido por quien lo suscribe y en todo caso que no puede operar como causa de extinción del contrato cuando éste ya ha finalizado previamente en virtud de despido. Dice que en el finiquito debe distinguirse lo que es simple constancia y conformidad con una liquidación de cantidades pendientes de lo que es aceptación de la extinción de la relación laboral, de modo que la aceptación de los pagos ante una decisión extintiva empresarial no supone conformidad con esa decisión, por mucho que la firma del documento parta de que se ha producido esa decisión y de sus efectos sobre el vínculo. Así pues, cuando el finiquito

se firma consumado el despido con anterioridad, puesto que la voluntad de la empresa de dejar sin efecto el despido no vincula al trabajador, éste no está obligado a reanudar la relación laboral. Por ello, de la negativa del trabajador a ser readmitido cuando la empresa le ofrece esta opción no cabe extraer la conclusión de que el trabajador está renunciando a su acción de despido.

La sentencia pone de manifiesto, por otra parte, que la jurisprudencia ha marcado un criterio de rechazo absoluto a los documentos de finiquito –como el del caso– en que se mezclan las sumas liquidadas por salarios con las indemnizaciones por despido, pues lo que se busca al hacerse globalmente un documento de finiquito que confunde las sumas por liquidación y la indemnización por despido, máxime teniendo en cuenta que estamos ante decisiones unilaterales del empresario, es obstaculizar o impedir las reclamaciones contra el despido, lo que siempre ha de ser completamente descartado en cuanto suponga de un modo evidente una renuncia a los derechos del trabajador de accionar contra el despido si lo estima injustificado, siendo sus derechos irrenunciables y, además en este caso, una transgresión a la tutela judicial efectiva, protegida por el texto constitucional, en cuanto supusiese impedir al trabajador acudir a la jurisdicción para resolver su disconformidad con el despido padecido.

C) Condición más beneficiosa

En un supuesto en que se planteaba la cuestión de si en una empresa que tenía fijados los períodos vacacionales por convenio tiene un trabajador derecho al disfrute de vacaciones dentro del año natural pero fuera del período acordado colectivamente al haber padecido una situación de incapacidad temporal desencadenada antes del inicio de dicho período vacacional y prolongada a lo largo de éste, dice la **STS de 10 de octubre de 2007,** I.L. J 1904, que sí asiste tal derecho al trabajador. Y le asiste porque éste deriva de una condición más beneficiosa incorporada al contrato de trabajo, título este que cabe derivar de una práctica de empresa que ha venido manteniéndose durante más de 20 años.

La sentencia dice a tal efecto que hace suya la doctrina jurisprudencial en cuya virtud: 1) la condición más beneficiosa existe cuando una determinada condición de trabajo se ha incorporado al nexo contractual por voluntad inequívoca de conceder una ventaja o beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales; 2) dicha incorporación al contenido del contrato de trabajo "impide su disposición por decisión del empresario", produciendo un efecto de "intangibilidad unilateral" de la condición adquirida y disfrutada. Por ello, puesto que en el caso el beneficio de disfrute de vacaciones fuera del período acordado cuando incide en él una incapacidad temporal iniciada antes de su comienzo se ha convertido en condición más beneficiosa, al haber sido disfrutado con "habitualidad, regularidad y persistencia", sin que el convenio colectivo de empresa haya procedido a su neutralización, como lo demuestra la actuación de la propia empresa que ha seguido observando la mencionada práctica, debe reconocerse al trabajador el derecho a disfrutar las vacaciones en otra fecha.

La **STS de 11 de octubre de 2007,** I.L. J 2007, no considera en cambio que constituya condición más beneficiosa la ventaja que venían disfrutando ciertos trabajadores de una

compañía aérea que vivían fuera de Madrid o Barcelona capital consistente en utilizar el servicio de taxi cuando tenían el turno nocturno o de madrugada. Después de recordarnos la doctrina general de la condición más beneficiosa –su fundamento legal, requisitos y efectos–, la sentencia termina resolviendo que no hay condición más beneficiosa, pues no concurre una inequívoca voluntad empresarial, con la correlativa incorporación al nexo contractual de los trabajadores, de conceder los servicios de taxi para los trabajadores con residencia fuera de la capital de la provincia. En relación con las previsiones del Convenio aplicable –se precisa–, el ofrecimiento y la prestación de taxi se referían al traslado entre el aeropuerto y la capital (Madrid o Barcelona).

La **STSJ de Cantabria de 10 de octubre de 2007,** I.L. J 2416, nos recuerda la jurisprudencia sobre condición más beneficiosa. Dice que es preciso que la ventaja o beneficio disfrutado por los trabajadores se haya consolidado por obra de una voluntad inequívoca de su concesión por parte del empresario, incorporándose al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho. Es la incorporación al nexo contractual del beneficio – se dice– lo que impide extraerlo por decisión unilateral del empresario, lo que se conoce como principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas. La condición más beneficiosa tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior –legal o pactada colectivamente–, más favorable que modifique el *status* anterior en una materia homogénea.

En el caso de unos trabajadores que, por proceder de otra empresa, disfrutaban de una condición más beneficiosa consistente en el incremento en dos niveles de la retribución correspondiente al puesto de trabajo ocupado, resuelve la sentencia que "siendo lo controvertido, únicamente, si esta condición más beneficiosa puede ser compensada o neutralizada con una eventual clasificación superior, en aplicación de la nueva normativa clasificadora de la demandada, aplicada a todos los trabajadores de la empresa, se entiende por la Sala, en armonía con lo resuelto por el magistrado de instancia que no cabe tal compensación o absorción. Pues, este *status* personal y consolidado, no puede modificarse de forma unilateral por la empresa, sobre la base de una nueva valoración judicial de la clasificación convencional que sirviendo de base a una inicial clasificación por la empresa en el seno de la Comisión Mixta de seguimiento del Convenio de la empresa demandada, la propia empresa, incrementa en dos niveles, reconociendo así implícitamente, este carácter no absorbible que ahora pretende. Dada la singularidad en el presente caso de la 'condición', ésta persiste y es intangible por la sola voluntad empresarial, por lo que en definitiva, no acordada la compensación con los titulares de la condición cuestionada, su supresión no resulta posible".

7. SENTENCIAS CON EFECTOS *EXTRA PARTES*

La **STS de 19 de septiembre de 2007,** I.L. J 1841, es una más de la nutrida serie de sentencias que vienen ocupándose de los efectos que produce la anulación en un proceso

judicial individual –contencioso-administrativo, concretamente– de la resolución administrativa que aprueba un expediente de regulación de empleo y en cuya virtud se produjo la extinción de determinado número de contratos de trabajo. En particular, la referida sentencia aborda la cuestión de si la anulación de un acto administrativo aprobatorio de un expediente de regulación de empleo, decretada por una sentencia dictada como consecuencia de la impugnación planteada por determinado trabajador o trabajadores, cuyo efecto es la nulidad de las extinciones, alcanza en sus efectos sólo a los contratos de trabajo de quienes han impugnado el expediente de regulación de empleo y sido parte en el procedimiento contencioso-administrativo, o bien si alcanza a cualesquiera de los contratos cuya extinción deriva del expediente de regulación anulado, con independencia de que los trabajadores hubieran impugnado o sido parte en el procedimiento contencioso-administrativo.

Se resuelve que la sentencia contencioso-administrativa anulatoria no sólo alcanza en sus efectos a los contratos de los trabajadores impugnantes, sino que llega a proyectarse sobre todos los contratos extinguidos en virtud de la autorización administrativa anulada, con independencia de que los trabajadores hubieran o no sido parte en el proceso contencioso-administrativo, produciéndose en consecuencia la nulidad de todas las extinciones contractuales.

Según la sentencia, la cuestión ha de ser resuelta necesariamente a la vista de la interpretación que proceda hacer del artículo 72.2 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción contencioso-administrativa, cuando dispone que "la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas", añadiendo que, al igual que las sentencias firmes que anulen una disposición general " también se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas". Bien entendido que a estos efectos conviene distinguir entre dos tipos de resoluciones anulatorias de actos administrativos, a saber, las que se denominan sentencias estimatorias de pretensiones de anulación y las que se denominan de plena jurisdicción. Sólo las primeras contienen un pronunciamiento de nulidad que afecta a todos siéndoles de aplicación los efectos frente a todos (*erga omnes*) que se recogen en el apartado 2 del artículo 72 citado; a las segundas, en cambio, por limitarse a reconocer un derecho individualizado a favor de una concreta persona, se les reconoce sólo efectos entre las partes.

La consecuencia es que las sentencias estimatorias de pretensiones de anulación tienen una fuerza expansiva en cuya virtud todos aquellos a los que éstas afectan están habilitados para ejercer los derechos derivados de tal situación en el procedimiento que corresponda al margen del concreto en el que se dictaron. "Personas afectadas" por estas sentencias no son por tanto sólo las que fueron parte en el procedimiento administrativo de origen sino todas aquellas a las que pueden llegar a alcanzar los efectos de la sentencia. Precisamente la fuerza expansiva de una sentencia anulatoria de un acto administrativo es lo que justifica que ésta sea publicada para general conocimiento como dispone el mismo precepto legal, publicación que carecería de sentido si los afectados por ella no pudieran beneficiarse o hacer valer los posibles derechos que derivaran de aquella decisión.

En el caso que aquí se trata la decisión contencioso-administrativa declarando la nulidad de la resolución administrativa previa que había habilitado a la empresa para extinguir la relación laboral que le unía a todos sus trabajadores no sólo afectó al trabajador que la recurrió, sino obviamente a todos los trabajadores que estaban incluidos en aquella autorización extintiva en base a la cual vieron extinguidos sus contratos de trabajo. La fuerza expansiva que da a las sentencias el artículo 72.2 de la LJCA legitima por tanto a los trabajadores para aprovecharse de los efectos de la sentencia contencioso-administrativa anulatoria de la autorización para extinguir los contratos de trabajo, a cualesquiera de los efectos oportunos (en el caso para pedir el reingreso en la empresa y demandar por despido).

En el período analizado vuelve a aparecer la misma cuestión, con idéntica solución y argumentos, en las **SSTS de 2 de octubre de 2007,** I.L. J 1875, **9 de octubre de 2007,** I.L. J 1925, **15 de octubre de 2007,** I.L. J 1905, **31 de octubre de 2007,** I.L. J 1943 y **14 de noviembre de 2007,** I.L. J 2244.

Óscar Fernández Márquez

II. TRABAJADOR

Sumario*:

1. Presupuestos configuradores de la relación de trabajo. *A) Presupuestos sustantivos.* a) Actividad voluntaria. b) Actividad retribuida. c) Actividad dependiente. d) *Actividad por cuenta ajena.* B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones. **2. Supuestos incluidos.** A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de grupo. C) *Relaciones laborales de carácter especial.* a) Alta dirección. b) Servicio del hogar familiar. c) Penados en instituciones penitenciarias. d) Deportistas profesionales. *e) Artistas en espectáculos públicos.* f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo. g) Minusválidos. h) Estibadores portuarios. D) Otros. **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

– **STS de 11 de diciembre de 2007** (recurso de casación para la unificación de doctrina 3370/2006), I.L. J 2206.

1. Son hechos probados que el actor subscribió contrato de trabajo en 1990, por lanzamiento de nueva actividad, con el sindicato más importante a nivel estatal, por una duración de 6 meses, siendo dado de alta en la Seguridad Social en el mes de marzo y de baja en el mes de septiembre del propio año. Consta, asimismo, que el actor no celebró nuevos contratos, pero siguió en cambio trabajando para el sindicato y figurando en alta en la Seguridad Social, aunque la sentencia no detalle minuciosamente fechas al respecto. También acredita el relato de hechos, que el mismo actor había desempeñado simultáneamente diversos cargos electivos en el sindicato, concejalía municipal y alcaldía en diversos períodos temporales, anteriores y posteriores a aquel contrato de trabajo, y que también siguió vinculado al sindicato para realizar diversos trabajos como certificaciones, citaciones, expedición de cartas, relaciones con el público, atención al teléfono, disponiendo de horario flexible para realizar actividades sindicales fuera del centro de trabajo. El actor fue baja por incapacidad temporal desde octubre de 2004 hasta junio de 2005, fecha en la que causó alta por inspección, momento en el que intentó reincorporarse al sindicato sin éxito, pues se le comunicó su cese por no existir relación laboral.

Planteada demanda, el Juzgado de lo Social de Jaén desestimó la excepción de incompetencia jurisdiccional opuesta por el sindicato y condenó a éste por despido improcedente, a indemnizar o a readmitir al actor. La sentencia fue recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que lo desestimó y confirmó la sentencia de instancia en todos sus términos. Por el sindicato demandado se formalizó recurso de casación para unificación de doctrina, contra la sentencia de suplicación, invocando como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de enero de 2000. Pero el recurso fue desestimado por falta de contradicción entre las dos sentencias contrastadas.

Básicamente, la Sala casacional niega la contradicción porque en la sentencia de contraste se trataba de un actor, afiliado al mismo sindicato, que prestó servicios como sindicalista tras la firma de un contrato especial de alta dirección, del que derivaron servicios de responsabilidad y colaboración sindical, que en virtud de las tareas y recíproca confianza y lealtad, las partes estaban de acuerdo en que aquél las desempeñara "con dedicación profesional exclusiva y retribuida, desde el punto de vista laboral (…) y desde el punto de vista organizativo como liberado sindical", notificándosele posteriormente el cese en las tareas de colaboración en las dirección ordinaria de las cuestiones propias de la Federación que hasta entonces venía desempeñando, revocándole su condición de liberado. En este caso, el actor formaba parte de la Comisión Ejecutiva, figurando dado de alta en la Seguridad Social

por cuenta de la Federación sindical. Presentada demanda, primero, y recurso de suplicación, después, se estimó en ambas demandas la inexistencia de relación laboral.

2. El razonamiento de la Sala casacional es breve para motivar la falta de contradicción, pues "los hechos son distintos; mientras en la referencial, la dedicación del actor era exclusiva, siendo su condición de dirigente y liberado, realizando exclusivamente tareas sindicales, careciendo la relación del requisito de alienabilidad aunque se le diera, cinco años más tarde desde su inicio, forma de relación laboral especial a efectos retributivos; en cambio en la recurrida, desde su inicio existió una relación laboral común, a través de un contrato de lanzamiento de nueva actividad, como se detalla en los hechos probados en los que se especifican sus funciones y actividades, que eran las de administrativo, aunque simultaneara aquéllas con otras sindicales, y municipales, estas últimas situaciones en su condición de Concejal primero, y más tarde de Alcalde, circunstancias todas ellas que llevó a la sentencia recurrida, confirmando la sentencia de instancia, a estimar la relación iniciada el 9 de octubre de 1990 común laboral por concurrir los requisitos de los artículos 1.1 del ET y 2 de la LPL, en relación con el 8.1 del ET, con independencia de las actividades sindicales y municipales que realizaba, que no eran incompatibles percibiendo mensualmente su nómina, estando de alta en la Seguridad Social y cotizando, percibiendo en su momento la prestación por incapacidad temporal".

3. En realidad, el interés del caso es muy pequeño, salvo si acaso en lo que llamaríamos cuestiones implícitas, pues nada merece la pena destacar contrariamente de las explícitas –tratándose de una sentencia que no entra en el fondo del problema– a no ser el aparentemente inexplicable entendimiento de la extralaboralidad de los contratos de alta dirección. Pasando, pues, a las cuestiones implícitas, la primera de interés se relaciona con la condición de los sindicatos como empleadores, casos no infrecuentes en los que trocan absolutamente su credo y sus principios para convertirse en empleadores indiferenciados, o como cualesquiera otros, defensores a ultranza del derecho a que se le reconozca el mayor grado de disponibilidad posible sobre el trabajo ajeno. La segunda, se relaciona con la "lotería" de la contradicción entre sentencias, que lógicamente ha de ser decidida a la vista de los supuestos de hecho que se enfrenten pero que, a estas alturas, debería resolverse con arreglo a unos patrones más uniformes que permitieran previsiones más ajustadas a lo que cabría esperar de las hipótesis analizadas.

d) Actividad por cuenta ajena

Comienzan a ser numerosos los pronunciamientos sobre profesionales odontólogos que prestan servicios en clínicas dentales; en este sentido, véanse los comentarios que ya incluíamos en el número anterior (*Justicia Laboral* núm. 34) de esta Crónica. Comentamos a continuación dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en casación para la unificación de doctrina, como se puede ver, la valoración crítica es idéntica para los dos casos.

– **STS de 12 de diciembre de 2007** (recurso de casación para unificación de doctrina 2673/2006), I.L. J 2099.

1. Los médicos concertaron contratos civiles de arrendamiento de obras, de idéntico contenido, cuyo objeto era la prestación por parte de los codemandados de sus servicios

profesionales como odontólogos en las instalaciones de la mercantil que tiene como actividad la explotación por profesionales debidamente titulados de clínicas dentales, ejerciendola en virtud de contrato de franquicia suscrito con la empresa "Laboratorios Clínica". Los odontólogos se hallan de alta en el RETA y en el IAE, teniendo asimismo suscritos contratos de seguro de responsabilidad civil profesional, y prestan además sus servicios profesionales en otras clínicas dentales. El horario de atención al público en la clínica es de 9 a 21 horas de lunes a viernes ininterrumpidamente y de 10 a 14 horas los sábados, prestando los odontólogos sus servicios con libertad horaria que se distribuyen según sus propias necesidades y las citas con los pacientes, sin recibir para ello instrucción alguna de la clínica, determinando asimismo cuándo tomar vacaciones y quién les sustituye, atendiendo tanto a pacientes propios de cada odontólogo como aquellos que acuden a la clínica. En la clínica prestan sus servicios trabajadores por cuenta ajena de la mercantil demandada, que realizan funciones de recepción, atención telefónica, atención a clientes, gestión administrativa y de auxiliar de clínica. La infraestructura que utilizan los odontólogos para el ejercicio de su actividad profesional es propiedad de la clínica, abonando aquéllos en garantía del uso un canon anual de 1.200 euros, que se pacta en el contrato de arrendamiento. El material fungible que los odontólogos utilizan es el que les suministra quien ellos deciden y se abona por éstos. La retribución que perciben los odontólogos consiste en un porcentaje sobre los ingresos correspondientes a lo abonado por los pacientes por las asistencias realizadas por el odontólogo, deduciendo además los trabajos de laboratorio, estableciendo el odontólogo el precio de las asistencias por los trabajos realizados al paciente según las tarifas colegiales mínimas. La empresa gestiona el cobro a los pacientes y el odontólogo emite facturas mensuales de los tratamientos efectuados. Las consecuencias del impago del paciente son asumidas por el odontólogo.

2. En el caso de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de igualas o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes; en cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena.

En la profesión médica y, en general, en las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan su ejercicio.

Es la entidad demandada y no cada odontólogo en particular, integrado en el cuadro profesional de la clínica dental, quien dispone de organización sanitaria propia para la

prestación de los servicios. El lugar, el horario, los medios e incluso el modo de trabajo, si bien éste indicativa y no imperativamente, han sido programados o predispuestos por la demandada. Se dan en el supuesto enjuiciado, las notas características de la relación laboral: a) voluntariedad y prestación de servicios *intuitu personae;* b) ajenidad, por cuanto los frutos del trabajo se transfieren *ab initio* al empresario, que a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios; c) los trabajos se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, sin que para ello sea preciso el sometimiento a jornada laboral, aunque se obligan a prestar el servicio durante el horario de apertura al público de la clínica; d) la retribución que percibe el odontólogo está en función de un porcentaje pactado sobre la facturación efectivamente cobrada por la clínica a los clientes atendidos, deduciendo de ella, en su caso, el importe de los materiales, en sistema retributivo similar al salario a comisión.

Operando en el caso la presunción de laboralidad (artículo 8 del ET), concurren los requisitos previstos en el artículo 1 del ET, esto es, todos los indicios habituales de dependencia, ajenidad y retribución acreditan la calificación de laboralidad en el caso enjuiciado. Lo anterior no queda desvirtuado por las previsiones expresadas en el contrato de sustituciones o suplencias del odontólogo en las licencias y otros supuestos singulares. Las sustituciones o suplencias son la excepción y no la regla en la relación de servicios concertada entre el médico demandante y la entidad de asistencia sanitaria demandada, al limitarse aquéllas a los supuestos de imposibilidad o incapacidad de trabajo, con exigencia expresa de permiso de dicha entidad. Es claro que tal previsión contractual no puede impedir la calificación de laboralidad.

3. Como la propia sentencia dice, reitera Sentencias del TS de 9 de diciembre de 2004, 19 de junio de 2007, 10 de julio de 2007 y 27 de noviembre de 2007, sin que sirva de precedente lo expresado en la STS de 22 de enero de 2001, que destacaba que tenía el médico una facultad de decidir su sustitución en los servicios médicos por otro facultativo, y no una mera previsión excepcional de suplencia, que el horario lo decidía el médico y que el sistema retributivo era la iguala. Sin embargo se trata de una postura rupturista de multitud de decisiones previas, dado que los odontólogos prestan sus servicios con libertad horaria que se distribuyen según sus propias necesidades y las citas con los pacientes, sin recibir para ello instrucción alguna de la clínica, decidiendo asimismo cuándo toman vacaciones y quién les sustituye, y atienden tanto a pacientes propios de cada odontólogo como a aquellos que acuden a la clínica, abonan a la empleadora 1.200 euros por el uso de la infraestructura de la empresa, el material fungible lo suministran quienes dicen los odontólogos y lo abonan éstos. La retribución que perciben los odontólogos consiste en un porcentaje sobre los ingresos correspondientes a lo abonado por los pacientes, deduciendo además los trabajos de laboratorio, y es el odontólogo quien señala el precio de las asistencias por los trabajos realizados al paciente según las tarifas colegiales mínimas. La empresa gestiona el cobro a los pacientes y el odontólogo emite facturas mensuales de los tratamientos efectuados. A todo lo anterior se añade que las consecuencias del impago del paciente son asumidas por el odontólogo. El cambio doctrinal de estas sentencias es sensible, notorio y laboralizante de las relaciones jurídicas de los profesionales libres.

– **STS de 27 de noviembre de 2007** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2211/2006), I.L. J 2182.

1. Los odontólogos suscribieron con la mercantil DENTAL contratos civiles de arrendamiento de obras, para prestar servicios como tales, en las instalaciones de dicha empresa, sitas en Gandía. La mercantil DENTAL se constituyó mediante escritura pública siendo su objeto social la explotación por personal titulado, bajo el régimen de franquicia de clínica dental DENT ejerciendo su actividad en virtud de contrato de franquicia con la empresa LABORATORIOS con el nombre comercial DENT. En dicho centro de trabajo prestan servicios personal dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajadores por cuenta ajena y que hacen funciones de recepción, atención telefónica, atención a clientes, gestión administrativa y de auxiliar de clínica y los licenciados en odontología. Los odontólogos están dados de alta en el RETA y en el IAE y así mismo tienen suscritos sendos contratos de seguro de responsabilidad profesional, y tienen otras consultas fuera de la clínica explotada por la mercantil demandada, en las que igualmente prestan sus servicios profesionales. La clínica tiene un horario de 10 a 22 horas ininterrumpidamente y los sábados de 10 a 14 horas, dentro de cuyo horario desarrollan los odontólogos su actividad en el horario que ellos mismos deciden, en atención a las citas que conciertan con los pacientes facilitados por el propio centro ó de fuera, sin que tengan que acudir necesariamente todos los días y decidiendo libremente cuándo van o no, así como cuándo toman vacaciones y quién les sustituye en tal caso. Los instrumentos y materiales utilizados por los odontólogos son propiedad de la clínica, en garantía de cuyo uso abonan una cantidad anual de 1.200 euros cada uno. La mayor parte de las veces, los odontólogos adquieren las prótesis que utilizan en la clínica a la franquiciadora LABORATORIOS a lo que se comprometieron en su contrato. Tienen a su disposición, por si quieren hacer uso de sus servicios, auxiliares de clínica e higienistas, que son trabajadores por cuenta ajena de la clínica. La retribución que perciben los odontólogos consiste en un porcentaje de los ingresos efectivos realizados durante cada mes por sus propios pacientes, deduciendo la cantidad correspondiente del importe de los trabajos de laboratorio realizados. La empresa gestiona con sus medios personales y materiales los ingresos de los pacientes de los odontólogos, quienes aplican los honorarios fijados por su Colegio Profesional y tienen libertad, no solo para decidir, sino para fijar los precios de los tratamientos que aplican, emitiendo periódicamente las facturas que se corresponden con los ingresos obtenidos. Las consecuencias del impago de los servicios por parte de los pacientes las asume el odontólogo que le trata. Los pacientes de los odontólogos son obtenidos por ellos mismos y también asisten a los que acuden a la clínica, ya sea para un tratamiento ordinario, ya sea con carácter de urgencia.

2. Todos los datos y circunstancias de la relación de servicios en litigio apuntan en dirección de la laboralidad contractual. Es la entidad demandada y no cada odontólogo en particular, integrado en el cuadro profesional de la clínica dental, quien dispone de organización sanitaria propia para la prestación de los servicios. El lugar, el horario, los medios e incluso el modo de trabajo, si bien éste indicativa y no imperativamente, han

sido programados o predispuestos por la demandada. Se dan en el supuesto enjuiciado, las notas características de la relación laboral: a) voluntariedad y prestación de servicios *intuitu personae*; b) ajenidad, por cuanto los frutos del trabajo se transfieren *ab initio* al empresario, que a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios; c) los trabajos se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, sin que para ello sea preciso el sometimiento a jornada laboral, aunque se obligan a prestar el servicio durante el horario de apertura al público de la clínica; d) la retribución que percibe el odontólogo está en función de un porcentaje pactado sobre la facturación efectivamente cobrada por la clínica a los clientes atendidos, deduciendo de ésta, en su caso, el importe de los materiales, en sistema retributivo similar al salario a comisión.

Partiendo de todo ello, y de igual modo que se exponía en el comentario de la anterior sentencia, operando en el caso la presunción de laboralidad (artículo 8 del ET), concurren los requisitos previstos en el artículo 1 del ET. En suma, todos los indicios habituales de dependencia, ajenidad y retribución acreditan la calificación de laboralidad en el caso enjuiciado. La conclusión anterior no queda desvirtuada por las previsiones expresadas en el contrato de sustituciones o suplencias del odontólogo en las licencias y otros supuestos singulares. Las sustituciones o suplencias son la excepción y no la regla en la relación de servicios concertada entre el médico demandante y la entidad de asistencia sanitaria demandada, al limitarse aquéllas a los supuestos de imposibilidad o incapacidad de trabajo, con exigencia expresa de permiso de dicha entidad. Es claro que tal previsión contractual no puede impedir la calificación de laboralidad. Concurren con resultado positivo los indicios comunes de laboralidad al supuesto de que ahora se trata.

3. Como la propia sentencia dice, reitera Sentencias del TS de 9 de diciembre de 2004, 19 de junio de 2007, 10 de julio de 2007 y 27 de noviembre de 2007, sin que sirva de precedente lo expresado en la STS de 22 de enero de 2001, que destacaba que tenía el médico una facultad de decidir su sustitución en los servicios médicos por otro facultativo, y no una mera previsión excepcional de suplencia, que el horario lo decidía el médico y que el sistema retributivo era la iguala. Sin embargo se trata de una postura rupturista de multitud de decisiones previas, dado que los odontólogos prestan sus servicios con libertad horaria que se distribuyen según sus propias necesidades y las citas con los pacientes, sin recibir para ello instrucción alguna de la clínica, decidiendo asimismo cuándo toman vacaciones y quién les sustituye, y atienden tanto a pacientes propios de cada odontólogo como a aquellos que acuden a la clínica, abonan a la empleadora 1.200 euros por el uso de la infraestructura de la empresa, el material fungible lo suministran quienes dicen los odontólogos y lo abonan éstos. La retribución que perciben los odontólogos consiste en un porcentaje sobre los ingresos correspondientes a lo abonado por los pacientes, deduciendo además los trabajos de laboratorio, y es el odontólogo quien señala el precio de las asistencias por los trabajos realizados al paciente según las tarifas colegiales mínimas. La empresa gestiona el cobro a los pacientes y el odontólogo emite facturas mensuales de los tratamientos efectuados. A todo lo anterior se añade que las consecuencias del impago del paciente son asumidas por el odontólogo. El cambio doctrinal de estas sentencias es sensible, notorio y laboralizante de las relaciones jurídicas de los profesionales libres.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de caracter especial

e) Artistas en espectáculos públicos

Se pone de manifiesto en el comentario correspondiente a las dos sentencias que siguen el dúctil criterio de la "homogeneidad suficiente" para determinar la modalidad contractual adecuada.

– **STSJ de Baleares de 11 de octubre de 2007** (recurso de suplicación 437/2007), I.L. J 2425.

1. Son hechos probados que la actora venía prestando servicios como artista integrante del dúo Majestic para el grupo de empresas formado por las codemandadas, que permaneció de alta en las diversas empresas que conforman el grupo, en distintos pero constantes y sucesivos períodos de tiempo, desde noviembre de 1987 hasta abril de 2006 y que en los contratos para obra o servicio determinado suscritos a partir del año 2002 el objeto del contrato era el de "actuaciones musicales a realizar en hoteles y locales que designe la empresa para el entretenimiento de la clientela durante la temporada turística" (de invierno o verano, según los casos). Al no ser llamada a prestar servicios para la temporada de verano de 2006 interpuso demanda por despido al considerarse fija discontinua.

La Sentencia de instancia estimó la demanda, consideró el despido improcedente y condenó solidariamente a las empresas codemandadas. Fue recurrida por ambas partes. En el recurso de las empresas demandadas se plantean varios problemas de fondo: a) en primer lugar, se niega la existencia de despido por considerar que no ostenta la condición de empleada fija discontinua y que lo que se produjo fue la simple finalización de un contrato de duración determinada sujeto al régimen laboral especial de los artistas en el que la temporalidad es la regla general; refuerzan dicho argumento razonando que todos los contratos fueron liquidados a su extinción y nunca fueron recurridos, que la trabajadora fue contratada para prestar servicios en fechas ciertas en una actividad cambiante y no reiterada en el tiempo y que además nunca la empresa formalizó ningún contrato que definiera la relación como fija discontinua; b) en segundo término, impugnan la cuantía de la indemnización aplicable, por entender que es prevalente la regulación especial frente a la general del ET; c) igualmente discuten la antigüedad que debe computarse para la indemnización manteniendo que debe limitarse a la fecha de suscripción del último contrato, el 1 de noviembre de 2005, y d) rechazan la condena al pago de salarios de trámite porque la suspensión del juicio fue para que la trabajadora aclarara ciertos aspectos confusos de su demanda lo que provocó que se celebrara finalmente el juicio tres meses después.

Por parte de la artista el recurso se limitó a alegar que las cantidades que le abonaban en concepto de dietas y locomoción tenían naturaleza salarial.

2. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares desestima el recurso de las empresas y el de la demandante confirmando todos los pronunciamientos de la Sentencia de instancia.

Rechaza que la relación laboral litigiosa se considere temporal y ratifica que los servicios prestados por la actora presentan carácter de fijo discontinuo. Para llegar a tal conclusión la Sentencia parte de la doctrina contenida en la STS de 15 de julio de 2004 y concluye que en el presente caso la naturaleza del contrato no es temporal sino fija discontinua pues "el objeto de estos servicios fue siempre, en efecto, la misma actividad artística: la actuación como integrante de un dúo vocal ante clientes de establecimientos turísticos", sin que el hecho de tener que actualizar su repertorio de manera periódica, incorporando canciones de moda, ni renovar de cuando en cuando el vestuario supongan variaciones relevantes, pues no desvirtúan la identidad de dicha actividad. Identidad que extrae además de los siguientes datos "el contenido de la actividad en sí misma –cantante de música ligera o de entretenimiento–, el tipo de formación artística en que la actividad se despliega –dúo–, la clase de público a quien el espectáculo se dirige y la especificidad de los lugares de actuación". Asimismo considera como indicio relevante para dicha conclusión el que la trabajadora desarrollara su actividad artística en provecho de las distintas entidades que forman el grupo empresarial durante un período muy prolongado de tiempo (desde 1988), de manera ininterrumpida. Sin que enerve la fijeza el hecho de que no se cumplieron las formalidades externas propias de este tipo contractual o que se suscribieran finiquitos cada vez que finalizaba una temporada, habida cuenta de que la extinción de este tipo de contratos no opera cuando la temporada llega a su fin, sino cuando la empresa prescinde de los servicios del trabajador al inicio de la siguiente.

En relación con el cómputo de la antigüedad, la Sentencia de suplicación manifiesta que "la relación de trabajo de carácter fijo discontinuo es única y no se fragmenta en tantas separadas como temporadas abarca" por lo que la antigüedad abarca todo el tiempo de servicios prestados aunque lo haya sido en sucesivas anualidades para distintas empresas del grupo al demostrar la prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de ellas, un elemento que conduce a generalizar la posición empresarial a todas las entidades que lo integran.

Finalmente desestima también la solicitud de que se excluyan de la condena los salarios de trámite devengados durante el período de suspensión de los autos razonando que la determinación de quién debe soportar el pago de estos salarios es una cuestión ajena al proceso que debe dirimirse en el que el empresario condenado reclama del estado su reembolso.

El rechazo del recurso del artista sobre la naturaleza salarial o no de determinados conceptos (dietas y locomoción) se sostiene en la inexistencia de dato alguno del que inferir que el pago de tales sumas no respondía a la realidad de sus conceptos, entendiendo que, en ausencia de prueba, la propia índole de la actividad que se lleva a cabo hace plenamente verosímil la necesidad del gasto en comida y en desplazamiento.

3. La Sentencia que se comenta vuelve a ser una prueba de las dificultades que lleva consigo determinar cuándo un contrato celebrado con un artista para un espectáculo público debe

considerarse temporal o por el contrario de fijo discontinuo. El origen de la dificultad reside en la redacción del artículo 5 del RD 1435/1985, que regula esta relación especial por cuanto, tras afirmar que el contrato de los artistas en espectáculos públicos puede celebrarse "para una duración indefinida o determinada", en su primer párrafo, precisa que el contrato de duración determinada puede ser: a) para una o varias actuaciones, b) por un tiempo cierto, c) por una temporada o d) por el tiempo que una obra permanezca en cartel, permitiendo, además, que puedan " acordarse prórrogas sucesivas de los contratos de duración determinada, salvo que se incurriese en fraude de ley" y, en su párrafo segundo, afirma que los contratos de los trabajadores fijos de carácter discontinuo se regirá por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores. El mismo Tribunal Supremo ha reconocido que las dos modalidades contractuales previstas en este precepto aparentan excluirse mutuamente ya que si el trabajo de los artistas se admite como temporal, en contra del criterio que rige para los trabajadores ordinarios, por las propias peculiaridades de la actividad de trabajo y por su carácter básicamente cambiante, y la fijeza discontinua se obtiene por la reiteración de una misma u homogénea actividad, se concluiría que no puede existir fijeza en la relación de los artistas. Ello ha llevado al máximo Tribunal a declarar que la regla general en esta relación es la de la temporalidad y la fijeza una excepción, de suerte que debe interpretarse que el legislador con la previsión del contrato de fijo discontinuo simplemente lo que hace es no descartar que existan supuestos excepcionales, que como tales deben ser interpretados restrictivamente, de artistas contratados para una actividad artística reiterada y no cambiante, para una actividad con "homogeneidad suficiente para estimar que no existe entre las de uno y otro año una diversidad que merezca el calificativo de relevante" (STS de 15 de julio de 2004, en la que la relación se declaraba finalmente temporal anual por constar en hechos probados que se estaba "ensayando" lo que pondría de manifiesto que el espectáculo de animación no era el mismo cada año, justificando la contratación temporal).

En el caso examinado por el Tribunal de Baleares se aprecia el criterio de la elevada continuidad de la actividad realizada y de su homogeneidad en el tiempo lo que le lleva a justificar la concurrencia de la excepción al no considerar el órgano judicial que las novedades introducidas en la prestación artística sean relevantes y entender que su carácter es de meramente accesorias, lo que habida cuenta de las circunstancias, motivadas de modo reforzado, probablemente resulta adecuado.

Pero el criterio de la continuidad en el tiempo y de la homogeneidad de la prestación artística que viene siendo utilizado judicialmente, sin embargo, sigue sin resolver con precisión el verdadero sentido de la prolija terminología empleada por el legislador en el artículo 5 del RD sobre artistas, por cuanto no cabe duda de que existen numerosos supuestos en que las representaciones artísticas se mantienen varias temporadas, incluso durante años, demostrando con ello su éxito de público, pero tal realidad, en principio, no impediría que los contratos celebrados con los artistas que la hacen efectiva no pueda caracterizarse como un típico contrato temporal subsumible en el contrato temporal "por el tiempo que una obra permanezca en cartel", de modo que no por repetirse la misma actividad artística sin ninguna variación año tras año, pueblo tras pueblo, o en el mismo lugar, ello sirva de basamento decisivo para transformar una naturaleza temporal proclamada normativamente

(salvo obviamente cambio normativo). Sin duda, los difusos perfiles que presenta una lectura no integrada de ambos párrafos del precepto litigioso pueden precisarse mediante especificación en el contrato por voluntad conjunta de las partes, cuál es exactamente la modalidad y la modalidad que se acoge. Y ello porque aunque no se trate de un elemento definitorio para la declaración de su verdadera naturaleza, constituye un hecho de importante fuerza indiciaria. Asimismo introducir una mayor claridad en el efecto que sobre la naturaleza del contrato tiene la perduración en el tiempo de una actividad prestacional artística, resulta necesario parara dotar de seguridad jurídica al contrato y a las partes que lo celebran, pues no termina de estar claro cuánto tiempo ha de pasar para que la temporalidad que normativamente se proclama en caso de "varias representaciones" o "por el tiempo que una obra permanezca en cartel" pase a considerarse fija discontinua. Criterios de duración temporal especialmente significativos en inexorable combinación con la actividad desarrollada ofrecen alguna ayuda, pero quedan todavía futuros aspectos que perfilar.

– **STSJ de Madrid de 19 de noviembre de 2007** (recurso de suplicación 2066/2007), I.L. J 2448.

1. La trabajadora prestaba servicios para Televisión Española en virtud de diversos contratos que se fueron sucediendo desde el año 1998 hasta el momento de interponer una demanda solicitando que se declarase el carácter común y por tiempo indefinido de la relación laboral. Los citados contratos se hallaban formalmente ajustados a la modalidad de contrato laboral de actividad artística indicándose en ellos que eran para un determinado programa o producción siendo su duración la de éste. Consta que la trabajadora normalmente no aparece en escena salvo que circunstancialmente la capten las cámaras de televisión y que se ocupa básicamente de atender a los invitados al programa, recogerlos a la entrada de las dependencias, acompañarlos al plató, llevarlos en su caso a la sala de maquillaje, acompañarlos al vehículo propio o pedirles un taxi y, en algún caso, acercar el micrófono a los invitados o pasarlo por entre el público asistente.

La Sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda declarando la relación laboral común y por tiempo indefinido con antigüedad de 5 de septiembre de 2002, momento en que se sucedieron ya sin interrupción de continuidad los contratos. Televisión Española recurrió en suplicación cuestionando: a) la naturaleza del vínculo laboral por considerar que es laboral especial; b) el carácter temporal o indefinido, razonando que tanto si es especial como común posee carácter temporal por tratarse de contratos de obra o servicio determinado; c) la antigüedad laboral de la trabajadora.

2. La Sentencia desestima el recurso. En primer lugar, porque el artículo 1.5 del RD 1435/1985 excluye de modo expreso del ámbito del contrato especial de artistas la actividad de auxiliar de espectáculos públicos, posición en la que se encuentran las azafatas que limitan su actividad profesional a acompañar a otras personas y no es posible calificar dicha actividad de acompañamiento como artística por cuanto no hay interpretación, representación, ejecución de piezas, ni, en definitiva una "actividad humana dedicada a la creación de cosas bellas" utilizando el Diccionario de María Moliner. Pero, además, porque aunque su prestación sea captada y difundida esporádicamente el elemento de la difusión debe concurrir simultáneamente con el de la prestación artística y no es relevante de modo aislado.

Declarado el carácter ordinario del vínculo laboral considera que no se puede apreciar un válido contrato de obra o servicio determinado porque se constata que aunque uno de los celebrados tenía como objeto la intervención en el programa "Por la mañana", no se realizó participó sin embargo en otro programa distinto poniendo con ello de manifiesto la falta de adecuación entre el objeto del contrato pactado y el objeto del trabajo realizado, infringiendo con ello el contrato de obra que exige que el desarrollo de la relación laboral del trabajador sea ocupado en la ejecución de la obra y no en tareas distintas.

Finalmente rechaza que la antigüedad sólo se computé desde que trabaja en el programa "saber vivir" por no haberse dedicado la trabajadora sólo a dicho programa sino también a otros apreciándose con ello la existencia de una unidad sustancial del vínculo.

3. No plantea problemas de especial complejidad la presente Sentencia, por cuanto se limita a resolver de modo claro, sistemático y riguroso (lo que ya es digno de mención) un intento de fraude contractual y que en parecidos términos había sido ya abordado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de junio de 1990. Si además de lo expuesto debe destacarse algo, baste con señalar la importancia de los elementos que necesariamente deben concurrir simultáneamente para que una relación laboral pueda calificarse de especial de artistas en espectáculos públicos. Así, junto al hecho de que la actividad consista en una prestación o ejecución de actividades artísticas, resulta presupuesto ineludible que éstas se desarrollen directamente ante el público o estén destinadas a la grabación de cualquier tipo para su difusión en locales destinados habitual o accidentalmente a espectáculos públicos o a actuaciones de tipo artístico o de exhibición. Por lo demás, la difícil definición de lo que es prestación artística, que no así en este caso su evidente falta de identificación, se solventa de modo especialmente poético a la par que gráfico.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

C) Administradores sociales

– **STS de 10 de octubre de 2007** (recurso de casación para la unificación de doctrina 3198/2006) I.L. J 1951.

1. El demandante en instancia, don Julián, presenta demanda en reclamación de cantidad el 26 de mayo de 2006 por la falta de pago de parte de su salario. Previamente, el 23 de mayo, el actor había rescindido la relación que mantenía con las demandadas, las mercantiles Revista Futuro Edición Española, SL y Dolce Vita Romantic Communications GF, SL por la citada falta de pago. Es relevante señalar que era Consejero Delegado de la primera empresa citada, mientras que de la segunda era Administrador Único desde 1996, y Director General en virtud del contrato suscrito en el año 2000. Mediante este contrato se le garantizaba al actor el 3% de la cifra neta de facturación publicitaria de las revistas Futuro, Sibaritas y del acuerdo realizado con el cliente Afinsa. Ante esta situación, el Juzgado de

lo Social número 3 de Madrid dictó sentencia estimando la excepción de incompetencia para conocer de la demanda que el empleado formulaba contra las empresas Revista Futuro Edición Española, SL y Dolce Vita Romantic Communications GF, SL en reclamación de cantidad, al entender que la relación que unía al empleado con las empresas era mercantil, ya que las funciones que el actor desarrollaba eran de gestión, dirección y representación de la compañía, realizando cometidos inherentes a la condición de la administración y de apoderado y consejero. La sentencia de instancia fue recurrida en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que entendió que la relación que unía a las partes tenía una doble naturaleza: laboral y mercantil. No obstante, la perspectiva mercantil prima sobre la laboral pues la relación que unía a las partes carece de las notas de ajenidad y dependencia. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación para la unificación de la doctrina que resuelve la sentencia que estamos estudiando.

2. El Alto Tribunal entiende que el escrito de interposición del recurso no cumple los requisitos que jurisprudencialmente ha venido exigiendo. Como son, la relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, debiendo establecer el recurrente la identidad de los supuestos a partir de los que afirma la existencia de contradicción mediante una argumentación mínima. Limitándose el recurrente a consignar los fundamentos de derecho de la sentencia de contraste que se propone. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo señala que pese a que el anterior motivo ya sería suficiente para la desestimación del recurso, cabe señalar que los hechos de los que parten la sentencia recurrida y la de contraste son diferentes. Coinciden ambas sentencias solamente en el estudio de la competencia del orden social para conocer de los respectivos litigios que les ocupaban. La discrepancia queda patente en los hechos de la sentencia de contraste que conoce de un trabajador que, manteniendo una relación mercantil con una empresa, celebra un contrato laboral con la misma empresa en el que expresamente se señala que dicho contrato tiene sustantividad propia e independiente de la relación mercantil que unía a las partes. Por lo tanto, concluye el Tribunal que el recurso debe ser desestimado.

3. Aunque se pueda suscribir la conclusión del Tribunal Supremo en esta sentencia, es discutible parte de la argumentación que lleva a cabo en defensa de sus posiciones. Dice el Tribunal que no hay contradicción porque los hechos son diferentes pues la sentencia de contraste estudia una relación empresa-trabajador que "expresamente (había) calificado de laboral (la relación entre) las partes" además esta relación de laboralidad se había prolongado a lo largo del tiempo por casi 10 años. Además, el mismo contrato señala expresamente que las relaciones mercantil y laboral son independientes. Sorprende que el Máximo Órgano jurisdiccional español desarrolle esta argumentación en apoyo de su desestimación, que estaba más que fundada en la falta de fundamentación del escrito de interposición del recurso, o si se quiere, en la falta de las notas de ajenidad y dependencia en la relación entre demandante y demandadas. El Tribunal Supremo debería haber prescindido de dicha argumentación por innecesaria e imprecisa. Pues la falta de contradicción entre las sentencias, no procede del tiempo de trabajo presuntamente laboral o de la literalidad del contrato. En primer lugar, porque sería ilógico hacer depender la laboralidad del tiempo de ejercicio de un trabajo. Y, en segundo lugar, porque el Tribunal no debe ajustarse obligatoriamente a la literalidad del contrato sino que debe aplicar la normativa que corresponda a la figura que los actores hubieran pactado con indiferencia del nombre

que le dieran en su momento. La literalidad recogida en el contrato sería pues sólo un indicio de la laboralidad.

Hecha esta matización sobre la deficiente argumentación del Tribunal, no podemos más que estar de acuerdo con el fondo de su decisión, como adelantábamos antes. La corrección de la decisión se basa en que el orden laboral no puede proyectarse sin límites sobre cualquier relación de trabajo, debe cumplir los requisitos recogidos en el artículo 1.1 ET, aunque sea mínimamente.

F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo

– **STS de 20 de noviembre de 2007** (recurso de casación para la unificación de doctrina 3572/2006), I.L. J 2060.

1. Los demandantes en instancia trabajaban como subagentes de seguros, mediante un contrato de naturaleza supuestamente mercantil para don Alfonso agente de seguros afecto a la entidad Santa Lucía. Éste a su vez celebró contrato con la mercantil Centro Técnico de Seguros, SA por el que se establecía que ésta sería agente de seguros afecto para los dos actores. Los actores vienen a solicitar del Tribunal que se reconozca la naturaleza laboral de la relación que les une a las mercantiles y que se les abonen los salarios impagados. La sentencia de instancia estimó la excepción de incompetencia alegada por las empresas demandadas. La resolución de instancia fue recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que estimó igualmente la excepción de incompetencia del orden social al entender que la relación planteada en el litigio es una relación de naturaleza mercantil. La resolución del TSJ de Madrid fue recurrida en casación para la unificación de la doctrina ante el Supremo. Estimando el Alto Tribunal que entre la sentencia de contraste aportada en el recurso y la sentencia recurrida había la contradicción necesaria para que el Tribunal se pronunciara al respecto.

2. El Tribunal Supremo en su fallo reconoce que tradicionalmente la jurisprudencia ha venido reconociendo que la relación de los agentes de seguros tiene una naturaleza mercantil y no laboral. Sin embargo, esa naturaleza mercantil no es predicable exactamente en el caso de los subagentes de seguro, que no disponen de la autonomía y estabilidad de los agentes. Los subagentes de seguro, por lo tanto, podrán ser contratados mediante diversas condiciones, pudiendo en algunos casos ser contratos mediante un vínculo laboral. Por ello, hay que estudiar en cada caso si concurren o no los requisitos del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, para determinar si la relación del subagente de seguros es laboral o mercantil. En el caso que debe enjuiciar la sentencia, entiende el Tribunal que la relación de los subagentes de seguro recurrentes es laboral, dado que los subagentes de seguro sólo excepcionalmente concertaban pólizas de seguros siendo su actividad principal el cobro de las pólizas ya contratadas, y acuden semanalmente a la Agencia a dar cuenta de su trabajo y a recoger documentación de su casillero y, a final del mes, a por la liquidación. No importa que el contrato suscrito contemplara expresamente la naturaleza

mercantil de la relación, pues los contratos "son lo que son con independencia de la nominación que les asignen las partes".

3. La presente sentencia se ocupa de una materia siempre polémica como es la frontera entre el derecho laboral y el derecho mercantil. En el presente caso, el Tribunal Supremo acierta, pues con su resolución viene a garantizar los derechos de dos trabajadores que cumplen los requisitos que fija el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Si bien es cierto que no cumplen todos los requisitos con la misma intensidad. En concreto, podría cuestionarse si la relación descrita en los hechos de la sentencia cumple o no el requisito de la dependencia. Es cierto que el requisito de dependencia no es tan claro como sería deseable, pero también es cierto que nos encontramos ante profesiones con una notable especialización, que hacen necesario flexibilizar los mínimos de dependencia laboral admisibles para considerar que nos encontramos ante una relación laboral. No obstante, no podemos olvidar que los límites para considerar que una relación profesional es laboral son los recogidos en el artículo 1.1 del Estatuto y que ampliar desmedidamente las relaciones que pueden ser conocidas por el derecho laboral tendría dos consecuencias negativas. La primera sería que vaciaría de contenido el resto de las ramas del ordenamiento al ampliar sin control el ámbito de conocimiento de la legislación laboral. La segunda de las consecuencias negativas afectaría directamente al mundo laboral, haciendo que parte de los derechos básicos de este ordenamiento perdieran vigencia, e incluso importancia, por no poder aplicarlos a figuras no laborales pero reconocidas como tal por una política expansiva. Sin embargo, el caso que contempla la sentencia recurrida ante el Tribunal Supremo no debe ser considerado como una expansión sin justificar, pues, aunque débilmente, el requisito de la dependencia se da. En concreto, el requisito de la dependencia puede ser reconocido en el deber del subagente de seguros de acudir a la sede de la Agencia semanalmente a rendir cuentas de su trabajo y a recoger documentación de su casillero. Obligaciones que indudablemente conducen a pensar que el subagente goza de cierta libertad para desarrollar su trabajo como trabajador cualificado que es, pero que mantiene un mínimo de subordinación a la Agencia.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

– **STS de 27 de noviembre de 2007** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2691/2006), I.L. J 2191.

1. La demandante ha prestado servicios como veterinaria para la ejecución de las campañas anuales de saneamiento ganadero que viene realizando la Consejería de Agricultura y Ganadería de la Junta de Castilla y León, en virtud de diversos contratos y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas a los que aquélla se declara sujeta. El objeto de los referidos contratos era la prestación de servicios técnicos profesionales de carácter veterinario con estricta sujeción a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas, fijándose una cuantía máxima para éste y una fianza

a favor de la Consejería de Agricultura y Ganadería, siendo por cuenta del adjudicatario los impuestos y demás gastos que origine la realización del servicio, sometiéndose en lo no previsto en el Pliego de Cláusulas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El contratista será responsable de la calidad técnica de sus trabajos y de sus consecuencias para la Administración o para terceros. En las Prescripciones Técnicas se contiene una detallada descripción de los servicios técnicos profesionales a realizar por los equipos de facultativos, siendo los productos de diagnóstico, instrumental, equipos de captura de datos y material diverso proporcionados por la Administración, teniendo que ser devueltos los no utilizados una vez finalizados los trabajos, responsabilizándose los facultativos de su correcto uso, conservación e integridad, quedando bajo su responsabilidad la disponibilidad de medios para los desplazamientos a las explotaciones debiendo adoptar las medidas de protección y seguridad necesarias durante la ejecución del trabajo, siendo de su responsabilidad los eventuales daños y perjuicios que pudieran ocasionarles en la ejecución del servicio contratado. Las actuaciones de campo en las explotaciones de ganado vacuno, ovino y/o caprino en ningún caso se practicarán los domingos. A efectos de adjudicación de plazas de personal interino para puestos de veterinario por la Consejería se sigue el orden de preferencia de una lista provincial, que se confecciona con carácter mensual atendiendo a la puntuación otorgada en base a un baremo establecido, en virtud del cual se reconocen 0,15 puntos por cada mes completo de servicios prestados como personal laboral y 0,12 si se han prestado como empresario individual. Dicho baremo y puntuación se sigue igualmente para cobertura como personal interino de las plazas adscritas en exclusiva al Cuerpo Facultativo Superior, Escala Sanitaria (Veterinarios), dotadas de niveles superiores al mínimo establecido para el mencionado cuerpo en la relación de puestos de trabajo. Tal prestación de servicios ha tenido lugar en los períodos que se indican a continuación: 10 de agosto a 31 de diciembre de 1998, 4 de marzo a 31 de diciembre de 1999, 21 de marzo a 31 de diciembre de 2000, 1 de enero a 31 de diciembre de 2001 y 17 de abril a 31 de diciembre de 2002.

2. Podría tratarse de la laboralidad de la relación si estuviera vigente, porque en ese caso el orden social sería el competente para declarar la laboralidad del vínculo (SSTS de 2 de febrero de 1998, 18 de febrero de 1999, 19 de mayo de 2005 y 25 de mayo de 2006), lo que produciría, en caso de acogerse la demanda, efectos en el marco de la relación existente entre las partes. Pero, desde el momento que la eventual relación laboral entre las partes quedó extinguida hace varios años, el conflicto actual ya no se produce entre un empresario y un trabajador, salvo que ese conflicto tuviese por objeto el cumplimiento de alguna obligación derivada del vínculo que existió entre las partes y que pudiese ahora ser justiciable. No es éste el caso, pues lo que se pretende en la demanda no es una declaración que proyecte sus efectos sobre el desarrollo de aquella relación ya hace tiempo terminada, sino que lo que se pide es que se realice su calificación en orden a acreditar determinada puntuación en un concurso para el acceso a determinados puestos de trabajo de la Administración autonómica; cuestión que no correspondería al ámbito propio de la jurisdicción social, aunque se tratara de concursos para acceder a puestos de carácter laboral (SSTS de 14 de octubre de 2000 y 7 de febrero de 2003). En definitiva, lo que la parte demandada pretende no es resolver una controversia actual o pretérita con

su empleador público, sino acreditar mediante una sentencia laboral un mérito a efectos de la puntuación de un concurso administrativo, es decir, obtener una declaración que ha de surtir efectos fuera del vínculo laboral y en el marco de una actuación administrativa de selección de personal y esto no entra en la competencia del orden social de la jurisdicción. Se trata de un dato que tendrá que alegarse y acreditarse en el correspondiente procedimiento administrativo de selección y que, en su caso, dará origen a una controversia sobre la puntuación en un concurso para cuyo conocimiento será competente el orden contencioso-administrativo. Lo que no cabe es que una futura cuestión prejudicial laboral en el proceso administrativo se transforme en un pleito laboral actual, que resulta completamente artificial, porque ni existe ya relación laboral ente las partes, ni se ventila ninguna controversia de este carácter entre ellas.

El actor solicita también esa misma declaración, pero con un carácter general a "los efectos legales inherentes a dicha declaración". Pero en ese caso estaríamos también ante una acción declarativa desprovista de cualquier utilidad práctica actual, real, entre las partes (STS de 6 de marzo de 2007), sin que sean de aceptar acciones meramente declarativas cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor, sin que sea admisible "solicitar del juez una mera opinión o un consejo". El demandante carece, por tanto, de acción, que se traduce en falta de jurisdicción.

3. La sentencia cita las SSTS de 21 de marzo de 2007 y 26 de junio de 2007. El tema es antiguo. La poca simpatía del orden social por las acciones meramente declarativas es manifiesta, pero en este caso es, además, razonable. La parte pretende instrumentalizar, cautelarmente, una declaración de laboralidad de unas relaciones jurídicas, para que ello surta efectos en un concurso aún no decidido. Efectivamente, se pretende un mero informe o parecer jurídico, no una decisión resolutoria de un conflicto, que aún ni existe, ni se sabe si va a existir. Para emitir informes existen otros profesionales del Derecho, con otros instrumentos jurídicos.

– **STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2007** (recurso de suplicación 3004/2007), I.L. J 2398.

1. La ahora demandante solicitó en su día participar en las actividades de los covenios de colaboración que tenía suscritos la Comunidad de Madrid con el Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de Madrid. Dichas actividades consistían en la asistencia y orientación en el Juzgado de Guardia. Para la prestación del servicio suscribió contratos de prestación de servicios, todo ello con remisión a las normas reguladoras aprobadas por Acuerdo de la Junta de Gobierno del Colegio. Una vez que la demandante se incorpora a los turnos, fue incluida en los cuadrantes de servicios del Turno de Intervención Social en Justicia y pasó a prestar servicios de asistencia a víctimas de malos tratos en el ámbito familiar y, en general, servicios de asistencia, información y remisión a otros organismos. Para ello disponía de mesa y dependencias al efecto con los elementos necesarios, incluida clave de correo electrónico y todo ello facilitado por la Administración autónoma. La sentencia de la instancia, estimando la excepción de falta de jurisdicción del orden social, dejó sin juzgar la cuestión principal y remitió a las partes ante el orden civil. Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la demandante.

2. El Tribunal centra los términos del debate en dirimir si el orden social de la jurisdicción es competente para enjuiciar la controversia que enfrenta a las partes. En la instancia, el Juez entendió que no tenía carácter laboral la relación triangular que vinculaba a la recurrente con ambos codemandados por la suscripción de los mencionados convenios de colaboración entre la Comunidad de Madrid y el Colegio Oficial. A su parecer, se trataba de un simple contrato civil de arrendamiento de servicios. Frente a esta sentencia del Juzgado de lo Social, el Tribunal remite a doctrina ya asentada en la Sentencia de 14 de mayo de 2007. En dicha sentencia ya se reconoció que se estaban realizando tareas de trabajo social asistiendo a las víctimas de los delitos de violencia doméstica en el contexto de una relación laboral porque no se trataba de un servicio de mera información u orientación y porque, además, era un servicio en el que la Comunidad de Madrid era la que establecía el modo de trabajo y los horarios, dotando de sus propios medios materiales a las oficinas judiciales, dentro de su ámbito de organización y dirección porque son sus funcionarios los que daban instrucciones.

Empleando las expresiones ya utilizadas con ocasión de la citada sentencia, también en ésta la Sala concluye que la relación contractual que unió a las partes tiene carácter laboral, por lo cual declara que el orden jurisdiccional social es el competente para juzgar la cuestión material que en forma de despido se plantea en el presente supuesto. Como consecuencia, la presente sentencia declara la nulidad de la sentencia recurrida para que por el juez *a quo* se dicte otra nueva, "con absoluta libertad de criterio", en la que entre a resolver las demás cuestiones planteadas en la instancia.

3. Es interesante el supuesto planteado en la presente sentencia porque la solución que da la Sala en el sentido de declarar la existencia de relación laboral, se efectúa haciendo referencia, como de paso, a la posibilidad de existencia de una cesión ilegal, debido a la actuación interpuesta que en estos supuestos está llevando a cabo el Colegio Oficial codemandado. Así, efectivamente, el Tribunal reconoce que está planteada esta cuestión pero no entiende necesario entrar a pronunciarse sobre ella pues lo considera innecesario para confirmar o revocar la sentencia. Son cada vez más frecuentes este tipo de relaciones triangulares con ocasión de la intervención de administraciones públicas que extienden sus servicios de asistencia a los ciudadanos, pero adoptan para ello formas variadas de gestión indirecta como, por ejemplo, mediante la suscripción, como es éste el caso, de convenios de colaboración con otras instituciones. En principio, sobre el marco teórico, podría no haber nada objetable, ningún reproche jurídico que hacer, y más tratándose de garantizar la prestación de un servicio como el presente de indudable valor para los/las ciudadanas afectadas.

Sin embargo, no hay que olvidar que este trabajo que se ha llevado a cabo por la demandante consistía en prestar asesoramiento y dar información acerca de los recursos y servicios sociales puestos a disposición de las víctimas de maltrato y ello se hacía en el contexto de un servicio público, con vocación de permanencia, con medios materiales suministrados por la Administración, con ajuste a un horario y a la organización y dirección de la Comunidad de Madrid que es además la que financia el coste de la asistencia

aunque no aparezca nominalmente como empleadora. Por lo tanto, no se puede sostener que la relación entablada no sea laboral, incluso pese a la complejidad que presenta la interposición y mediación de un tercero como el Colegio Oficial. Ello, si acaso, funcionará como agravante de una situación en la que se da la paradoja de que, queriendo demostrar por parte de las administraciones competentes un más amplio y mejor servicio a los ciudadanos, éste es prestado en condiciones de precariedad llamativas.

D) Profesiones liberales

– **STS de 19 de noviembre de 2007** (recurso de casación para unificación de doctrina 5580/2005), I.L. J 2172.

1. En este caso, la Sala casacional, en unificación de doctrina, echa abajo la sentencia de Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia competente, confirmando a la postre la sentencia inicial del Juzgado, que había sido revocada en el trámite de suplicación. La cuestión debatida es la tan traída y llevada la naturaleza de la relación concertada entre un abogado y una empresa, durante cuatro años seguidos, primero, para todo un grupo empresarial y, luego, para una de las empresas que lo componían, a cuyo término se le comunicó, de forma verbal inicialmente y escrita después, que la empresa había decidido prescindir de sus servicios, por tratarse de un arrendamiento de servicios. Ante este supuesto de hecho, sólo la Sala de suplicación consideró existente la relación laboral, en tanto que el Juzgado y la Sala casacional entendieron que ésta tenía naturaleza civil.

Otros detalles de los hechos probados son que el actor era abogado en ejercicio y titular de un bufete, que había suscrito con el grupo empresarial un contrato de arrendamiento de servicios profesionales, prorrogado en diversas ocasiones. Acudía todos los días laborales a la sede del grupo, con un horario desde las 8 hasta las 13 o 14 horas, contando con un despacho propio. Dictaba todos los escritos (de pleitos, contratos, etc.) a su secretaria, empleada de la compañía y recibía órdenes e instrucciones del Jefe de la Asesoría Jurídica para el desempeño de sus funciones. Las distintas compañías del grupo otorgaron al actor sendos poderes generales para pleitos, pero cuando pasó a atender a una sola de ellas, en enero de 2002, dejó de tener horario fijo y, contrariamente, acudía a la sede de ésta en función de sus propias necesidades profesionales, sin control empresarial. Por lo común acudía los viernes y permanecía allí un rato (una o dos horas). No solicitó permisos ni vacaciones. Cuando acudía a la sede no utilizaba ni los medios materiales (no contaba con despacho, ni teléfono, ni ordenador) ni los personales (no contaba con secretaria) de la empresa. Simplemente se sentaba en una sala común donde examinaba los documentos y notificaciones referentes a los litigios que llevaba, entregando a la Directora de la Asesoría Jurídica informes semanales sobre el estado de los litigios. Cobraba sus servicios profesionales mediante un sistema de "iguala", emitiendo todos los meses una factura de igual importe (en el año 2003 de 1.803,04 euros mensuales), con independencia del número o volumen de litigios llevados. Facturaba también los gastos que hubiese podido realizar en la llevanza de los litigios (por ejemplo, gastos de tren, comida, taxis, etc.) y, además, la empresa abonaba al actor el importe de las cuotas de tres Colegios de Abogados de distintas provincias, pese a que en ellas carecía de delegaciones o sucursales (por lo que era necesario realizar en ellas actuaciones profesionales).

2. En el recurso de casación para unificación de doctrina, la empresa, condenada en suplicación, invocó como sentencia contradictoria una dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, admitiendo la contradicción la Sala *ad quem*, una vez que, en el caso recurrido, se había producido la novación entre el primer y el segundo régimen jurídico del contrato denominado de arrendamiento de servicios, de modo que no se consideraba, por la fecha, el primer período, en el que la apariencia de laboralidad era en verdad muy notoria. A partir de ahí la Sala acepta que los hechos, fundamentos y pretensiones de las sentencias que se comparan son sustancialmente iguales, habida cuenta que en ambos casos los servicios prestados fueron los propios de la profesión de Abogado, los dos demandantes tenían despacho profesional abierto al público, de modo que ellos no sólo desempeñaban su labor de Abogados para las respectivas empresas demandas, sino que también desarrollaban tal actividad para otros clientes distintos e, incluso, las condiciones, elementos y características que tenían, los vínculos contractuales que unían a los citados Letrados con sus respectivas empresas, presentan una indiscutible equivalencia en sus aspectos relevantes para determinar cuál es su naturaleza jurídica. Así, esos dos Letrados sólo iban habitualmente a los locales de las empresas los viernes de cada semana y estas estancias o actos de presencia en tales locales los hacían sin estar sujetos a ningún horario preestablecido y, al menos en el caso de autos, tenían una duración manifiestamente reducida; y, aparte de no disponer de despacho propio, ambos desempeñaban su actividad con la autonomía que caracteriza a la función propia del Abogado en ejercicio, llevando a cabo esta función con libertad y sin subordinación alguna a las órdenes y mandatos de la empresa. La Sala analiza, seguidamente, diferencias sensibles entre un caso y otro, pero considera que carecen de entidad para negar la similitud entre ambas resoluciones judiciales.

A partir de ahí, la Sala deja expedita la vía para entrar en el fondo del asunto y lo hace justificando la existencia de relación civil de arrendamiento de servicios, negando paralelamente la existencia de contrato de trabajo. Pues, razona, "los datos y elementos que configuran la prestación de servicios profesionales que el actor llevó a cabo para las entidades demandadas, a partir de enero de 2002, pone de manifiesto con claridad que tal prestación de servicios constituyó un arrendamiento de servicios de naturaleza civil, pues no concurren en forma alguna en ella los caracteres que determinan la existencia de una relación laboral, sometida al Derecho del Trabajo. En especial, tales datos y elementos hacen lucir que no existe en el nexo contractual de autos ni dependencia, ni subordinación, ni tampoco ajenidad, y por ello no es posible considerar que ese nexo contractual se incardina en el campo de acción del artículo 1.1 del ET, pues los referidos servicios no se encontraban dentro del ámbito de organización y dirección de aquellas empresas, no estando sometidos al círculo rector y disciplinario de las mismas".

Añade la Sala a lo anterior que si el trabajo desarrollado por el actor para las entidades demandadas consistía casi únicamente en la defensa jurídica de éstas en los litigios en los que ellas fueran parte, de los que la mayoría se refería al cobro de impagados, resalta entonces la marcada dificultad de que en este caso concurran las referidas notas de dependencia y ajenidad, ya que la asistencia letrada en el proceso judicial se caracteriza por la

gran autonomía y libertad de carácter profesional y científico que ésta implica; y además malamente puede sostenerse que dé lugar a la existencia de ajenidad cuando la utilidad patrimonial que de ella se deriva para su beneficiario es exactamente la misma que la que le reportaría a cualquier cliente del Letrado a quien asistiese jurídicamente en un pleito, aunque esa asistencia letrada fuese totalmente ajena a un nexo contractual de naturaleza laboral. En esta perspectiva "(...) sólo podría hablarse de dependencia en esta clase tan particular de actividad, si se acreditase que esa asistencia letrada se llevaba a cabo con un claro sometimiento a los mandatos y criterios de la asesoría jurídica de tales empresas o al correspondiente órgano directivo de carácter jurídico de ellas, constando la obligación del Letrado actor de seguir las órdenes e instrucciones de esta Asesoría u órgano; pues sólo de este modo resultarían desvirtuadas las mencionadas libertad y autonomía que son propias de la asistencia jurídica del Abogado en el proceso", lo que en absoluto ha quedado acreditado en los hechos probados, invariables en este trámite solemne. Todavía añade la Sala a los razonamientos anteriores, y para reforzarlos, el dato de que el actor "(…) tiene despacho profesional abierto al público en el que atiende a sus distintos clientes, y en el que, sin duda también, desarrollaba buena parte de la labor que efectuaba en pro de la defensa jurídica de las compañías del Grupo" "(…) no estando (…) sujeta a ningún horario preestablecido, ni en lo esencial se realizaba en los locales de las mismas, limitándose su presencia en tales locales, generalmente, a unas pocas horas por semana (una o dos, como mucho), que solían tener lugar los viernes, no existiendo control horario alguno sobre el actor. No tenía en los centros de trabajo del Grupo (…) para su uso propio y personal, ni despacho, ni teléfono, ni ordenador; tampoco tenía Secretaria facilitada por la empresa".

3. La conclusión a la que llega la Sala en este caso es prácticamente inexcusable, pues a pesar de la duda insoluble que plantea siempre este tipo de relaciones –una paradigmática "zona gris" del Derecho del Trabajo– lo cierto es que la novación habida despeja sensiblemente la duda, al expresar de modo inequívoco la voluntad de las partes de alterar la relación claramente laboral, de la primera etapa, transformándola en una relación "bien distinta" a partir de la segunda, en la que se despejan todos los indicios de laboralidad que en aquélla se presentaban como muy rotundos. Con la advertencia, para lectores distraídos, de que en nada habría influido en la resolución del caso la vigencia de la relación especial de la abogacía, habida cuenta de su estricto ámbito de aplicación.

Luis Enrique de la Villa de la Serna
Diego de la Villa de la Serna
María de Sande Pérez-Bedmar (coordinadora)
Maravillas Espín Sáez
Jesús González Velasco
Luis Gordo González
Magdalena Nogueira Guastavino

III. EMPRESARIO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Centro de trabajo. A) Concepto legal y jurisprudencial de centro de trabajo. B) Noción de centro de trabajo y lugar de trabajo a efectos de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales. **3. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Responsabilidad por el recargo de prestaciones derivado de falta de medidas de seguridad. C) Responsabilidad solidaria en supuestos de Administraciones Públicas. D) Sucesión de contratas y sucesión de empresas. **4. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Utilización fraudulenta de los contratos de puesta a disposición y cómputo de la antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente. **5. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. B) Ejercicio del derecho de opción: es necesario que la relación laboral esté viva. C) Responsabilidad solidaria en caso de despido y cesión ilegal: articulación procesal. **6. Sucesión de empresas.** A) Elementos del supuesto de hecho. B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa. C) Alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 44.3 ET. D) Cesión de contratos: novación subjetiva empresarial.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 13 a 16 de 2007 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1785 a J 2460) 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) Concepto legal y jurisprudencial de centro de trabajo

La presentación de preaviso de elecciones sindicales en un edificio concreto de los varios en los que presta servicios una empresa de limpieza por un sindicato más representativo y las sucesivas reclamaciones a la que da lugar, sirve a la **STSJ de Aragón de 19 de septiembre de 2007,** I.L. J 2381, para realizar un repaso a la doctrina jurisprudencial y de los Tribunales Superiores sobre el concepto de centro de trabajo. Se destaca así cómo estas sentencias, interpretando los artículos 1.5, 62 y 63 ET, han elaborado un concepto amplio de centro de trabajo, conforme a la realidad social y empresarial, señalando:

– Que la interpretación del artículo 1.5 ET "descarta la posibilidad de dejar al arbitrio del empresario la decisión última de crear artificialmente o reconocer la existencia de centro de trabajo, dado que la esencia del mismo se asienta (...) en los siguientes requisitos: a) unidad productiva, entendida como la realidad primaria y más simple que sirve de soporte a la realización práctica de la actividad empresarial (...); b) organización específica, que implica una autonomía organizativa dentro del conjunto empresarial (...); y c) que sea dado de alta como tal ante la Autoridad Laboral, sin que se trate de una exigencia esencial o trámite constitutivo para la existencia del centro de trabajo (...)" (SAN de 13 de junio de 2003);

– Que "el término centro de trabajo de la empresa principal (...) debe entenderse como el lugar de trabajo de la empresa principal, lo que no exige que haya una organización empresarial específica en ese lugar, (...) pero sí requiere que (...) haya una efectiva presencia de la empresa principal en el lugar de trabajo" (STSJ de Aragón de 5 de abril de 2001);

– Que el requisito del alta no es esencial para determinar la existencia de una unidad de producción que deba ser calificada como centro de trabajo, por lo que hay que centrar la cuestión en la presencia o no de los otros dos. Y así, "por producir debe entenderse la acción por la que una entidad crea, procura o fabrica un objeto o presta un servicio (...) Mientras que organizar consiste en la ordenación de bienes y personas para la obtención de un fin o función económica. Como el fin económico que se persigue y los medios que se poseen para su obtención son variados (...) el concepto de centro de trabajo, necesariamente tiene que ser abierto, siendo subsumible en él una variedad notable de posibles configuraciones" (SSTSJ de Madrid de 2 de abril de 1998);

–Y que, en fin, un poste de línea eléctrica se puede considerar como un centro de trabajo (STS de 18 de abril de 1992).

Y, entrando en el enjuiciamiento del caso de autos, en el que la sentencia de instancia había declarado la nulidad del preaviso electoral, la Sala del TSJ de Aragón, reproduciendo la STSJ de Valencia de 4 de diciembre de 2006 referida a otros centros de trabajo de la misma empresa, señala que la noción de centro de trabajo difiere de la de empresa y que a efectos electorales goza de mayor independencia y entidad el primero de ellos; pero que si bien la regla general es la delimitación electoral, por centro de trabajo el Estatuto de los Trabajadores prevé excepciones, como la del Comité de Empresa conjunto, al objeto de posibilitar el cumplimiento de los requisitos objetivos o numéricos exigidos por la norma. Por ello, en el caso concreto que se presenta, en el que no se trata de una empresa ordinaria dedicada a la producción de bienes, sino de una empresa de servicios, subrogada en los trabajadores pertenecientes a una contrata anterior, es necesario adecuar algunos de los tradicionales conceptos laborales a la realidad existente. Y afirmada esta premisa, "debe aceptarse igualmente que existe un empresario no titular del centro de trabajo físico, que no tiene por qué perder tal condición por llevarse a cabo en el mismo distintas actividades empresariales; porque si los trabajadores se encuentran a expensas del empresario que lo sea, en cada subrogación, aceptar la idea de que el centro de trabajo sería en cada cambio empresarial, aquel donde la empresa contratista tuviera su sede administrativa, podría implicar el absurdo de estimar que existe un cambio de centro de trabajo, a pesar de seguir verificándose la actividad laboral cotidiana consecuente al cambio de contrata, en el mismo lugar físico. Desde la perspectiva del mantenimiento de los derechos sindicales, es donde cobra el tema verdadero interés. Desde una perspectiva general, el ET establece en su artículo 44.5 que cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad". Por todo ello, y teniendo presente que en la tan repetida expresión del ET "empresa o centro de trabajo" la conjunción disyuntiva se utiliza en función del significado del último de los términos y no del primero, para distinguir entre empresas de estructura simple y de estructura múltiple o compleja, la Sala llega a la conclusión de que en el caso enjuiciado el preaviso se ha formulado respecto a un centro de trabajo de la empresa demandada conforme a lo previsto en el artículo 1.5 ET.

B) Noción de centro de trabajo y lugar de trabajo a efectos de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales

La **STS de 10 de diciembre de 2007,** u.d., I.L. J 2205, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa recurrente por falta de contenido casacional y defecto de forma, si bien recuerda la doctrina de la Sala sobre el correcto entendimiento de las nociones de "centro de trabajo" y "lugar de trabajo" a efectos de la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y accidentes de trabajo. En el caso de autos la cuestión a debatir era si una empresa dedicada a la promoción, compra, construcción y venta de toda clase de edificaciones, que contrató con otra la realización de trabajos de albañilería en un edificio de su propiedad debía o no responder solidariamente con esta última por el recargo de prestaciones derivado de la falta de medidas de seguridad en un supuesto de accidente de trabajo sufrido por un trabajador de la contratista al caer de un andamio. El Tribunal Supremo recordará su doctrina que identifica los conceptos de "centro de trabajo" y "lugar de trabajo" a efectos de

la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, señalando que del deber de colaboración en la aplicación de las medidas de seguridad e higiene de las empresas que desarrollen simultáneamente actividades en el mismo lugar de trabajo previsto en el artículo 17 del Convenio núm. 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente en el trabajo, "parece lógico deducir, en los casos de contratas o subcontratas, la posibilidad de que la responsabilidad que venimos examinando alcance tanto al empresario directo o contratista como al principal, cuando exista base suficiente para ello" (STS de 18 de abril de 1992), pues lo decisivo es el hecho de que "el trabajo se desarrolle en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercutan en ella" (STS de 5 de mayo de 1999). De esta forma, "el estricto concepto de centro de trabajo previsto en el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores no resulta aplicable a los efectos previstos en las normas ahora examinadas, sino que la referencia legal equivale más bien a la expresión 'lugar de trabajo', lo que aplicado al caso que aquí se resuelve significa que si la empresa que ahora rechaza su responsabilidad se ha adjudicado una obra para su ejecución y decide libremente subcontratarla a otra empresa de su misma actividad, lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es en absoluto ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir, lo mismo que los beneficios, con la contrata, de forma que su responsabilidad deriva de la falta de información y control que le era exigible en relación con los trabajadores de la empresa subcontratista en relación con una obra de la que era adjudicatario" (STS de 26 de mayo de 2005). La doctrina expuesta, finaliza la **STS de 10 de diciembre de 2007,** u.d., I.L. J 2205, "viene avalada por lo dispuesto en el RD 171/2004, de 30 de enero, que desarrolla el artículo 24 de la LPRL (…), al señalar en su artículo 2 que a los efectos de lo establecido en ese Real Decreto, se entenderá por centro de trabajo, cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo. Y empresario titular del centro de trabajo, la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo".

3. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 5.A).

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

Véase apartado 2.B) y del número anterior de esta Revista el apartado 4.B)

C) Responsabilidad solidaria en supuestos de Administraciones Públicas

Frente a la tesis de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de junio de 2006 que sostiene que la responsabilidad solidaria de las obligaciones de natura-

leza salarial prevista en el artículo 42.2 ET resulta aplicable a las Administraciones Públicas aunque el servicio en cuestión se gestione de forma indirecta mediante una concesión administrativa, recurre en casación para la unificación de doctrina el Consorcio de Aguas de Bilbao-Vizcaya, argumentado aplicación indebida del artículo 42.2 ET al supuesto controvertido. La falta de contenido casacional del recurso planteado, dada la coincidencia de la decisión de la sentencia recurrida con la doctrina del Tribunal Supremo, lleva a la **STS de 12 de diciembre de 2007,** u.d., I.L. J 2358, a la inadmisión del recurso, aunque ello no le impide realizar un recorrido explicativo sobre el alcance y contenido de aquélla. Así, el Alto Tribunal indicará que las razones que en otras ocasiones le han conducido a mantener la responsabilidad solidaria de una Administración Pública que otorgó el correspondiente contrato administrativo se resumen del siguiente modo:

> – "a) el término empresario, incluido en dicho artículo 42, debe equipararse al de empleador, y no limitarse, restrictivamente, al titular de una organización económica específica, que proyecte la existencia de una empresa en sentido económico o mercantil (...)
>
> – b) la condición pública de la entidad demandada que, mediante contratación administrativa, adjudica la realización directa e inmediata del servicio de explotación de sus instalaciones periféricas de saneamiento de aguas (...) a otra entidad, no puede hacer olvidar, ni desnaturalizar la naturaleza de la prestación, caso de haber sido realizada directamente por el órgano público local, por lo que, su gestión indirecta, mediante el mecanismo de la concesión administrativa, no afecta al *solidum* legal examinado.
>
> – c) Una interpretación del reiterado artículo 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto 'contratas o subcontratas' celebrados por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de 'concesión administrativa' ya que, de una parte, la generalidad de los términos 'contratas o subcontratas' no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otra parte, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el ente público, dueño de la obra o servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida (...)".

D) Sucesión de contratas y sucesión de empresa

Véase apartado 6.B).

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Utilización fraudulenta de los contratos de puesta a disposición y cómputo de la antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente

En aquellos supuestos en los que el trabajador presta servicios sin solución de continuidad para la empresa usuaria, primero, a través de diversos contratos de puesta a

disposición y, posteriormente, contratado directamente por aquélla, se ha suscitado el problema de determinar, en caso de despido improcedente, si el cálculo de la indemnización debía realizarse computando la antigüedad desde el inicio de la prestación de servicios para la empresa usuaria o solamente a partir de la fecha del contrato suscrito directamente con ésta. Una hipotética utilización fraudulenta de los contratos de puesta a disposición, con los que se estaría cubriendo una necesidad permanente la empresa usuaria, serviría de base y fundamento para la elección de la primera de las opciones. A este debate debe responder la **STS de 23 de octubre de 2007,** u.d., I.L. J 1953, pero la inexistencia de identidad sustancial entre los hechos enjuiciados por las sentencias contrastadas conduce a la desestimación del recurso sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

5. CESIÓN ILEGAL

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

En el período examinado han aparecido varias sentencias del Tribunal Supremo que abordan idéntico supuesto de hecho y llegan al mismo pronunciamiento, a saber, la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción (**STS de 21 de septiembre de 2007,** u.d., I.L. J 1788; **STS de 2 de octubre de 2007,** u.d., I.L. J 1871; **STS de 25 de octubre de 2007,** u.d., I.L. J 1956; **STS de 4 de diciembre de 2007,** u.d., I.L. J 2289). No obstante, de las argumentaciones ofrecidas por el Alto Tribunal para la citada desestimación cabe extraer algunas interesantes consideraciones:

– Para determinar si ha existido cesión ilegal en una contrata habrá que estar a las circunstancias de cada caso, por lo que la existencia de contradicción en supuestos de cesión ilegal será difícil de establecer (**STS de 2 de octubre de 2007,** u.d., I.L. J 1871).

– El problema más importante en la delimitación del supuesto del artículo 43 ET se produce en relación con las contratas, cuya licitud reconoce el artículo 42 ET. Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a la contrata como medio formal de articular el acuerdo interpositorio. Por ello la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador (justificación técnica de la contrata, autonomía de su objeto, aportación de medios de producción propios, realidad empresarial del contratista, …). Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas (**STS de 2 de octubre de 2007,** u.d., I.L. J 1871).

– La última doctrina del Tribunal Supremo ha situado la apreciación acerca de la existencia o no de cesión ilegal en el hecho de "suministrar la mano de obra sin poner a contri-

bución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial". Se contempla así la cesión no ya como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias sino como 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 25 de octubre de 2007,** u.d., I.L. J 1956; **STS de 21 de septiembre de 2007,** u.d., I.L. J 1788; **STS de 4 de diciembre de 2007,** u.d., I.L. J 2289).

En otro contexto pero con igual conclusión, la constatación de diferencias suficientes en los supuestos enjuiciados y alegados como contradictorios conducen también a la **STS de 27 de septiembre de 2007,** u.d., I.L. J 1854, a rechazar el recurso de casación para la unificación de doctrina sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Conviene, sin embargo, aludir a las circunstancias de hecho presentes y a la solución alcanzada por los Tribunales inferiores, pues están ligadas a la problemática de la posibilidad o no de apreciar la existencia de cesión ilegal de trabajadores cuando se recurre a los servicios de una empresa de trabajo temporal. Recordemos que la cuestión se había circunscrito a determinar si la alusión del artículo 16.3 LETT a la responsabilidad solidaria de las empresas usuarias en caso de contravención de lo dispuesto en los artículos 6 y 8 LETT significaba la imposibilidad de aplicar en tales supuestos las consecuencias fijadas en los apartados 2 y 3 del artículo 43 ET –estaríamos ante una ley especial que excepciona el régimen general–, o si, por el contrario, tal previsión no era más que una confirmación de que, justamente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 43.2 ET, la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria en relación con las obligaciones salariales y de Seguridad Social se convertía en solidaria cuando el contrato de puesta a disposición vulnera lo establecido en los artículos 6 y 8 LETT. Tras una inicial interpretación de la doctrina judicial a favor de la primera de las opciones, el Tribunal Supremo, en sendas sentencias en unificación de doctrina del año 2006 (STS de 4 de julio y de 26 de septiembre de 2006), vino a señalar que "aunque sea sostenible que la regla determina específicamente las responsabilidades de la empresa usuaria, que limitaría a las exclusivas obligaciones salariales y de Seguridad Social, de forma que dejaría sin efecto –en tanto que regulación singular– las prevenciones contenidas en el artículo 43 ET, hasta el punto de que la presencia de una ETT obstaría –cualquiera que fuesen los defectos del contrato de puesta a disposición– la existencia de cesión ilegal de trabajadores, lo cierto es que nos parece más acorde a la prohibición radical de la cesión temporal de trabajadores (con la salvedad legal de las ETT: artículos 43.1 ET y 1 LETT) entender que el inciso segundo examinado –declarando la responsabilidad solidaria– no consagra excepción alguna al artículo 43 ET, sino que más bien supone excepción al previo inciso primero del mismo precepto, en el que se dispone la regla general de responsabilidad subsidiaria, de forma y manera que con ello la norma no hace sino confirmar la disposición contenida en el artículo 43.2 ET, siquiera –por su condicionante inciso primero, al que va referido– con la más limitada expresión de 'obligaciones salariales' y no la más amplia de 'obligaciones contraídas con los trabajadores' utilizada en el precepto estatutario".

En el caso examinado en la **STS de 27 de septiembre de 2007,** u.d., I.L. J 1854, que comentamos, tanto la sentencia de instancia como la del Tribunal Superior de Justicia

declararon la improcedencia del despido del trabajador y la existencia de cesión ilegal. El supuesto de hecho era el siguiente: el Instituto Catalán de Salud adjudica a una empresa la gestión del servicio de mantenimiento, figurando en el pliego de condiciones del contrato la obligación de la adjudicataria de llevar a cabo el servicio con personal propio. Pero, al no tener la contratista trabajadores suficientes para hacer frente al servicio contratado, recurre a trabajadores de una ETT. En tales circunstancias, razona la Sala del TSJ que "el contrato de puesta a disposición no se puede dar como válido por infracción de la normativa laboral y administrativa, ya que se parte de la imposibilidad de contratar con la ETT de acuerdo con las condiciones pactadas con el ICS, ya que la concesionaria debería aportar personal propio", por lo que sobre tal base declara la existencia de cesión ilegal.

También los Tribunales inferiores han tenido que pronunciarse en el período que examinamos acerca de los elementos que conducen en un caso determinado a la apreciación final de existencia de cesión ilegal de trabajadores. Ha sido la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, Las Palmas (**STSJ de Canarias, Las Palmas, de 8 de octubre de 2007,** I.L. J 2429; **STSJ de Canarias, Las Palmas, de 11 de octubre de 2007,** I.L. J 2430; **STSJ de Canarias, Las Palmas, de 15 de octubre de 2007,** I.L. J 2432), la que en tres supuestos diversos, y con argumentos exactamente idénticos, que aplica indistintamente a cada uno de ellos, llega a la misma conclusión, a saber, la de encontrarse "ante un supuesto paradigmático de cesión ilegal de mano de obra". Veamos esos argumentos y las circunstancias presentes en cada uno de los casos enjuiciados.

El supuesto de hecho de la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 8 de octubre de 2007,** I.L. J 2429, es el siguiente: la empresa Zara España, SA celebra un contrato de gestión de servicios con la empresa Eurocen Europea de Contratas, SA para la realización de la actividad de colocación y preparación para la venta de las mercancías propiedad de la primera en las tiendas que ésta regenta. Los trabajadores de Eurocen desde el inicio de su relación han prestado servicios en las tiendas de Zara, utilizando las mercancías, el mobiliario y demás instrumental de ésta, realizando las funciones propias de toda dependienta. Además, las trabajadoras han actuado en todo momento bajo las órdenes e instrucciones del personal de Zara, reportando a éste instantáneamente las incidencias que se producían en el desempeño de sus funciones, conservando la entidad titular de la tienda en todo momento la dirección efectiva del servicio contratado. La Sala concluye que el objeto real de la contratación llevada a cabo por Zara con la empresa de servicios Eurocen no fue sino "la prestación de servicios de las trabajadoras, que en el marco de su actividad laboral se integraban en la estructura organizativa de la primera, a pesar de que el contrato de trabajo estaba formalizado con la segunda", sin que el hecho de que las vacaciones de las trabajadoras fueran organizadas por Eurocen y que iniciaran su jornada laboral antes que el resto del personal de la tienda, no dejen de ser "indicios neutros y carentes de suficiente relevancia a la hora de calificar la relación jurídica". Y en lo que a argumentaciones jurídicas concierne, amén de traer a colación las aportaciones de la doctrina científica sobre el fenómeno de la cesión, la sentencia recuerda que, a efectos de declarar la existencia del mecanismo interpositorio, es "por completo irrelevante si la

empresa Eurocen (...) dispone o no de estructura organizativa propia como empresa y no constituye una mera ficción, puesto que lo importante es si dicha estructura organizativa ha entrado o no en juego en la prestación contratada entre las empresas", puesto que "como señala la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (...) aunque nos encontremos ante un empresario real y no ficticio, existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial (...)".

Por su parte, en el caso examinado por la **STSJ de Canarias (Las Palmas), de 11 de octubre de 2007,** I.L. J 2430, las empresas Sociedad Española de Carburos Metálicos, SA y Transportes Mederos, SL celebran un contrato de servicios en virtud del cual esta última se compromete a realizar la actividad de transporte de gases (oxígeno) para usos médicos e industriales que elabora la primera; actividad que, según la sentencia que estudiamos, "se supone que es una de las más características de su objeto social y que ha de ser llevada a cabo permanentemente y en todo caso sin que existan auténticos proyectos ni servicios u obra con autonomía y sustantividad propia que justifiquen la existencia de la contrata". La actividad contratada se lleva a cabo por los trabajadores de la empresa Transportes Mederos, SL en las dependencias de Carburos Metálicos, SA, donde inician y finalizan su actividad laboral, utilizando las mercancías, vehículos y demás instrumental de ésta, que es quien, además, les proporciona la formación necesaria y específica para el desarrollo de su actividad de conductores de transporte de mercancías peligrosas. Entiende la Sala que en todo momento los trabajadores han actuado bajo las órdenes e instrucciones del personal de Carburos Metálicos, SA, que conservaba la dirección efectiva del servicio contratado, por lo que de todos estos hechos "no resulta que exista prestación alguna por parte de la empresa de transportes codemandada distinta a la propia prestación de los trabajadores cedidos cuya relevancia la convierta en el objeto de la contratación celebrada entre ambas empleadoras y que la diferencie netamente de una mera puesta a disposición de trabajadores", sin que la alegación de la empresa transportes Mederos, SL, en el sentido de que poniendo ella los medios materiales para el desarrollo del servicio de transporte, como son las dos cabezas tractoras, y perteneciendo los trabajadores afectados a su plantilla con anterioridad a la celebración del contrato de servicios, en ningún caso podría hablarse de cesión ilegal, sirviera para fundamentar diversa conclusión.

Finalmente, en los hechos probados de la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 15 de octubre de 2007,** I.L. J 2432, consta que el Instituto Nacional de Empleo (INEM) y el Servicio Canario de Empleo (SCE) suscribieron un Convenio de Colaboración en cuyo marco una trabajadora contratada por el SCE prestaba servicios como auxiliar administrativa para el INEM, en sus dependencias, bajo las órdenes e instrucciones de la Jefa de Prestaciones del INEM y en idéntico horario al del resto del personal del INEM, con el que se turnaba en el período de vacaciones. En tales circunstancias, para la Sala, el "objeto real del convenio suscrito entre las codemandadas no fue sino la prestación de servicios de la actora, que en el marco de su actividad laboral se integraba en la estructura organizativa del INEM, a pesar de que el contrato de trabajo estaba formalizado con el SCE"; por ello resulta evidente la existencia de cesión ilegal, siendo a tales efectos por completo irrelevante si

el INEM dispone o no de estructura organizativa propia como empresa, "puesto que lo importante es si dicha estructura organizativa ha entrado o no en juego en la prestación contratada".

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

El artículo 43.4 ET reconoce el derecho del trabajador sometido a tráfico ilegal a adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Ahora bien, como recuerda la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 15 de octubre de 2007,** I.L. J 2432, comentada en el apartado anterior, para poder ejercitar el mencionado derecho es necesario que la relación laboral esté viva, por lo que si ésta se ha extinguido ya, aunque haya existido cesión ilegal, no cabe el ejercicio del derecho de opción.

C) Responsabilidad solidaria en caso de despido y cesión ilegal: articulación procesal

La garantía de la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario de las obligaciones contraídas con los trabajadores y la Seguridad Social en los supuestos de tráfico ilegal de mano de obra consagrada en el artículo 43.3 ET plantea ciertos problemas de índole procesal cuando de lo que se trata es de proyectarla sobre las eventuales consecuencias de la declaración de improcedencia de un despido que afecta a un trabajador sujeto a la cesión ilícita. A uno de estos casos alude la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 15 de octubre de 2007,** I.L. J 2432, a la que ya nos hemos referido en los dos apartados precedentes. En ella se discute si cabe condenar solidariamente en el despido improcedente de una trabajadora contratada por el Servicio Canario de Empleo que prestaba servicios para el INEM en el marco del Convenio de Colaboración suscrito por ambas entidades, tal como entendió la sentencia de instancia. El Tribunal Superior de Justicia de Canarias, después de apuntar que tratándose de un procedimiento por despido la cuestión relativa a la eventual existencia de cesión ilegal es "ajena completamente a las materias que han de ser discutidas en los procedimientos de esta clase, siendo inacumulable dicha acción a la de despido, pues el ejercicio de la acción de cesión ilegal requiere también necesariamente que la relación laboral esté viva", afirmará que "cuestión distinta es que la acción de despido se ejercite frente a quienes se estiman como obligados solidarios, lo que en todo caso exige resolver si la eventual situación de cesión ilegal de trabajadores que se plantea como cuestión previa puede llevar a que en el fallo de la sentencia sea condenada solidariamente la Administración cesionaria a optar entre readmitir o indemnizar al trabajador y al pago de los salarios de tramitación. Se trata, en definitiva, de una cuestión previa que ni siquiera tiene la condición de cuestión prejudicial atribuida a otro orden jurisdiccional (...) En otras palabras, el juzgador para resolver la acción de despido ha de determinar, con carácter previo, quién es el verdadero empleador del trabajador despedido y, consiguientemente, si ha existido o no en la configuración de la relación laboral cesión ilegal de trabajadores, para determinar las responsabilidades derivadas de una eventual declaración de improcedencia del despido".

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho

Pese a la ya más que persistente y reiterada doctrina del Tribunal Supremo acerca de los elementos configuradores del supuesto de hecho del artículo 44 ET, plagada de desencuentros y "a regañadientes" encuentros con la jurisprudencia comunitaria, continúan siendo habituales los pronunciamientos judiciales que deben dilucidar si en unas determinadas circunstancias de hecho se produce o no el fenómeno de la sucesión empresarial. Así, la **STS de 12 de diciembre de 2007,** u.d., I.L. J 2335, debe pronunciarse sobre si la externalización del servicio de restauración por parte de la Fundación Catalonia –cuya actividad principal es la gestión del servicio de atención a personas con discapacidad psíquica–, a la empresa BORIS 45, SA –dedicada a la prestación de servicios de restauración a colectividades, empresas, hospitales, residencia, etc.–, producida sin transmisión de elementos patrimoniales ni firma de cláusulas que garanticen la estabilidad en el empleo de los trabajadores, constituye o no un supuesto de sucesión de empresa *ex* artículo 44 ET. En virtud del contrato de arrendamiento de servicios suscrito por las dos empresas mencionadas, BORIS, SA, asumía la preparación del desayuno, comida, merienda y cena de las personas residentes en el centro cuya titularidad correspondía a la Fundación Catalonia, que ponía a disposición de aquélla las instalaciones de la cocina, con la maquinaria y demás enseres relacionados, estipulándose, además, que la maquinaria que hubiese de adquirirse en el futuro permanecería afecta a las prestaciones derivadas del contrato, quedando en propiedad de la Fundación cuando finalizara la relación.

La sentencia de instancia entendió que existía sucesión de empresa, mientras que la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó, en aplicación de la tesis del Tribunal Supremo recaída en los supuestos de liberalización del servicio de asistencia en tierra a las aeronaves y pasajeros (*handling*), que anteriormente prestaba Iberia en régimen de monopolio, que no estábamos ante un supuesto de sucesión empresarial sino de novación contractual que, como tal, exige el consentimiento de los trabajadores afectados como requisito de validez.

El Tribunal Supremo, tras recordar la jurisprudencia comunitaria en el sentido de que "(…) la restauración colectiva no puede considerarse como una actividad que se base esencialmente en la mano de obra, en la medida en que exige unos equipos importantes (…)", y que "(…) la transmisión de los locales y de los equipos (…) basta para caracterizar, en estas circunstancias, la transmisión de la entidad económica (…)", afirmará que el supuesto enjuiciado entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 44 ET, ya que:

> "(…) sin necesidad de recurrir al polémico criterio que se conoce como 'sucesión de plantilla', pues, (…), la transmisión afectó en este caso, en régimen de arrendamiento, al conjunto de medios materiales que permitían mantener el servicio de restauración del centro (…), es evidente que el fenómeno de externalización llevado a cabo mediante el tan repetido contrato de arrendamiento de servicios, (…) constituye un supuesto lícito de sucesión empresarial del artículo 44 del ET.

> Y ello es así, porque la transmisión, como exige el precepto, concierne a una entidad económica que, sin constituir en principio la actividad medular de la arrendadora, mantiene su identidad, entendida ésta como un conjunto de medios organizados para desarrollar una actividad económica, incluso aunque se considerara accesoria (es decir, no esencial) en este caso en relación a la propia y principal de la arrendataria que, (…) consiste en la atención de personas con discapacidad psíquica.
>
> En estos supuestos no es necesaria la existencia de cláusula alguna que garantice la estabilidad del empleo de los trabajadores, (…), porque, al menos en teoría, tal garantía, y aún mayor, viene establecida en la propia norma cuando ordena que el nuevo empresario quede subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior (…) Y si, en la práctica, llegara a resultar burlada la garantía legal, nuestro ordenamiento positivo y la jurisprudencia ponen a disposición de los trabajadores mecanismos tales como, por ejemplo, la institución del fraude de ley o la doctrina del levantamiento del velo que, llegado el caso, podrían restituirla".

Y respecto a la alegada aplicación por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de la doctrina del Tribunal Supremo sentada en los casos de desaparición del monopolio de Iberia en el servicio de asistencia en el transporte aéreo, el Alto Tribunal señalará que la conclusión alcanzada en nada contraría su jurisprudencia sobre dichos asuntos, pues "la singular situación planteada en aquellos procesos y la solución excepcional que merecieron poco tienen que ver con las circunstancias del presente litigio". En aquella ocasión, continúa la sentencia, no había existido un verdadero cambio de titularidad en la empresa "sino que meramente se había dado entrada a una nueva empresa que, junto con la anterior y en régimen de competencia con ella, vino a repartirse el desempeño de una actividad que hasta entonces venía siendo realizada por una sola en régimen de monopolio".

Algo diversa es la situación que se presenta a debate en el caso examinado por la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de octubre de 2007,** I.L. J 2312, pues en esta ocasión la duda no incide tanto en el alcance del supuesto contemplado en el artículo 44 ET cuanto en el ámbito general de aplicación de la legislación laboral. Según resulta acreditado, las recurrentes iniciaron la prestación de sus servicios en la Residencia Geriátrica San Juan de Dios de Lillo, como consecuencia de su condición de socias trabajadoras y fundadoras de la Sociedad Cooperativa de Trabajo Asociado Servicios Geriátricos Lillo, SCL, a la que le fue adjudicada por el Ayuntamiento la gestión indirecta de la aludida Residencia. Posteriormente, la presidenta de la entidad cooperativa solicita al Ayuntamiento la rescisión de mutuo acuerdo del mencionado contrato administrativo por causa de fuerza mayor, siéndole adjudicada la gestión del servicio municipal de la Residencia Geriátrica a la empresa Edad Dorada Mensajeros de la Paz, entidad que contrató eventualmente a las trabajadoras recurrentes. Sobre la base de estos datos fácticos, la cuestión planteada en el recurso se centra en fijar la fecha de antigüedad de las trabajadoras a efectos del cálculo de la indemnización por despido, pretendiendo las demandantes que se tenga como tal la del inicio de la prestación de sus servicios como socias cooperativas de la Cooperativa

de Trabajo Asociado a la que se le adjudicó en un primer momento la gestión de la Residencia de la Tercera Edad, al entender que se produjo sucesión empresarial entre dicha entidad y la que le siguió en la gestión de la Residencia. La Sala rechaza la pretensión argumentando que

> "(…) la recurrente no mantenía una relación laboral con la Sociedad Cooperativa Servicios Geriátricos de Lillo SCL, sino que (…) era socia trabajadora, no siendo equiparables la relación que mantiene un trabajador por cuenta ajena con la empresa empleadora y la del socio cooperativista respecto a la Sociedad Cooperativa de Trabajo Asociado en la que se integra, pues la de este último es una relación societaria, por más que la legislación en aspectos particulares haya aproximado el régimen del socio trabajador con el trabajador por cuenta ajena. Diferencia de relación jurídica trascendental para el caso y que viene afirmando la jurisprudencia desde antiguo (…) Lo anterior determina que no sea aplicable a la demandante, al menos directamente el artículo 44 del ET, al no ser un trabajador por cuenta ajena en la sociedad cooperativa para la que trabajó como socio y cuya antigüedad quiere ver reconocida".

Y, aunque no haya sido invocada, continúa la sentencia examinada, tampoco cabría aplicar al supuesto enjuiciado la ficción legal prevista en la Ley Estatal de Cooperativas de 16 de julio de 1999 que equipara en supuestos de cese de una cooperativa de trabajo asociado en una contrata o concesión administrativa y entrada de un nuevo empresario a los socios cooperativistas de trabajo asociado con trabajadores por cuenta ajena, pues la previsión legal está sujeta a unos determinados límites, entre los que figura que el cese de la cooperativa en la contrata de servicios o concesión administrativa no fuera imputable a ella; exigencia que no se da en el caso examinado, pues la cesación de la Sociedad Cooperativa de Trabajo Asociado en la gestión de los servicios se produjo de manera voluntaria, por acuerdo de disolución que adoptó la Asamblea General Extraordinaria de la cooperativa de la que la demandante era socia.

Especialmente singular es el supuesto de hecho de la **STSJ de Canarias de 13 de noviembre de 2007,** I.L. J 2317, que se resume en los siguientes términos: el actor era trabajador de la empresa "Green Services, SA", la cual explotaba el complejo de apartamentos "Green Oasis" mediante contrato de arrendamiento suscrito con la Comunidad de Propietarios. Al ser declarada la empresa "Green Services, SA" en concurso de acreedores se cancela el contrato de arrendamiento, revirtiendo las instalaciones a la Comunidad de Propietarios, que cierra el complejo y da de baja en la Seguridad Social a todos los trabajadores. En tales circunstancias, la Sala, reproduciendo un pronunciamiento anterior que aplica *a contrario sensu*, y tras hacer constar que en este caso la Comunidad de Propietarios se constituyó como Comunidad de Explotación y explotó efectivamente el complejo de apartamentos "Green Oasis" hasta que por motivos comerciales decidiera ceder en dos ocasiones la explotación en arrendamiento a empresas especializadas en el ramo (empresas Cañada Sun, SA y Green Services, SA), sostendrá que "(...) una vez revertido el complejo a la misma al haber sido cancelado el último contrato de explotación al ser declaradas las empresas Cañada Sun, SA y Green Services, SA en concurso..., se ha producido una sucesión de empresas *ex* artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, razón por la cual la decisión de la Comunidad de Propietarios y Explotación demandada de no continuar en la actividad

hostelera y no asumir al actor en su plantilla ha de ser considerada como despido, que por carecer de causa que lo justifique sólo puede ser calificado como improcedente, debiendo soportar todas las consecuencias derivadas de dicha declaración la Comunidad codemandada".

Sobre la delimitación del supuesto de hecho, véanse también los apartados 6.B) y 6.C).

B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa

La aplicación de la doctrina comunitaria acerca de la existencia de sucesión de empresa en los casos de asunción por el cesionario de una parte sustancial de la plantilla del cedente ha planteado especiales problemas en aquellos casos en los que la asunción de plantilla viene impuesta convencionalmente, pues ello ha provocado que los efectos de la transmisión dejen de estar limitados a los que la norma convencional imponga para, por vía indirecta, convertir la subrogación prevista en el convenio colectivo en un supuesto más de los encuadrables en el ámbito de aplicación del artículo 44 ET y, por tanto, de los que están afectados por las consecuencias fijadas en el precepto estatutario, en particular por la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario. A uno de estos supuestos aluden la **STS de 19 de septiembre de 2007,** u.d., I.L. J 1840 y la **STS de 21 de diciembre de 2007,** u.d., I.L. J 2225. El Alto Tribunal debe decidir si sobre la empresa cedente han de recaer o no las consecuencias del despido improcedente de un trabajador de una empresa concesionaria que, tras la finalización del contrato administrativo de gestión que su empresa tenía suscrito con Servicio Cántabro de Salud, ve cómo la nueva adjudicataria, que en virtud de lo previsto en el convenio colectivo aplicable está obligada a contratar un 84% de los trabajadores de la concesionaria anterior, no procede a integrarlo en su plantilla. La Sala entenderá que sólo la empresa cesionaria debe asumir las consecuencias del despido improcedente, en atención a los siguientes argumentos:

– Partiendo de la base de la indiscutida existencia de una sucesión de empresas,

> "es decir, de una subrogación contractual, en virtud de la cual se extingue el contrato del actor al finalizar la contrata, y que lo que se debate es si la recurrente (…) debe o no responder solidariamente con la empresa cesionaria de los efectos derivados del cese del actor calificado como despido improcedente, es decir, de deudas que nacen con la sentencia firme calificadora del despido, es indudable que no estamos en el supuesto contemplado en el artículo 44.3 ET, que se refiere, cuando establece la responsabilidad legal solidaria de ambas empresas, a las transmisiones por actos intervivos durante tres años por obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, no siendo de aplicación nuestra doctrina interpretativa de dicho precepto".

– De acuerdo con lo anterior,

> "si la subrogación empresarial extinguió la relación laboral del actor con Ferrovial SA (empresa cedente), siendo la nueva concesionaria del mantenimiento del Hospital

> Sierrallana quien no contrató a aquél, las consecuencias de su actuación, que fue calificada por la sentencia recurrida de despido improcedente, debe soportarla la nueva concesionaria, que es la única responsable, y que se convirtió en empleadora del trabajador, no procediendo por tanto condenar a Ferrovial Servicios, SA, ya que se trata de un supuesto distinto no comprendido en el artículo 44.3 ET".

Similar problemática se suscita en el caso enjuiciado por la **STSJ del País Vasco de 4 de septiembre de 2007,** I.L. J 2454, si bien en esta ocasión la responsabilidad no afecta a las consecuencias del despido sino al impago de salarios, por lo que la solución final a la que se llega es justamente la contraria. El supuesto de hecho era el siguiente: la trabajadora prestaba servicios para la empresa Sutegui SL con la categoría profesional de limpiadora en el centro de trabajo del Ayuntamiento de Munguía, que había adjudicado a dicha empresa el servicio de limpieza. La empresa Sutegui SL ha sido sucedida en la contrata de limpieza por la empresa Garibaldi SAL, dándose la circunstancia de que en ese momento se le adeudaban a la trabajadora los salarios y pagas extraordinarias de algunos meses. El juzgador de instancia, en aplicación del artículo 44.3 ET, condenó solidariamente a ambas empresas al abono de tales cantidades, recurriendo en suplicación frente a esta decisión la empresa Garibaldi, argumentando que el convenio colectivo aplicable le obliga a subrogarse en el vínculo contractual, lo que ha hecho, pero no a compartir las deudas del anterior concesionario del servicio respecto de los trabajadores subrogados, sin que el mero cambio de contratista del servicio de limpieza constituya un supuesto de sucesión de empresa del artículo 44 ET. La Sala ratifica la decisión del Juzgado sobre la base de las siguientes argumentaciones:

– Uno de los efectos de la sucesión de empresa que dispone el artículo 44 ET es el subrogatorio en la posición de empresario de la relación laboral "Norma de rango legal que no deja margen alguno a la negociación colectiva o a la autonomía de la voluntad para disponer de ese concreto efecto en el caso de que concurra el supuesto de sucesión de empresa ahí previsto, por lo que cualquier convenio colectivo o pacto (individual o colectivo) que lo niegue, lo condicione o limite su ámbito de aplicación resulta nulo de pleno derecho".

– Entre los cambios introducidos en el artículo 44 ET por la Ley 12/2001 se incluye la noción misma de sucesión de empresa, alterándose de manera esencial la descripción del objeto de la transmisión, que ahora se realiza en términos idénticos a los de la norma comunitaria. Con ello no cabe duda de que "nuestro legislador ha querido que, a partir de la vigencia de la Ley 12/2001, la noción de sucesión de empresa, en nuestro derecho interno, sea la comunitaria a la sazón vigente abandonando la que hasta ahora teníamos". De esta forma, la jurisprudencia comunitaria cobra singular relevancia, pasando a ser "la autorizada intérprete de nuestra propia norma".

– Con anterioridad a la citada reforma, una consolidada doctrina del TS excluía del supuesto regulado en el artículo 44 ET los casos de cambio de contratista de un servicio si no llevaban aparejada la transmisión de los elementos patrimoniales precisos para ejecutarlo. Sin embargo, tras la modificación normativa producida, y a la luz de las sentencias del TJCE, "también se engloban en el supuesto de sucesión de empresa tipificado en el

artículo 44 ET los casos de cambio de contratista de un servicio en cuya ejecución el elemento trascendental lo constituyen los trabajadores que lo desempeñan, siempre que el nuevo contratista esté obligado a asumirlos en su totalidad o en su parte esencial, sea por convenio o por imposición del titular del servicio, y aunque no lleve aparejada transmisión de los elementos patrimoniales precisos para su ejecución". Doctrina comunitaria que nuestro Tribunal Supremo ha hecho suya.

– Proyectando todo lo anterior sobre el caso enjuiciado, "se trata de un servicio que como es notorio, se presta con mínimos medios materiales, siendo el valor fundamental que se aporta por la adjudicataria del servicio el de su mano de obra, con lo que viene a constituir un supuesto de sucesión de empresa del artículo 44 ET y, con ello, queda sujeta también a tener que compartir las deudas que el anterior concesionario tenía con el personal adscrito al mismo y respecto al cual se ha subrogado en el vínculo contractual, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 de ese precepto". Y sobre una eventual oposición entre la conclusión alcanzada y lo previsto en el convenio colectivo en materia de obligaciones subrogatorias en los casos de sucesión de contratistas, la Sala entiende que no existe contradicción alguna, pues amén de por otras consideraciones, porque "en todo caso (esto es, aunque el convenio colectivo en cuanto tal no impusiera la extensión de responsabilidad), porque ésta tiene un segundo título jurídico, al margen del convenio, como es el que deriva del artículo 44.3 ET, precisamente por estar ya ante uno de los supuestos de sucesión de empresa regulados en dicho precepto, tras la modificación legislativa de su noción, incorporando la comunitaria, sin que nuestro legislador, al hacerlo así, haya excluido del efecto extensivo de la responsabilidad a los nuevos supuestos incorporados (que pudo hacerlo, ya que la norma comunitaria no lo exigía)".

En alguna ocasión ya hemos mencionado ese efecto indirecto que sobre las consecuencias y alcance de la sucesión empresarial podía tener el seguimiento de la tesis de la "asunción de plantilla" en nuestro ordenamiento. Véase Revista núm. 29, crónica III, apartado 7.B).

Desde otra perspectiva, la **STSJ de La Rioja de 4 de septiembre de 2007,** I.L. J 2409, tras aludir insistentemente a la finalidad del mecanismo subrogatorio recogido en el artículo 44 ET, a saber, "proteger al trabajador actuando como garantía de mantenimiento de su relación laboral y de que ésta no se va a extinguir por el mero hecho de que cambie la persona del empresario con quien formalizó el contrato, siempre y cuando subsista la empresa o una unidad productiva de ámbito inferior", y realizar un detenido análisis de las últimas modificaciones sufridas por el precepto y de la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo sobre los elementos configuradores de su supuesto de hecho, llega a la conclusión de que en el caso examinado estamos en presencia de una sucesión de empresa. Pero lo relevante, no es tanto la solución alcanzada cuanto los argumentos empleados, que parecen fuertemente apegados a una tesis como la de la "sucesión en la actividad", que ya el TJCE tuvo que matizar y modificar en su momento. De los hechos probados se desprende que la actividad de prestación de servicios logísticos para la empresa Crown Bevcan España SL, que con anterioridad desempeñaba Berge Marítima, SA, pasó a desarrollarse, sin solución de continuidad, por la empresa Car Volum, SL, que continúa así la

anterior contrata. La nueva adjudicataria utiliza los servicios e instalaciones de la empresa Crown Bevcan España, SL, como antes lo hacía Berge Marítima, SA. Para la Sala, "se ha producido una evidente transmisión en la actividad objeto de la contrata, transmisión para la cual, la empresa principal proporciona a la nueva adjudicataria los mismos elementos materiales que con anterioridad había puesto a disposición de la anterior, y si bien es cierto que la empresa cesionaria aporta al desarrollo de su actividad medios materiales propios (...) no es menos cierto que el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencia, de los efectivos que su antecesor había dedicado al desarrollo de esta actividad, no es suficiente para excluir la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad (...) Lo cierto es que la empresa entrante desarrolla, sin solución de continuidad, la misma actividad que desarrollaba la empresa saliente, que para ello utiliza los medios materiales que la empresa principal pone a su disposición como ya lo hizo con la empresa que cesó en la actividad, que precisamente esos medios materiales tienen relevancia en la ejecución de la contrata y que es precisamente en este caso la continuación en la actividad el elemento determinante de la aplicación de las garantías legales para los casos de sucesión de empresa".

Por su parte, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de octubre de 2007,** I.L. J 2435, analiza un supuesto de sucesión de contratas de seguridad en el que la nueva adjudicataria no se subroga en la relación laboral de uno de los trabajadores de la anterior. En concreto, el trabajador, con contrato indefinido a tiempo parcial con la empresa Castellana de Seguridad, SA, prestaba servicios como Vigilante de Seguridad y no fue subrogado por la empresa Esabe al pasar ésta a prestar los servicios de vigilancia para la empresa ADIF que hasta entonces había realizado Castellana de Seguridad, SA, pese a que la nueva contratista se había hecho cargo de parte de la plantilla de la anterior. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, tras reproducir literalmente la tantas veces mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004, en la que se lleva a cabo un análisis de las previsiones del derecho comunitario y español en materia de sucesión de empresa y de la evolución de la jurisprudencia del TJCE sobre el particular, llega a la conclusión de que "dándose la circunstancia (…) de la transmisión de la actividad desarrollada por Castellana de Seguridad SA a la condenada Esabe Vigilancia, SA, así como la transmisión de parte de la plantilla, ha de aplicarse el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores al considerar que tal como entendió el juez de instancia se ha producido una subrogación legal…".

C) Alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 44.3 ET

Véase apartado 6.B).

D) Cesión de contratos: novación subjetiva empresarial

La correcta determinación de si nos encontramos o no ante un supuesto incardinable en el ámbito aplicativo del artículo 44 ET resulta fundamental a la hora de precisar el alcance jurídico de la subrogación empresarial, y ello porque aunque ésta puede venir impuesta por diferentes vías –artículo 44 ET, por convenio colectivo, o porque así venga previsto en el clausulado condicional de un pliego de condiciones administrativas–, sus efectos y

naturaleza son diversos. En el caso del artículo 44 ET el mecanismo de sucesión *ex lege* es indisponible para las partes, de forma que cuando se dan todos los requisitos exigidos para que opere, éste entra en juego inexorablemente. Muy distinta es la situación cuando de lo que se trata es de una subrogación contractual pues en este caso para que opere el efecto subrogatorio es necesario el consentimiento del trabajador afectado. En este contexto se sitúa el debate recogido en la **STSJ de Valencia de 18 de septiembre de 2007,** I.L. J 2410, que debe dilucidar si en el supuesto enjuiciado se aplica el artículo 44 ET o, tal como sostienen las trabajadoras recurrentes, en él no concurren las notas de la transmisión de empresa y, por ende, para que la subrogación empresarial se produjera se requeriría el consentimiento del trabajador. Los hechos son los siguientes: las trabajadoras, fijas discontinuas, prestaban servicios para la Consejería de Cultura como ayudantes de cocina durante el período comprendido entre octubre y mayo de cada año en el comedor de un Colegio Público. La Consejería suscribe contrato con la empresa Comis Lagun SL por el que la primera dejaba de realizar los servicios de comedor y éstos pasaban a ser prestados por la segunda, poniendo la Consejería los locales del Colegio, instalaciones, utensilios, menaje, etc., y siendo a cargo de la empresa el personal, materias primas, preparación de alimentos, limpieza del comedor y sus materiales y mantenimiento y reparación de las instalaciones y equipamientos. La sentencia de instancia entiende que estamos en presencia de una sucesión de empresas porque, según argumenta, se ha producido la transmisión de los elementos productivos por parte de la Consejería y porque la actividad que se contrata es específica y diferenciada de la principal. Por el contrario, la Sala del TSJ de Valencia, trayendo a colación, entre otras, la doctrina del TS en los supuestos de liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves, a la que tantas veces nos hemos referido, llegará a la conclusión contraria, afirmando que:

> "(…) es claro que nos encontramos ante una sucesión de contratos pactada por las empresas que en modo alguno obliga a las trabajadoras demandantes, ya que (…) no hay transmisión de elementos patrimoniales, ni la sucesión resulta de norma convencional que la apoye (…), de forma que las trabajadoras que han negado su consentimiento para que su relación continúe con la empresa a la que se ha adjudicado el servicio de comedor, sin la transmisión patrimonial necesaria para que opere la figura de la sucesión de empresas prevista en el artículo 44, no pueden ser obligadas a pasar por la novación de su contrato sólo pactado entre los empresarios".

Jesús Cruz Villalón
Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco
Rafael Gómez Gordillo

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Contratación: aspectos generales. A) Período de prueba. **3. Contratación temporal.** A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Interinidad. B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en indefinida. c) Tratamiento de la extinción contractual. **4. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos.** A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato de relevo. C) Contrato fijo discontinuo. **5. Contratos formativos. 6. Contratación en la Administración Pública.** A) Contratos laborales y contratos administrativos. B) Irregularidades en la contratación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se han analizado en la presente crónica las sentencias correspondientes a los números 13 a 16 de *Información Laboral*. Del período ha de destacarse alguna sentencia en punto al cálculo del período de carencia de trabajadores a tiempo parcial en incapacidad temporal (**STS de 16 de octubre de 2007,** I.L. J 2073), resultando también interesantes la **STS de 12 de noviembre de 2007,** I.L. J 2130, en materia de límites convencionales a la regulación del período de prueba, y la **STS de 17 de diciembre de 2007,** I.L. J 2287, sobre cómputo de años de prestación de servicios para cálculo de indemnización por despido en supuestos de contratación temporal sucesiva.

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

A) Período de prueba

Resulta de especial interés la **STS de 12 noviembre de 2007,** I.L. J 2130, que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se plantea si se ajusta o no a derecho un pacto de prueba dilatado en el tiempo (2 años) pactado en convenio, cuando por la naturaleza del puesto concreto de que se trata (Promotor de Ventas de Telefónica)

no parece que quepa entender que sea necesario extender en el tiempo este período para cumplir con su finalidad de comprobar la capacitación profesional del trabajador. Pues bien, viene a considerar el TS que

> "Teniendo en cuenta que el tiempo de prueba debe adecuarse a la finalidad misma de la institución (…) no parece razonable admitir que el empresario necesite un período de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad de estas características (la captación de clientes para anunciarse en una guía telefónica) que en principio no presenta –ni se describen– circunstancias tan particulares como para necesitar un período de prueba tan prolongado."

De este modo, parece claro que el carácter absolutamente dispositivo del artículo 14 ET en materia de duración del período de prueba deberá entenderse condicionado a la finalidad y particular naturaleza de éste, esto es, el convenio podrá libremente fijar el tiempo de prueba siempre y cuando se trate de un período razonable en función del puesto de trabajo y sus características.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

Respecto de esta modalidad de contratación temporal, al margen de la **STS de 12 de noviembre de 2007,** I.L. J 2063, ha de hacerse mención, en primer lugar, a la **STS de 30 de octubre de 2007,** I.L. J 2168, que viene a resolver una particular cuestión relacionada con la existencia o no de ésta en un supuesto en que la actividad en cuestión tiene autonomía y sustantividad propias, pero no queda acreditado su carácter temporal, esto es, su duración incierta pero limitada en el tiempo. Se trata concretamente del contrato que un Ayuntamiento pacta con un profesor de música que durante ocho años ha venido impartiendo a tiempo parcial sus clases en el Conservatorio de la localidad. Pues bien, considera la resolución que se comenta que no cabe duda de que "los contratos concertados por el actor y la Fundación Municipal demandada no tienen tal condición (la de contrato por obra o servicio) y, por tanto, pueden ser considerados como contratos de trabajo temporales. Se trata de un contrato laboral indefinido a tiempo parcial".

En segundo lugar, ha de mencionarse la **STS de 21 de noviembre de 2007,** I.L. J 2254, que reitera la conocida doctrina jurisprudencial sobre la adecuación de ésta para la cobertura de contratas pactadas entre empresas.

Respecto del mismo supuesto, la **STS de 26 de noviembre de 2007,** I.L. J 2321, resulta de mayor interés por resolver la cuestión de la cancelación parcial de la contrata por disminución del volumen de actividad y su incidencia sobre los contratos de trabajo

temporales, teniendo en cuenta que el convenio colectivo de aplicación en el caso viene a regular precisamente esa situación. En efecto, la norma convencional establece en el caso concreto el procedimiento a seguir en estos supuestos. Sin embargo, no procede la empresa en ningún momento de acuerdo con él, por lo que la resolución declara la improcedencia del despido.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

En relación con esta modalidad contractual la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 18 de octubre de 2007,** I.L. J 2428, viene a valorar la relación entre causa y duración del contrato señalando que en este caso no deben confundirse, esto es, que "el contrato por circunstancias de la producción es un contrato con fecha cierta de finalización cuyo término es completamente independiente, una vez suscrito, de la efectiva permanencia o desaparición de las causas que origina su suscripción". Por ello, entiende la resolución que se ajusta a derecho la utilización del contrato eventual en el supuesto concreto cuestionado, dado que se trata de un hotel en el que queda probado el incremento de la ocupación en las fechas en que se suscriben los contratos de que se trata.

c) Interinidad

En relación con el contrato de interinidad propia o por sustitución, cabe remarcar la **STS de 31 de enero de 2008,** recurso 3812/2006, que establece que cuando el trabajador sustituido es declarado incapaz permanente absoluto, el contrato de interinidad debe finalizar, sin que pueda producirse el alargamiento por el simple hecho de que en la resolución administrativa de incapacidad se indique que el grado de incapacidad puede ser revisado, pues ello no se incardina propiamente en la posible revisión por mejoría prevista en el artículo 48.2 ET, que requiere de una previsión específica.

En punto a la interinidad por vacante, cabe destacar la **STS de 30 de octubre de 2007**, I.L. J 1880, que establece la validez del cese del contrato de interinidad por vacante por razón de la adscripción provisional de un trabajador fijo al mismo puesto ocupado por el interino prevista en el convenio como movilidad por razones de salud.

En fin, 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 22 de marzo de 2007,** I.L. J 2282; **de 24 de septiembre de 2007,** I.L. J 1790; **de 3 de octubre de 2007,** I.L. J 1948; **de 13 de noviembre de 2007,** I.L. J 2059; **de 15 de noviembre de 2007,** I.L. J 2146; **de 19 de noviembre de 2007,** I.L. J 2097 y 2120; **de 20 de noviembre de 2007,** I.L. J 2001, 2002 y 2124; **de 21 de noviembre de 2007,** I.L. J 2005 y 2260; **de 27 de noviembre de 2007,** I.L. J 2181; **de 29 de noviembre de 2007,** I.L. J 2138, 2253 y 2256; **de 30 de noviembre de 2007,** I.L. J 2249; **de 4 de diciembre de 2007,** I.L. J 2265; **de 5 de diciembre de 2007,** I.L. J 2152 y 2267; **de 12 de diciembre de 2007,** I.L. J 2291 y 2334, y **de 18 de diciembre de 2007,** I.L. J 2343).

También referidas a esta sociedad, sobre otras cuestiones relativas al cese de interinos cabe reseñar varios pronunciamientos. En primer lugar, la **STS de 30 de noviembre de 2007,** I.L. J 2173, acepta la validez del cese de contratos de interinidad suscritos con anterioridad a la transformación de la entidad en empresa pública. Se admite, a estos efectos, la extinción por supresión del puesto conforme al expediente de modificación de puestos por ser ésta una causa consignada en el propio contrato de interinidad.

En segundo lugar, dilucidando el caso de un interino por vacante que no se presentó a las pruebas para acceder a la plantilla de la empresa como trabajador fijo, la **STS de 27 de noviembre de 2007,** I.L. J 2180, aplica la doctrina de que en los supuestos donde el trabajador interino participa en concurso para proveer plazas para personal fijo en la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, 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, proveyéndose únicamente que ante la falta de petición del trabajador, la plaza vacante se transfiere al siguiente candidato de la lista de aprobados.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Respecto de esta cuestión se puede hacer alusión a varias resoluciones en el período examinado que vienen a valorar la misma materia: la relacionada con el cómputo de la antigüedad de los trabajadores en supuestos de ilícita contratación temporal sucesiva. Se trata, en primer lugar, de la **STS de 15 de noviembre de 2007,** I.L. J 2010, que declara indefinida la relación laboral existente entre el trabajador y la empresa, cuando se ha probado que aquél ha venido prestando servicios para ésta durante dos años sin solución de continuidad y en las mismas circunstancias y puesto. La antigüedad a computar en este caso a efectos del cálculo de la indemnización por despido, señala el TS, se debe comprender desde el inicio de la relación de trabajo.

En un supuesto idéntico, en tanto que se trata de sucesión de contratos sin solución de continuidad, la **STSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 2007,** I.L. J 2385, concluye también en considerar único el vínculo contractual, interpretando de este modo la cláusula convencional aplicable al caso –artículo 23 CC de Grandes Almacenes– y considerando que la sucesión de contratos sólo existe como tal en el supuesto de que se trate de ceses definitivos en la empresa, cuando "sea operativa la desconexión entre los sucesivos períodos de prestación de servicios".

En segundo lugar, se pronuncia la **STS de 17 de diciembre de 2007,** I.L. J 2287, en un supuesto en el que la contratación temporal sucesiva no se ha producido sin solución de continuidad sino al contrario con períodos de inactividad en tiempos inferiores y supe-

riores a los veinte días del plazo de caducidad. Concretamente, se trata de trabajadores con una antigüedad en la Televisión de Galicia de entre once y catorce años, vinculados a ella, directamente o mediante ETT, a través de contratos por obra o servicio, pero realizando funciones relativas a la actividad permanente y ordinaria de ésta. Pues bien, concluye el TS en este caso que resulta de aplicación la doctrina de "la unidad esencial del vínculo laboral":

> "Aunque en cada uno de los contratos se identificaba la obra determinada en correlación con el concreto programa a realizar, se trataba de una simple cobertura formal que pretendía encubrir el verdadero objeto de cada contrato: posibilitar la realización normal de programación y retransmisión. Si a ello añadimos que las interrupciones existentes entre contratos, en algunos casos superiores a veinte días, no son suficientemente significativas (…) lo que es palmario es la existencia de unidad esencial del vínculo laboral. De ahí que (…) deba computarse la antigüedad desde el primer contrato a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente (…)"

Finalmente, resulta interesante en esta materia también la **STSJ de Andalucía de 12 de noviembre de 2007,** I.L. J 2315, que, abogando por la aplicación de la doctrina de la "unidad esencial del vínculo" para el cálculo de la antigüedad en todo caso –como complemento y para el cómputo de los años de vinculación a la empresa–, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria –STJCE de 4 de julio de 2006–, viene a concluir que "la tesis de los 20 días se aparta de los objetivos y finalidades de la Directiva 1999/70/CE, frustrando la prevención en la rotación precaria", reseñando que

> "(…) la acción de despido no es la única reacción judicial contra los contratos temporales al margen de la ley porque, en teoría, siempre es posible interponer una acción declarativa de la naturaleza indefinida del contrato, bien por ser ilegal y aplicar el artículo 15.3 ET, bien ya por superar los límites temporales y aplicar el 15.5 ET. En este caso, el plazo de prescripción de la acción declarativa es de un año *ex* artículo 59 ET, de tal manera que se puede argumentar que el trabajador conserva durante un año esa posibilidad y que la cadena de contratos sólo se rompe por el transcurso de un año, que ya impide al trabajador cualquier acción procesal".

b) Conversión en indefinida

Declara la **STSJ de Aragón de 3 de octubre de 2007,** I.L. J 2414, que no puede considerarse sino indefinido el vínculo contractual que ha unido al trabajador a la empresa a través de varios contratos temporales "que no se amparan en ninguna de las causas de temporalidad permitidas en el ET, sino que responden a necesidades ordinarias de la empresa y que por lo tanto ocultan una auténtica relación laboral indefinida".

De otro lado, la **STSJ de Valencia de 18 de septiembre de 2007,** I.L. J 2374, declara que se convierte en indefinida la relación laboral existente entre un actor contratado sucesivamente por Teatres de la Generalitat desde 1997 mediante contratos por obra que finalizaban en el período de verano. Señala la resolución que se comenta que éstos "se

encuentran celebrados en fraude de ley al corresponder los cometidos y funciones del actor con unas tareas cotidianas y permanentes de la entidad demandada, sin existir específicamente concurrencia alguna de temporalidad en el trabajo del prestador de sus servicios".

Finalmente, en el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Madrid de 19 de noviembre de 2007,** I.L. J 2448, que declara indefinida la relación laboral de una azafata de televisión que, contratada por obra o servicio, prestaba servicios en diversos programas, no siendo por tanto ocupada normalmente en la ejecución de una obra concreta tal y como se exige por la reiterada doctrina jurisprudencial.

c) Tratamiento de la extinción contractual

Respecto de esta materia debe destacarse en el período analizado la **STSJ de Asturias de 26 de octubre de 2007,** I.L. J 2422, que en un supuesto de encadenamiento contractual sin interrupciones intermedias desde 1995 mediante varios contratos temporales por diversas causas (interinidad y eventualidad) determina que se ajusta a derecho la extinción contractual de todos y cada uno de ellos dada la "autonomía fáctica y jurídica de cada uno de los contratos celebrados" dado que "el artículo 15.1 ET y su desarrollo reglamentario no impiden la concertación con el mismo trabajador de varios contratos seguidos, siempre que cada uno responda a la causa a que obedece la concreta modalidad contractual utilizada y cumpla las demás condiciones de forma y duración marcadas legal y reglamentariamente.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

En relación con el contrato a tiempo parcial, o mejor, con funcionarias empleadas a tiempo parcial, cabe destacar la **STJCE de 6 de diciembre de 2007,** I.L. J 2046, que estima concurrente un supuesto de discriminación indirecta en el hecho de que en la legislación alemana las horas extraordinarias de los funcionarios empleados a tiempo parcial –existiendo mayor porcentaje en este personal de trabajadores de sexo femenino– estén peor retribuidas.

Sobre las prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, hay que mencionar, en primer lugar, la **STS de 16 de octubre de 2007,** I.L. J 2073, que establece el método de cálculo del período de carencia de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la incapacidad temporal por contingencias comunes que se exige para la prestación de incapacidad temporal. Se unifica doctrina en el sentido de que ha de aplicarse la fórmula de los días teóricos que se contiene en la Disposición Adicional Séptima LGSS y la norma prevista en el artículo 3.1 RD 1131/2002. De este modo, se aplica la regla de que "se computarán exclusivamente

las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientas veintiséis horas anuales".

En segundo lugar, la **STS de 31 de octubre de 2007,** I.L. J 1944, unifica doctrina que para el cálculo de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente no ha de procederse a la integración de bases mínimas de cotización, sino al cálculo de las cotizaciones conforme a la naturaleza del contrato.

B) 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 de Aragón de 17 de septiembre de 2007,** I.L. J 2378, que desestima la pretensión de 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. En segundo lugar, en la **STSJ del País Vasco de 13 de noviembre de 2007,** I.L. J 2323, se dilucida los efectos de un pacto contractual de transformar en indefinido un contrato de relevo a su finalización. El Tribunal estima que dicha estipulación contractual operaba automáticamente, por lo que al dejarse sin efecto, por el empresario mediante el cese de la trabajadora, dicho cese debía calificarse de despido, que en el caso concreto, al estar la trabajadora disfrutando de un permiso por lactancia, era nulo. Finalmente, la **STSJ del País Vasco de 4 de septiembre de 2007,** I.L. J 2455, aplica la doctrina judicial sobre que las irregularidades en el contrato de relevo no afectan a la situación de jubilación parcial, salvo que se acredite la concurrencia de fraude en el jubilado.

C) Contrato fijo discontinuo

Respecto de los trabajadores fijos discontinuos las únicas referencias que se encuentran en el período revisado se refieren al supuesto de cómputo del complemento de antigüedad. Sin embargo, en todas ellas, el Tribunal Supremo no aborda la cuestión de fondo, al no estimar la falta de la contradicción (**SSTS de 30 de octubre de 2007,** I.L. J 2056 y 2094; **de 31 de octubre de 2007,** I.L. J 1977; **de 5 de noviembre de 2007,** I.L. J 2150; **de 20 de noviembre de 2007,** I.L. J 2142 y 2197; **de 12 de diciembre de 2007,** I.L. J 2155 y 2156; **de 14 de diciembre de 2007,** I.L. J 2158; **de 19 de diciembre de 2007,** I.L. J 2276; **de 26 de diciembre de 2007**, I.L. J 2160).

5. CONTRATOS FORMATIVOS

La **STS de 6 de noviembre de 2007,** I.L. J 1997, pese a que no estima existente el requisito de contradicción necesario para el recurso de casación para la unificación de doctrina, tiene cierto interés ya que incide precisamente en que no existía contradicción pues en un caso el empresario incumplió totalmente sus obligaciones de formación teórica, y en otro no, convirtiéndose solamente en el primero en un contrato indefinido.

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

La **STS de 18 de octubre de 2007,** I.L. J 2017, establece que no es competente el orden social para dirimir la reclamación de cuotas colegiales de personal estatutario, correspondiendo al orden contencioso-administrativo. También la **STS de 30 de octubre de 2007,** I.L. J 2072, declara la incompetencia del orden social para una reclamación del personal estatutario.

B) Irregularidades en la contratación

La **STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de septiembre de 2007**, I.L. J 2374, juzga improcedente el cese de un trabajador indefinido no fijo cuando la amortización de la plaza, si bien se iniciaron los trámites, no se llegó a dictar la resolución por el órgano competente.

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) Reclamación de *bonus*, incentivo sujeto a la condición del cumplimiento de objetivos a fijar por la empresa, la cual nunca los fijó. Ambigüedad en los términos del contrato. Interpretación en contra de la parte que los introdujo: la empresa. b) Reclamación de nivel retributivo superior. Trabajadores de Iberia traspasados a nueva concesionaria de servicios (*handling*). c) Reclamación de gratificaciones extraordinarias y paga de beneficios en proporción al tiempo de servicios prestado. B) Absorción y compensación de salarios. a) Plus de penosidad, toxicidad y peligrosidad (contaminación acústica). No cabe su absorción o compensación con la "gratificación voluntaria" percibida por la calidad y cantidad de trabajo. b) Complemento personal transitorio en el Convenio Colectivo del personal docente e investigador con vinculación laboral de las Universidades Públicas Madrileñas. Se admite su compensación o absorción con otros complementos salariales. c) Gastos de locomoción. No son compensables con las cantidades percibidas como plus de transporte. C) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. a) Aplicación del principio de igualdad a la percepción del plus de productividad y calidad en distintas categorías profesionales. b) Diferencia de trato objetivamente justificada. D) Fondo de Garantía Salarial. a) Reclamación por el FOGASA de pago indebido de indemnización por expediente de regulación de empleo: plazo de prescripción de cuatro años desde la notificación de la resolución. b) Responsabilidad subsidiaria por salarios de tramitación: procede. La fecha de la declaración de insolvencia determina la norma que rige la prestación. c) Responsabilidad directa: procede. Abono por el empresario al traba-

jador de importe superior al 100% de la indemnización: posibilidad de que el FOGASA siga respondiendo frente al trabajador del 40% de la indemnización calculada según los parámetros legales. **2. Jornada de trabajo.** A) Discriminación. Lo constituye el abono de las horas extras de los empleados a tiempo parcial, en cuantía inferior a la percibida por los trabajadores a tiempo completo hasta el límite máximo de su jornada. B) Reducción. Retribución. La retribución de una jornada reducida ha de realizarse de manera lineal y no en atención a bloques horarios. **3. Clasificación profesional.** A) Proceso de clasificación profesional: objeto, recurso y Convenio Colectivo Único de la Administración General del Estado. **4. Movilidad funcional.** A) Realización de funciones de superior categoría y retribución. **5. Movilidad geográfica.** A) Movilidad geográfica. Reincorporación de la demandante a su anterior puesto de trabajo. Interpretación del Convenio para las Sociedades Cooperativas. Falta de contradicción. B) Movilidad geográfica. Posibilidad o no de recurrir en suplicación, según los casos, la sentencia que se dicte en estos supuestos. **6. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.** A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Alteración de un aspecto fundamental de la relación. El hecho de que un viernes sea día vacacional obliga a realizar las tareas de turno semanal un día antes supone una modificación accidental. B) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Vigilante de seguridad en funciones de escolta que tras la subrogación empresarial es destinado a labores de vigilante. Modificación sustancial de jornada, salarios y contenido del puesto. Nulidad de la modificación por no seguir los tramites del artículo 41 ET. **7. Excedencias.** A) Excedencia: solicitud de reingreso. Omisión de respuesta empresarial. Acción procedente. B) Excedencia voluntaria: Derecho al reingreso. Diferencias con situación de excedencia forzosa. C) Excedencia voluntaria: Indemnización por denegación indebida de reingreso. Fecha de fijación de los perjuicios. Prescripción.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de 2007 de la *Revista de Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1785 a 2460).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Reclamación de *bonus*, incentivo sujeto a la condición del cumplimiento de objetivos a fijar por la empresa, la cual nunca los fijó. Ambigüedad en los términos del contrato. Interpretación en contra de la parte que los introdujo: la empresa

STS de 14 de noviembre de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 616/07), I.L. J 2251.

1. El procedimiento se basa en la demanda de un incentivo variable o *bonus* por parte de la trabajadora que había suscrito un precontrato de trabajo con la empresa en el que se fijaba un salario fijo y un *bonus* en función del cumplimiento de objetivos. A tal fin el contrato incluiría una cláusula según la cual "como complemento a la retribución pactada el trabajador podrá acceder a un incentivo variable en función del grado de consecución de los objetivos que anualmente puedan llegar a fijar las partes tanto en términos como en cuantías".

2. La sentencia estima que la trabajadora suscribió en su día un contrato preliminar o precontrato de trabajo en el que se le prometía la percepción de un *bonus* que no estaba condicionado más que al cumplimiento de unos objetivos que nunca se fijaron, a la vez que en el contrato firmado con posterioridad se condicionaba la percepción de ese complemento a la fijación de unos objetivos que, por encima de la letra del contrato, es obvio que sólo estaba en condiciones de fijarlos la empresa de cuyo poder de dirección depende tanto la fijación de los objetivos empresariales en general como los objetivos que ha de exigir a sus trabajadores. De hecho, la contratación se había efectuado mediante la promesa de un *bonus* no condicionado a ningún pacto entre partes por lo que cabe interpretar la realidad de un contrato con un pacto de incentivos sujeto a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes, contrariando lo prohibido por el artículo 1256 CC y, por lo tanto, de un pacto de incentivos realmente no condicionado y, por ende, exigible en la cuantía prometida. En todo caso, se trata de un pacto que, ante su falta de claridad y su falta de desarrollo posterior por no haberlo ni siquiera intentado la empresa, no puede sino interpretarse en el sentido más adecuado para que pueda causar efecto –artículo 1284 CC– y en contra de quien incluyó esas cláusulas en el contrato, que obviamente fue la empresa (artículo 1288 CC).

3. Acierta este pronunciamiento al revertir el perjuicio del cumplimiento de la condición en quien no estableció los términos concretos de la misma. Como es sabido, las obligaciones pueden ser, de acuerdo con lo previsto en la Secc. 1ª del Capítulo III del Libro Cuarto del Código Civil, puras o condicionales. La condición en las obligaciones jurídicas supone la dependencia de la misma de un suceso futuro o incierto o de un suceso pasado que los interesados ignoran. Regulada básicamente en los artículos 1113 CC y ss., la condición tiene como requisito de identidad imprescindible el de la incertidumbre, objetiva si no se sabe si el evento se realizará o no y subjetiva si no se conoce si el evento se realizó o

no, primando el carácter incierto de la condición como requisito esencial de la misma (el *incertus an*), sin que sea suficiente su determinación futura. En todo caso, la condición constituye causa suficiente del negocio jurídico que la contiene de forma tal que el cumplimiento del evento en el que se basa supone un motivo suficiente para hacer cumplir la voluntad recogida en el contrato. Pues bien, en este caso, el Tribunal Supremo considera, a mi juicio con absoluta corrección, que la falta de concreción sobre el contenido de la condición –la percepción de un determinado *bonus*– supeditada al logro de una serie de objetivos no establecidos previamente, no supone el derecho de la empresa a no abonar dicho complemento sino, bien al contrario, el deber de la empresa de pagar el mismo a la trabajadora.

b) Reclamación de nivel retributivo superior. Trabajadores de Iberia traspasados a nueva concesionaria de servicios (*handling*)

STS de 29 de noviembre de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3511/2006), I.L. J 2262.

1. Los trabajadores reclaman la progresión, dentro de la misma categoría profesional, del nivel salarial previsto en el Convenio Colectivo de la empresa para el personal de tierra. El Convenio requiere para llevar a cabo dicha progresión: a) la permanencia en el nivel anterior un mínimo de tiempo; b) la evaluación positiva en el momento del cambio de nivel; y c) la superación de los cursos y pruebas y demás actos formativos que se hayan convocado mientras se permanece en el nivel previo, requisito este no exigible si la empresa no convoca las pruebas formativas. Admitido tal requerimiento por el Convenio Colectivo se trata de analizar si cabe exonerar de la evaluación positiva en el desempeño de su actividad a los demandantes dada las circunstancias de subrogación en las que se basa su relación contractual (sucesivas subrogaciones con vuelta a Iberia).

2. El Tribunal Supremo considera que, conforme al Convenio Colectivo aplicable, los trabajadores deberían acreditar la evaluación del desempeño positivo en el momento del cambio de nivel, requisito constitutivo del derecho que no resulta acreditado por ninguno de los reclamantes. Entiende además el Tribunal que no cabe exonerar a los trabajadores del mismo toda vez que el Convenio no lo permite, sin que pueda culparse única y exclusivamente a la empresa de lo ocurrido (subrogaciones sucesivas). Al margen de la cadena de las responsabilidades, cabe afirmar que los recurrentes, al tiempo de su pase a la otra empresa, no tenían ningún derecho adquirido, no habían consolidado el derecho a pasar a un nivel retributivo superior y su reincorporación a Iberia se produce en las mismas condiciones que tenían cuando salieron de ella. No pueden pretender mejor trato que aquellos trabajadores que permanecieron en Iberia so pretexto de una mera hipótesis cual es la de que, de haber permanecido, ellos sí habrían superado positivamente la evaluación.

3. La decisión del Tribunal merece una valoración positiva dadas las circunstancias en las que se plantea el supuesto de hecho. En definitiva, una serie de trabajadores pretenden

obviar los requisitos necesarios para conseguir una progresión salarial dentro de su categoría profesional con el pretexto de que su situación es diferente tras volver a Iberia después de una serie de subrogaciones. Pues bien, si de acuerdo con el artículo 44.1 LET, el contratista se halla obligado a mantener los contratos de trabajo anteriores en sus propios términos, esto es, a respetar las condiciones laborales y de Seguridad Social disfrutadas con anterioridad a la subrogación ya sean éstas de origen contractual o convencional, la vuelta a la empresa inicial, salvo pacto en contrario, ha de producirse en los mismos términos que los trabajadores que permanecieron en la misma. De hecho, carecería de justificación objetiva y razonable que los trabajadores que permanecen en la empresa Iberia tengan que superar una serie de pruebas para conseguir una mayor retribución dentro de su categoría profesional y que se eximiera de las mismas a quienes se incorporan provenientes de una cadena de subrogaciones, en especial cuando dichos trabajadores ya lo fueron anteriormente de la empresa originaria, esto es, de Iberia.

c) Reclamación de gratificaciones extraordinarias y paga de beneficios en proporción al tiempo de servicios prestado

STSJ del País Vasco de 11 de septiembre de 2007 (recurso de suplicación 1581/2007), I.L. J 2406.

1. El trabajador, vendedor de una empresa que renuncia a su contrato y se establece como trabajador autónomo, denuncia la infracción del artículo 31 LET, en relación con el artículo 11 del Convenio Colectivo de comercio del metal de Guipúzcoa y el artículo 4 del contrato de trabajo. Argumenta que tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, la de verano y la de Navidad, así como la paga de beneficios a abonar el 19 de marzo, consistentes todas ellas en 30 días de salario real, con garantía del salario de Convenio, gratificaciones que se abonarán, según la norma convencional invocada, en proporción al tiempo de permanencia del trabajador en la empresa, prorrateándose cada una de ellas en los 365 días del año. Entiende que nadie discute que haya prestado trabajo entre el 1 de enero y el 15 de febrero, admitiéndose la falta de prestación de servicios a partir de esta última fecha, razón por la que se debiera reconocer su derecho a percibir la parte proporcional de las tres pagas extras aludidas.

2. Estima el Tribunal la pretensión por considerar que, con independencia de la falta de prestación de trabajo efectivo a partir del 16 de febrero, ha de partirse de la prestación de servicios hasta dicha fecha, por lo que en el período correspondiente el trabajador habría devengado las partes proporcionales de las tres pagas extraordinarias a las que tiene derecho, por así determinarse en la norma convencional de aplicación, que no ha sido puesta en duda. De hecho, el Tribunal rechaza los inconvenientes planteados por la empresa, a saber, la falta de trabajo efectivo –que no puede tenerse en cuenta hasta el día 15 de febrero– y la compensación y neutralización de las cantidades adeudadas por este concepto con otras que se le habrían satisfecho de manera indebida –algo que la sentencia no admite–. Por lo que se refiere a la paga de beneficios el Tribunal subraya dos puntualizaciones. Una, que no procede la devolución de ninguna parte correspondiente sobre aquellos períodos que han sido de trabajo efectivo y, otra, que por lo que se refiere al año

en cuestión (en el que sólo se trabajó del 1 de enero al 15 de marzo) corresponderá la parte proporcional a dicho período.

3. Un supuesto muy específico en el que no cabe apreciar una valoración de referencia general más allá de la combinación, por lo demás del todo exigible, entre el trabajo efectivo y la percepción de las pagas (extra o de beneficios). Las gratificaciones –quizá por influencia del artículo 31 LET– se generan de forma anualizada, lo que supone que si la relación se extingue antes del momento de su devengo proceda efectuar un cálculo proporcional del derecho del trabajador. Así se hace en este caso por lo que la sentencia aplica de forma adecuada las prescripciones legales y convencionales al supuesto de hecho enjuiciado.

B) Absorción y compensación de salarios

a) Plus de penosidad, toxicidad y peligrosidad (contaminación acústica). No cabe su absorción o compensación con la "gratificación voluntaria" percibida por la calidad y cantidad de trabajo

STS de 18 de octubre de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4167/2006), I.L. J 2027.

1. El debate se plantea en este caso sobre si se ha de reconocer o no a los actores derecho a la percepción de un determinado complemento salarial (plus de penosidad) por el desarrollo de un trabajo en condiciones penosas, en concreto, por contaminación acústica. La empresa entiende que el referido complemento es absorbido o compensado por otro concepto salarial ("gratificación voluntaria") asignado a los demandantes.

2. El Tribunal Supremo considera que: a) la institución de la compensación y absorción regulada en el artículo 26.5 LET tiene por objeto "evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta"; b) la finalidad trata de evitar superposiciones e "implica que, en principio, la compensación tenga que producirse necesariamente en el marco de retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad, al menos en el orden de la función retributiva"; c) dicho requisito de homogeneidad no concurre en el caso enjuiciado, puesto que el complemento de penosidad por ruido reclamado deriva de las condiciones específicas de los puestos de trabajo desempeñados, mientras que el concepto salarial al que la empresa pretende asignar el papel absorbente o de compensación es una "gratificación voluntaria" asignada y percibida en atención a la calidad y cantidad de trabajo, con independencia de las concretas circunstancias del puesto de trabajo.

3. Recoge este sentencia una doctrina jurisprudencial consolidada (SSTS de 6 de julio de 2004, recurso 4562/2003; 28 de febrero de 2005, recurso 2486/2004; 18 de julio de

2005, recurso 1396/2004, etc) en la que se exige la debida homogeneidad para la aplicación de la compensación o absorción. Se trata de un principio de regulación que supone que toda ventaja económica que perciban los trabajadores por encima de los mínimos de derecho necesario puede ser neutralizada, salvo indicación expresa en contrario, por los sucesivos incrementos que se produzcan. Pero para ello se requiere que los conceptos retributivos absorbibles o compensables tengan la misma causa, rechazándose cuando se trata de equiparar cantidades de distinta naturaleza o complementos de origen diverso. Razones que obligan a compartir la solución adoptada por esta sentencia toda vez que el plus de penosidad derivado de la contaminación acústica que sufren los trabajadores es un complemento propio del puesto de trabajo ajeno a cualquier gratificación voluntaria sin causa predeterminada. Como es sabido, el antiguo y derogado artículo 5.b) del Decreto 2380/73 consideraba como complementos por el trabajo realizado a aquellos que se derivan del puesto de trabajo y de sus especiales características en cuanto a la forma o modo de su desempeño y relacionaba como tales la penosidad, peligrosidad, turnicidad, nocturnidad, toxicidad, suciedad, máquinas, vuelo, navegación, embarque, etc. Elementos todos ellos, como puede apreciarse, que representan un especial riesgo o incomodidad en el desempeño del puesto de trabajo. Sin embargo, su presencia en la negociación colectiva es hoy cuestionada pues se entiende que la entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995 tiende a reducir cuando no a anular dichos riesgos, no estando justificado el abono de un complemento por los mismos. Nada impide que, de pactarse –como ocurre en el caso de autos– sigan siendo considerados como elementos de valoración especial en la estructura retributiva no susceptibles de compensación o absorción con cantidades de distinta naturaleza.

b) Complemento personal transitorio en el Convenio Colectivo del personal docente e investigador con vinculación laboral de las Universidades Públicas Madrileñas. Se admite su compensación o absorción con otros complementos salariales

STS de 25 de septiembre de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 68/2006), I.L. J 1964.

1. La demanda reclama la aplicación del complemento personal transitorio recogido en el I Convenio Colectivo del personal docente e investigador de las Universidades Públicas Madrileñas. Dicho complemento compensa la transformación de contratos administrativos en laborales y la conversión de los contratos administrativos a tiempo parcial al tiempo parcial de las figuras previstas en la LOU. El artículo 7.1 de dicho Convenio establece que "se respetará, manteniéndose estrictamente *ad personam*, las condiciones particulares, incluidas las salariales que, con carácter global y en cómputo anual, excedan del conjunto del presente convenio". De contrario se defiende que se trata de un complemento personal susceptible de compensación y absorción con otros incrementos salariales.

2. El Tribunal Supremo considera que la propia denominación del complemento indica su condición temporal, iniciada con la transformación del vínculo y sujeta en el futuro a las transformaciones, al alza, que experimente la remuneración del personal laboral. Producida esa transformación en forma de aumento del complemento específico, éste se incorpora en su totalidad al personal carente de complementos *ad personam* y resulta mi-

norado por compensación en los casos en que una superior retribución diferencia a los afectados por la transformación respecto del resto de la generalidad de los trabajadores. Así, el incremento salarial, en parte enjugado con el complemento personal transitorio, tiene origen en una mejora posterior al Convenio Colectivo por lo que también concurre el requisito de la compensación entre fuentes diversas. Por todo ello, nada impide que el complemento personal transitorio sea susceptible de compensación y absorción con otros incrementos salariales.

3. A diferencia de otros supuestos comentados en esta misma Crónica (*vid.* I.L. J 2027), se impone en este caso la discrepancia con el órgano juzgador por considerar que también aquí el complemento pactado tiene una entidad y naturaleza autónoma que imposibilita la compensación o absorción con otros incrementos salariales. Se trata de un complemento que se fundamenta en una situación de partida distinta para un colectivo concreto, aquellos trabajadores que transforman su relación dentro de las Universidades Públicas como consecuencia de la aplicación de una nueva legislación, en este caso la LOU. Pues bien, si la compensación y absorción son instituciones que permiten neutralizar los incrementos retributivos que se produzcan, salvo indicación expresa en contrario y siempre que se trate de conceptos retributivos que tengan la misma causa, ninguna de las dos condiciones utilizadas en reiterada jurisprudencia por el Tribunal Supremo, se cumplen en este caso ya que la especificidad del complemento en cuestión anula la homogeneidad requerida e impone una heterogeneidad de partida que debería impedir la compensación o absorción de dicha cantidad.

c) Gastos de locomoción. No son compensables con las cantidades percibidas como plus de transporte

STS de 25 de septiembre de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 68/2006), I.L. J 1964.

1. La actora reclama el abono de una serie de gastos de locomoción que no ha percibido. La empresa entiende que el gasto de locomoción se encuentra subsumido en el plus de transporte, conceptos ambos recogidos en el Convenio Colectivo de aplicación.

2. La sentencia estima que el contenido de los artículos 42 y 43 del Convenio Colectivo aplicable regula dos conceptos distintos, por un lado los gastos de locomoción y por otro el plus de transporte. Los destinatarios de unas y otras cantidades son distintos. Por una parte, el plus de transporte se paga a todos los trabajadores, mientras que los gastos de locomoción sólo a aquellos que presten su labor en áreas de servicio, cáterings y colectividades de autopistas, autovías y carreteras y que estén sitas a más de 8 km del límite del casco urbano de la localidad donde habitan. Por lo demás, la finalidad remunerativa de uno y otro concepto es claramente distinta. Así, en el plus de transporte, lo que se pretende es una mejora general de la retribución a percibir por el colectivo de trabajadores que prestan servicios para dicha empresa, mientras que por el contrario, con los gastos de locomoción, lo que se retribuye es el esfuerzo y pérdidas patrimoniales sufridas por

aquella parte del colectivo de trabajadores, que además tienen que utilizar su vehículo propio para desplazarse hasta el puesto de trabajo, cuando éste se halle localizado en las áreas indicadas. No resulta razonable que estos trabajadores que realizan un esfuerzo económico superior, como es el tener que desplazarse con su propio vehículo, y que tienen su puesto de trabajo fuera de los cascos urbanos, sean retribuidos de la misma manera que otros trabajadores que no realizan dicho esfuerzo y que prestan sus servicios bien en cascos urbanos o en lugares no demasiado alejados de los mismos. Por todo ello, las cantidades reclamadas en concepto de locomoción por la actora, no pueden ser compensables con las cantidades ya percibidas por la misma en concepto de plus de transporte, al tratarse de conceptos retributivos distintos y no compensables.

3. Aplicando la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo a la que con anterioridad se hiciera referencia (I.L. J 1964 y 2027), también esta sentencia considera que para que la compensación y absorción procedan las cantidades han de ser homogéneas. En este caso, cada uno de los complementos responde a un objetivo distinto: una ayuda por transporte, en un caso y para todos los trabajadores; y el abono de los gastos de locomoción de aquellos trabajadores que realizan un esfuerzo adicional por cuanto sus puestos de trabajo se hallan a tal distancia que han de utilizar sus vehículos particulares. Cuando el artículo 26.3 LET define los tipos de complementos salariales susceptibles de fijación, valora de forma especial la finalidad de los mismos, de ahí que tenga tanto sentido atender a dicho fin para considerar o rechazar, en su caso, la homogeneidad que condiciona la aplicación de las técnicas de compensación y absorción.

C) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación

a) Aplicación del principio de igualdad a la percepción del plus de productividad y calidad en distintas categorías profesionales

STS de 30 de octubre de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 425/2007), I.L. J 1983

1. El actor trabaja para la empresa XXX desde el 16 de diciembre de 1998, con salario de 1.261 euros en agosto de 2002, y categoría profesional de especialista C. En el convenio colectivo aplicable en la empresa (1998-2002) se indica que los operarios de grupo profesional de mano de obra se diferencian en tres categorías, peón especialista A, peón especialista B y peón especialista C. A partir de la consolidación del sistema de trabajo de tasa horaria, y en el marco del incremento de la capacidad productiva de la fábrica y de la creación de empleo, los peones que habían trabajado a incentivo (destajo) desde 1973 a 1993 quedan encuadrados en la categoría A. Los operarios contratados en ejecución de la política de incremento de la capacidad productiva y de creación de empleo se encuadran en la categoría de peón especialista C. El plus de productividad y calidad se abona según las cuantías que se recogen en las tablas 1 y 2 de modo que al peón especialista A le corresponden 3.439 pesetas y al peón especialista C le corresponden 2.439 pesetas en 2002. El testigo que comparece es peón especialista A, trabaja en una cadena de cargado en seco y en su puesto hay también peones C, de manera que A y C realizan el mismo trabajo y se

relevan. El actor reclama en su demanda que se dicte sentencia por la que se condene a la empresa al pago de la cantidad de 6.012 euros, más los intereses de demora.

2. La sentencia de instancia estimó la demanda del actor en reclamación de cantidad por complementos de productividad y calidad, siendo ésta recurrida en suplicación y desestimada la misma por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que entiende que el demandado, con la categoría de especialista C tiene derecho a las diferencias salariales reclamadas, excluyendo por tanto la aplicación de la regulación salarial contenida en el convenio colectivo. La parte recurrente considera que existe contradicción con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 27 de abril de 2004, y presenta recurso de casación para la unificación de la doctrina. La cuestión conflictiva no es otra que determinar si está justificada o no (es decir, fundamentado en un criterio objetivo y razonable) la diferencia de retribución existente en la empresa entre los especialistas del llamado grupo A y C. La jurisprudencia del TS ha establecido que las diferencias salariales derivadas de la fecha de ingreso del trabajador en la empresa pueden ser justificadas o injustificadas, según la significación que dicho factor pueda tener en la regulación de los contratos de trabajo y en el desempeño del trabajo. De ahí que no exista una respuesta única sobre la validez de estas cláusulas convencionales. En esta ocasión, el TS se inclina por considerar que existen dos razones que constituyen una base objetiva y razonable para el trato salarial diferente. En primer lugar, aduce que la distinción de las categorías profesionales "especialistas A" y "especialistas C" responde a una modificación producida en 1998 en el sistema de trabajo y remuneración existente en la empresa. Los trabajadores que habían sido contratados de 1970 a 1993, que son los clasificados en la categoría de "especialistas A", habían trabajado a incentivo (destajo), sistema que desaparece a partir de ese año. La reclasificación operada en virtud del convenio colectivo de empresa tiene por objeto, entre otras cosas, compensar a los veteranos de un cambio de condiciones de trabajo de "tasa horaria", que no ha afectado a los más modernos. Además, la prestación de servicios, aun siendo la misma para ambos grupos de trabajadores, habrá sido desempeñada normalmente "con más destreza", al menos durante un cierto tiempo, por los especialistas A que por los especialistas C, debido a su mayor antigüedad y experiencia profesionales. En segundo lugar, argumenta el TS que la razón que justifica la diferencia salarial entre especialistas A y especialistas C son las cláusulas o compromisos empresariales de creación de empleo contenidos en el propio convenio colectivo de empresa. En estas disposiciones convencionales se ha previsto un "plan de incremento de la capacidad productiva" con la consiguiente repercusión en el empleo, y un compromiso de "conversión de contratos temporales en indefinidos" que se cifra en un "quince por ciento como mínimo, cada año, de la plantilla media de contratos temporales del año natural". Los beneficiarios de esta transformación de empleo temporal en empleo fijo han sido, por tanto, los trabajadores empleados a partir de 1998, que son precisamente los que integran el grupo de especialistas C. En definitiva, concluye el TS que tanto el respeto al equilibrio interno del convenio colectivo aplicable, donde las ventajas de creación y estabilidad del empleo guardan relación con la clasificación profesional, como la consideración de un cambio de sistema de trabajo y remuneración, justifican una cuantía diferen-

ciada del plus en cuestión, que viene a ser una especie de híbrido entre el complemento de antigüedad previsto en el artículo 25 ET y un complemento de calidad de trabajo.

3. La doctrina del TC ha señalado que el principio de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa, y que la exigencia de igualdad retributiva no es absoluta en nuestro Derecho. Partiendo de estas premisas el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina y declara que la solución correcta a la cuestión debatida es la que contiene la sentencia de contraste, cuyo pronunciamiento había sido mantenido, por cierto, en otra sentencia del TS, en concreto en la sentencia de 16 de junio de 2005. Así pues, en el presente caso, la diferencia retributiva entre el peón especialista C y el peón especialista A radica en la percepción del denominado plus de productividad y calidad ya que el resto de percepciones son idénticas; plus que se cuantifica en atención a los dos criterios que se recogen en el convenio colectivo; por una parte a la cantidad y calidad de trabajo en régimen de trabajo a tasa horaria; y de otra, en atención a la reclasificación profesional a que se refiere el artículo 18 del convenio. Así pues, cabe concluir que no existe una diferencia retributiva entre las distintas categorías profesionales, que pueda tacharse de peyorativa o irrazonable, pues la diversidad en la percepción del complemento salarial discutido se funda en el distinto encuadramiento profesional de los trabajadores. Tampoco puede obviarse que la configuración de las nuevas categorías profesionales se produce en el ámbito de la negociación colectiva entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

b) Diferencia de trato objetivamente justificada

STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2007 (recurso de suplicación 4123/2006), I.L. J 2388

1. En 1983 tuvo lugar el traslado de gran número de trabajadores procedentes de centros de trabajo situados en Esplugues de Llobregat y Miramar, al centro de trabajo de San Cugat del Vallés. Con ocasión del traslado se dictó en fecha 15 de abril de 86 laudo arbitral en el que se acordó que el personal afectado tendría derecho a compensaciones por mayor tiempo invertido en el traslado al centro de trabajo. El 4 de febrero de 1993 los representantes de la empresa en Cataluña y los representantes sindicales del comité de empresa alcanzaron una serie de acuerdos en relación a la utilización de medios de transporte y tiempo invertido por los trabajadores en sus desplazamientos al centro de San Cugat y otros centros de trabajo. Entre otros, se acordó que "a todo el personal que inicie y/o finalice su jornada en la franja horaria comprendida entre las 22,15 y las 6,45 se les garantice medio de transporte hasta su domicilio, pudiendo optar por la utilización de vehículo propio, en cuyo caso procederá su certificación por el importe correspondiente a 60 km. Respecto al colectivo afectado por el laudo, la empresa garantiza el transporte para su desplazamiento al mencionado centro de trabajo, estableciéndose como criterio que existiría "un transporte en autocar entre Plaza de Cataluña y San Cugat y viceversa, en horarios correspondientes a las jornadas establecidas" pudiendo optar el personal que lo prefiera por el servicio de ferrocarriles de la Generalitat. El centro de trabajo de la empresa en San Cugat del Vallés está dado de alta ante el Departamento de Trabajo de la Generalitat

de Cataluña como centro de trabajo. Según el artículo 73 del convenio colectivo: 1. La empresa facilitará los medios de transporte adecuados para los desplazamientos desde la localidad en la que el personal tenga fijada su residencia a las instalaciones situadas fuera del casco urbano o, en su caso, abonará en concepto de transporte la cantidad que se acuerde por la dirección y los representantes de los trabajadores. En virtud de todo lo anterior, tuvo entrada en el Juzgado de lo Social demanda sobre reclamación de cantidad alegando la parte actora que los términos del artículo 73 son claros: o bien la empresa facilita medios de transporte adecuados o bien abona el plus de transporte, que se negocia cada vez que se actualizan las tablas salariales, por tanto, en virtud del artículo 1281 del Código Civil, los actores tienen derecho a percibir el plus de transporte fijado en convenio colectivo dado que: a) El centro de trabajo está situado fuera del casco urbano de dicho municipio. b) La propia empresa está facilitando medios de transporte adecuados, pero sólo a una parte de los trabajadores, que son los que residen en Barcelona. c) Los actores no pueden utilizar razonablemente medios de transporte facilitados por la empresa (línea de autobuses Barcelona-San Cugat) dado que tienen sus domicilios en localidades diferentes de Barcelona.

2. La sentencia de instancia desestima la demanda formulada interponiendo la parte actora recurso de suplicación. El juez de instancia entiende que no existe discriminación en el hecho de que a quien resida en Barcelona se le facilite por la empresa medio de transporte adecuado, que no se facilita en cambio a quienes residen en otra población, y ello puesto que existe un laudo arbitral de obligado cumplimiento y un acuerdo de fecha 4 de febrero de 1993. Por el contrario, la recurrente argumenta que el servicio de autobuses facilitado gratuitamente por la empresa desde Barcelona hasta San Cugat del Vallés no encuentra su apoyo en el laudo arbitral al no contener el mismo mandado en relación con el tema del servicio de autobuses, sino que se trata de un laudo sobre el mayor tiempo invertido en el desplazamiento al centro de trabajo de San Cugat. La forma de compensación a la que se refiere el laudo arbitral fue una compensación económica que nada tiene que ver con el establecimiento de un sistema de autobuses, ni con el plus de transporte reclamado en la demanda. Además, hay personal que no está afectado por el laudo arbitral, porque entró con posterioridad en la empresa, y que sin embargo sí que utiliza el sistema de autobuses establecido, pues el único requisito establecido para utilizarlo es ser trabajador de la empresa y residir en Barcelona. Respecto del acuerdo de fecha 4 de febrero de 1993 alega la recurrente que el mismo se refiere a los desplazamientos con motivo de comisiones de trabajo no desde el domicilio del trabajador. En consecuencia, puesto que el servicio de autobuses no está reservado exclusivamente al personal afectado por el laudo, pues quienes utilizan el servicio obviamente serán aquellos trabajadores que residan en Barcelona, no concurre ninguna justificación a la diferencia de trato aplicada por la empresa entre los trabajadores que sí pueden utilizar el medio de transporte facilitado por la empresa (únicamente los que residen en Barcelona) y los que no pueden utilizarlo (los trabajadores que residen fuera de Barcelona). Esto supone una infracción del artículo 14 de la Constitución puesto que esta diferencia no encuentra justificación en lo previsto en el artículo 73 del convenio colectivo. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia entiende que esta pretensión no puede prosperar y ello porque según reiterada jurisprudencia constitucio-

nal, el artículo 14 obliga a tratar igual a los iguales. En este supuesto, las circunstancias de unos y otros trabajadores no son las mismas ya que los residentes en Barcelona se ven afectados por un laudo arbitral de obligado cumplimiento, desarrollado además posteriormente por la negociación colectiva, siendo que ni el laudo ni la posterior negociación contemplaron a los trabajadores que se encontraban en las situaciones de los actores. Sus pretensiones no encuentran sustento alguno puesto que no hay para ellas un precepto convencional, ni un laudo, ni una negociación colectiva, en consecuencia no se trata de enjuiciar si la petición de los actores está más o menos justificada, o es más o menos justa, sino de determinar si existe una previsión normativa que la sustente. Por último señala el Tribunal que sería deseable que la empresa pusiera a disposición de los trabajadores no residentes en Barcelona los medios para desplazarse al centro de trabajo o les compensara económicamente, pero este *desideratum* deberá instrumentarse mediante una nueva negociación, no pudiendo construirse a través de una resolución judicial, con base en un precepto cuyo supuesto de hecho es diferente al de los actores.

3. Como es sabido, el Tribunal Constitucional condiciona la aplicación del principio de igualdad a que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino a que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. 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, por consiguiente, no sufrirá el derecho fundamental a la igualdad si la disparidad establecida supera el test de razonabilidad, esto es, que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, que supere el juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida. Atendiendo a lo expuesto, el Tribunal, basándose escrupulosamente en el supuesto de hecho, entiende que las circunstancias de ambos colectivos son distintas, admitiendo un trato diferenciador entre unos y otros trabajadores.

D) Fondo de Garantía Salarial

a) Reclamación por el FOGASA de pago indebido de indemnización por expediente de regulación de empleo: plazo de prescripción de cuatro años desde la notificación de la resolución

En **STSJ del País Vasco de 25 de septiembre de 2007**, I.L. J 2456, se señala que el plazo de prescripción de la acción del FOGASA para reclamar las cantidades que considera indebidamente abonadas es de cuatro años.

A tal efecto se indica que el artículo 15 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, determina que el derecho de la Hacienda Pública estatal prescribe a los cuatro años cuando, entre otros casos, se trata de cobros reconocidos o liquidados, a contar desde la fecha de su notificación, y que dicho precepto es de plena aplicación al FOGASA, dado que, por un lado, el artículo 5 de la citada Ley 47/2003, señala que "1. La Hacienda Pública estatal, está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del

Estado y a sus organismos autónomos; 2. Los derechos de la Hacienda Pública estatal se clasifican en derechos de naturaleza pública y de naturaleza privada. Son derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas".

Por otro lado, el artículo 1 de la citada Ley señala que la Ley regula el régimen presupuestario económico-financiero, la contabilidad, intervención del sector público estatal, y en su artículo 2.1.b) incluye dentro del sector público estatal a los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado, carácter que ostenta el FOGASA, conforme a lo dispuesto en el artículo 33.1 ET y en el artículo 1 del RD 505/1985, de 6 de marzo, que regula su organización y funcionamiento, que así lo definen. Esta última norma, además, somete al FOGASA a la regulación del ET y a la de la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, en dicción que ahora ha entenderse realizada a la posterior Ley 47/2003, citada.

Se señala, además, que el artículo 33 ET y el RD 505/1985 no prevén de manera expresa plazo para el ejercicio por parte del FOGASA de este tipo de reclamaciones.

b) Responsabilidad subsidiaria por salarios de tramitación: procede. La fecha de la declaración de insolvencia determina la norma que rige la prestación

En **SSTS de 22 de noviembre y de 26 de diciembre de 2007,** I.L. J 1994 y 2364, respectivamente, se reitera la doctrina unificada establecida en STS de 31 de enero de 2007, I.L. J 147, dictada en Sala General, y seguida, entre otras, por las SSTS de 12 de febrero de 2007, I.L. J 111; de 27 de junio de 2007, I.L. J 1393, y de 24 de julio de 2007, I.L. J 1664. En dicha doctrina unificada se resuelve la cuestión relativa a la responsabilidad del FOGASA por los salarios de tramitación devengados como consecuencia de despidos producidos durante el período de tiempo en que estuvo en vigor el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, cuando el auto de insolvencia de la empresa se dicta una vez en vigor el nuevo artículo 33 ET en la redacción dada por la Ley 45/2002.

El TS advierte que el régimen transitorio del despido no es el mismo que el de la prestación de garantía y que para la determinación del régimen aplicable a la prestación de garantía hay que estar a la fecha en que surge la causa determinante de esa prestación, que no es la del nacimiento o reconocimiento de la deuda, sino la insolvencia del empresario, de modo que la fecha que debe tenerse en cuenta es la fecha de la declaración de insolvencia –ya bajo la vigencia de la Ley 45/2002– y no la del despido o acto extintivo de la relación de trabajo.

Se indica que la prestación de garantía nace a partir de una sucesión de hechos que finaliza con la declaración de insolvencia y que hay que atenerse a esta última para seleccionar la norma que rige la prestación.

c) Responsabilidad directa: procede. Abono por el empresario al trabajador de importe superior al 100% de la indemnización: posibilidad de que el FOGASA siga respondiendo frente al trabajador del 40% de la indemnización calculada según los parámetros legales

En **STS de 4 de diciembre de 2007,** I.L. J 2203, se cuestiona la legitimación para reclamar al FOGASA el 40% de la indemnización por despido objetivo en empresa de menos de 25 trabajadores, cuando el empresario, en conciliación, ya abonó al trabajador un importe superior al 100% de la indemnización.

La STS comentada señala, en síntesis, que en el supuesto analizado el empresario ha cedido al trabajador aquella suma que, por haberla satisfecho él, estaba legitimado para reclamar del FOGASA, y que tal cesión, no tachada de viciada por una de las causas que invalidan los contratos, no vulnera los mandatos que se dicen infringidos, ni existe precepto legal que impida al empresario incrementar el importe de las indemnizaciones legales que tienen carácter de mínimas, sin que pueda afirmarse que la cesión de estas sumas al trabajador implique su enriquecimiento injusto.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Discriminación. Lo constituye el abono de las horas extras de los empleados a tiempo parcial, en cuantía inferior a la percibida por los trabajadores a tiempo completo hasta el límite máximo de su jornada

Lo constituye el abono de las horas extras de los empleados a tiempo parcial, en cuantía inferior a la percibida por los trabajadores a tiempo completo hasta el límite máximo de su jornada.

Así lo determina la **STJCE de 6 de diciembre de 2007,** I.L. J 2046, la cual analiza la demanda planteada por una profesora alemana que presta servicios a tiempo parcial, 23 horas lectivas semanales, y que al realizar 3,5 horas lectivas fuera de ese tiempo, percibe una retribución inferior a la que obtiene un profesor a jornada completa por realizar 26,5 horas lectivas.

La STJCE entiende que citada práctica vulnera lo dispuesto en el artículo 141 CE, en la medida que el mismo dispone la obligación de cada estado miembro de garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

En el caso que nos ocupa, se constata que a igual trabajo (la jornada parcial más la jornada extraordinaria iguala a una jornada completa) se percibe inferior retribución, lo que supone desigualdad salarial.

Esta desigualdad salarial torna en discriminación, al constatarse que citada diferencia de trato afecta a un número considerablemente más elevado de mujeres que de hombres. En

este sentido, según el órgano jurisdiccional remitente, alrededor del 88% de los profesores empleados a tiempo parcial en Land Berlin en primavera del año 2000 eran mujeres.

No es la primera ocasión en la que el TJCE aprecia la existencia de discriminación en relación a la diferente regulación de las horas extras entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial.

Al respecto, puede verse también la STJCE de 27 de mayo de 2004, I.L. J 1235.

La cuestión que se plantea el TJCE en esta ocasión, se centra en determinar si resulta discriminatoria la normativa de un estado miembro, que exige trabajar 3 horas extras mensuales a los profesores docentes para generar derecho a retribución de las mismas, sean contratados a jornada completa o a tiempo parcial.

También en este caso se informa positivamente la cuestión prejudicial, entendiendo el Tribunal que citada práctica vulnera la Directiva Comunitaria 75/117 del Consejo de 10 de febrero relativa a la igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, toda vez que la no retribución de horas extras por debajo de tres horas/mes afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, al ser las primeras las que en mayor medida se encuentran vinculadas a la empresa por un contrato a tiempo parcial.

B) Reducción. Retribución. La retribución de una jornada reducida ha de realizarse de manera lineal y no en atención a bloques horarios

Así lo entiende la **STS de 27 de septiembre de 2007,** I.L. J 1817, que desestima la demanda interpuesta por un piloto de Air Europa.

Esta Sentencia no es sino reiteración de la STS de 24 de abril de 2007, I.L. J 462, que fue objeto de la oportuna crónica.

Conviene recordar que este colectivo cobra las primeras 55 horas trabajadas a un precio; la hora de vuelo núm. 55 a la 75 a otro precio distinto y la hora 75 en adelante a otro precio distinto.

La petición del trabajador se contrae a que la retribución de su jornada real se haga de forma proporcional a la que le correspondería de realizar una jornada completa y real, incluyendo el promedio que le correspondería por las horas 55 en adelante.

El TS deniega esta retribución proporcional, considerando como correcto el criterio de la empresa de abonar la totalidad de la jornada reducida realizada al precio de las primeras 55 horas de trabajo bajo el argumento técnico de que la norma convencionalmente pactada por las partes negociadoras del convenio colectivo de aplicación no señala nada especifico en la dirección solicitada por el trabajador.

A nuestro juicio, la doctrina contenida en la STC 3/2007 de fecha 15 de enero de 2007 permite sostener una posición diferente y la estimación de la demanda del trabajador toda vez que:

– La reducción de la jornada no puede conllevar otro perjuicio económico que el inherente a la pérdida salarial proporcional a la jornada reducida. Lo contrario supondría un obstáculo al ejercicio del derecho y, en definitiva, una discriminación injustificada.

– La prohibición de discriminación indirecta *ex* artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007 obliga a realizar un juicio de valor previo sobre la incidencia que respecto al principio de no discriminación provoca la decisión de retribución lineal y no proporcional.

Lo constituye el abono de las horas extras de los empleados a tiempo parcial, en cuantía inferior a la percibida por los trabajadores a tiempo completo hasta el límite máximo de su jornada.

3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Proceso de clasificación profesional: objeto, recurso y Convenio Colectivo Único de la Administración General del Estado

La jurisprudencia, SSTS de 2 de diciembre de 2002 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1153/2002), I.L. J 2584; de 6 de octubre de 2003 (recurso 6/2003), I.L. J 1481, y de 18 de marzo de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2256/2004), I.L. J 424, entre otras muchas, ha delimitado con claridad el objeto del proceso especial de clasificación profesional, manifestando que tal modalidad procesal de clasificación profesional "debe utilizarse exclusivamente cuando la reclamación de categoría profesional esté fundada en el desempeño de actividades de categoría superior en la que son determinantes 'los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado', pero no cuando la clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en la interpretación de preceptos", incluidos los del convenio colectivo. Siguiendo la profunda huella marcada por esta consolidada jurisprudencia, la STS de 18 de enero de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4166/2005), I.L. J 141, por ejemplo, afirma que el encuadramiento de un trabajador de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir a petición efectuada "después de la entrada en vigor del Convenio Colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado", es decir, –lo que es particularmente importante– cuando "la causa de pedir no tiene que ver con la sucesión de convenios colectivos de aplicación a la relación individual de trabajo del actor" (FJ 1º), se resuelve partiendo de los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado, no en base a consideraciones de derecho, y por consiguiente "es un pleito puro de clasificación profesional" (FJ 2º). Consideración paralela a la tenida en cuenta por la **STS de 10 de octubre de 2007** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1075/2006), I.L. J 1903, en relación con el Convenio Colectivo único de la Administración General del Estado, particularmente problemático en este ámbito, y una pretensión de encuadramien-

to en la categoría de Oficial de Oficio de 1ª, Grupo 6, en lugar del de Guarda 1ª y Oficial de 2ª, Grupo 5, y subsidiaria de diferencias salariales. Entiende nuestro Alto Tribunal que se trata de una acción de clasificación profesional declarando la correspondiente nulidad de actuaciones desde el momento en que fue admitido el acceso al recurso de suplicación, negado a esta modalidad.

4. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Realización de funciones de superior categoría y retribución

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" (FJ 2º). Doctrina seguida en suplicación, entre otras, en la STSJ de Valencia de 11 de julio de 2000, I.L. J 2179 (recurso 3299/1997), y la STSJ de Andalucía de 27 de enero de 2004, I.L. J 577 (recurso 2375/2003). También en esta línea, la STSJ de Asturias de 27 de octubre de 2000, I.L. J 2293 (recurso 3307/1999), 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 de casación 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".

5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Movilidad geográfica. Reincorporación de la demandante a su anterior puesto de trabajo. Interpretación del Convenio para las Sociedades Cooperativas. Falta de contradicción

La trabajadora venía trabajando en la capital, Ciudad Real, hasta el 14 de noviembre de 1997 fecha en que comenzó a prestar sus servicios en Malagón. En 2004, tras un período de Incapacidad Temporal iniciado el 1 de febrero de 2004 y ser dada de alta el 22 de julio de 2004, se le indica por la responsable del Área de Personal, primero verbalmente y después a instancia de la actora por escrito, que su nuevo destino era Puertollano. Ésta se incorporó a su nuevo puesto sin perjuicio de la impugnación de dicha decisión mediante la demanda. Dicho conflicto fue examinado en recurso de casación para la unificación de doctrina en **STS de 27 de noviembre de 2007,** I.L. J 2137, y en primer lugar destacó que, "La cuestión que se plantea remite –en definitiva– a la naturaleza de la decisión adoptada en autos, de cambio de destino sin necesidad de traslado de domicilio [algo que nadie cuestiona en las presentes actuaciones]. Pues bien, para tales supuestos hemos indicado en STS de 26 de abril de 2006 (recurso 2076/2005) que desde el momento en que la movilidad geográfica que disciplina el artículo 40 ET exige cambio de residencia (Sentencias de 14 de octubre de 2004 –recurso de casación para la unificación de doctrina 2464/2003– y 27 de diciembre de 1999 –recurso de casación para la unificación de doctrina 2059/1999–; con cita de otras resoluciones dictadas en recursos por infracción de Ley), hasta el punto de que tal presupuesto se ha calificado de 'elemento característico del supuesto de hecho del artículo 40.1 ET' (Sentencia de 12 de febrero de 1990 –recurso por infracción de ley–) y de que la movilidad geográfica haya de considerarse 'débil o no sustancial' cuando no exige 'el cambio de residencia que es inherente al supuesto previsto en el artículo 40 ET' (Sentencias de 18 de marzo de 2003 –recurso de casación para la unificación de doctrina 1708/02–; 16 de abril de 2003 –recurso de casación para la unificación de doctrina 2257/2002–; y 27 de diciembre de 1999 –recurso de casación para la unificación de doctrina 2059/1999–), con ello resulta obligado colegir que los supuestos de movilidad que no impliquen aquel cambio (bien de forma permanente, en el traslado; bien de forma temporal, en el desplazamiento) están amparados por el ordinario poder de dirección del empresario reglado en los artículos 5.1.c) y 20 ET (STS de 19 de diciembre de 2002 –recurso de casación para la unificación de doctrina 3369/2001–). Y al efecto argumentábamos (reproduciendo la STS de 27 de diciembre de 1999 –recurso de casación para la unificación de doctrina 2059/1999–) que 'como quiera que existe un espacio de movilidad sin regulación legal, ya que el artículo 39 del ET sólo disciplina los supuestos de movilidad funcional y el artículo 40 los de movilidad geográfica que exigen el cambio de residencia ..., tanto si se extiende dicha calificación de movilidad funcional (a los citados cambios de centro), como si califica a éstos, más propiamente, como casos de movilidad geográfica *lato sensu*, débil, o no sustancial por no llevar aparejado el cambio de residencia, es lo cierto que, en cualquier caso, quedan excluidos del artículo 40 ET y deben ser incardinados en la esfera del *ius variandi* del empresario'". Por consiguiente se concluye que la decisión de la empresa no tiene cabida en la movilidad geográfica del artículo 40 ET y por tal no es aplicable la modalidad procesal del artículo 138 LPL. Por último la sentencia concluye en la falta de la requerida identidad entre las decisiones a contrastar y por tal se inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina.

B) Movilidad geográfica. Posibilidad o no de recurrir en suplicación, según los casos, la sentencia que se dicte en estos supuestos

La **STS de 18 de diciembre de 2007,** I.L. J 2295, examina el conflicto planteado como consecuencia de la decisión adoptada por la empresa sobre traslado de trabajadores de un centro de trabajo a otro por razones organizativas y de producción y en concreto sobre la posibilidad de interponer recurso de suplicación contra una sentencia recaída en tal procedimiento. "La resolución del problema está relacionada con la naturaleza de la medida adoptada por el empleador, de modo que si la misma se ha tomado en el ámbito de aplicación del artículo 40 ET,) no cabría recurso de suplicación, por aplicación del artículo 138 LPL, en tanto que si aquel no tomó su decisión en tal esfera, siguiendo el procedimiento legalmente señalado, sí existe recurso, conforme reiterada doctrina de esta Sala (STS de 10 de octubre de 2005, recurso 1470/2004, y 18 de septiembre de 2000, recurso 4566/1999)". En esencia, como se destaca en la citada sentencia recogiendo otras:

"a) Es doctrina unificada de esta Sala (STS de 18 de julio de 1997, 7 de abril de 1998, 8 de abril de 1998, 11 de mayo de 1999) que el proceso especial regulado en el artículo 138 LPL 'tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el artículo 41 del ET'". De modo que cuando no se cumplen por el empleador las exigencias formales del precepto: apertura del período de consultas, acuerdo a favor de la mayoría de los representantes de los trabajadores y notificación a éstos de la medida aprobada con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad, en el caso de las modificaciones colectivas, o notificación de la medida a los trabajadores y sus representantes legales en el plazo citado cuando se trata de modificaciones individuales, "no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el artículo 41 del ET, siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida y no el especial del artículo 138 LPL, el de conflicto colectivo si es que se impugna la práctica empresarial por ese cauce, pero en tal caso sin sometimiento a plazo de caducidad".

b) Es decir, "la decisión patronal podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos, sólo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del artículo 41 ET. Entonces si será obligada su impugnación por la modalidad procesal del artículo 138 LPL , e incluso estará la acción sujeta al plazo de caducidad fijado por dicho precepto y el artículo 59.4 ET y al régimen de carencia de recursos. En caso contrario la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario, o el de conflicto colectivo si se ejercita acción de esta naturaleza y ni una ni otra estará sometida a plazo de caducidad", ni rige la inexistencia del recurso.

c) "Aceptar otra tesis, y considerar, en un supuesto como el presente en que están ausentes todos los requisitos de forma, que la acción ejercitada debe seguir los trámites del artículo 138 LPL y está afectada por la caducidad (y por la falta de recurso) supondría primar indebidamente una conducta patronal cuando menos irregular, y que podría in-

cluso incurrir en fraude de ley, si es que la empresa adopta la modificación sin la garantía legal establecida para los trabajadores".

"En el caso enjuiciado, lo que han pretendido los actores es que la medida adoptada por el empleador, consistente en el traslado a la base de Madrid de los pilotos y tripulantes de cabina de la base de Palma de Mallorca sea declarada nula, al haberse efectuado en fraude de ley.

Se fundamenta la pretensión en que dicha movilidad se trata de justificar en la resolución de la Dirección General de Trabajo de 26 de diciembre de 2001, dictada en Expediente de Regulación de Empleo, que autoriza a la empresa a extinguir 2.515 contratos laborales. Sin embargo, es de resaltar que dicha resolución administrativa no autoriza ninguna movilidad y que, de contrario, en la respuesta a la aclaración a dicha resolución, que instó la empresa, consta que 'tal medida (refiriéndose a la movilidad geográfica) no es competencia de la autoridad laboral, sino que corresponde adoptarla a la empresa de acuerdo con lo previsto y con las formalidades expresadas en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores'".

En el presente supuesto se llevó la movilidad geográfica sin las exigencias previstas en el artículo 40 del ET, sin el preceptivo "período de consultas" entre el empresario y los representantes de los trabajadores, sin que tal exigencia proceda ser sustituida por el Plan Social incorporado al ERE, ya que no había acuerdo final alguno con los representantes de los trabajadores sobre las pretensiones empresariales… sin que, por otra parte, en el acuerdo obtenido para la aprobación del Plan Social, contara con el beneplácito de los representantes sindicales de los colectivos afectados por la medida de traslados, pues debe tenerse en cuenta que en la empresa IBERIA se sustancia a través de diversos convenios colectivos franja de forma que el traslado colectivo en los tripulantes técnicos y de cabina acordado en el plan social no puede sustituir al período de consultas del artículo 40 del ET. Por consiguiente la medida de movilidad adoptada sobre un colectivo de trabajadores por el empleador al margen de las garantías establecidas en el artículo 40 ET, debe estar sometida al régimen de recursos, establecido en forma general por la LPL, y no al régimen específico del artículo 138.4 LPL.

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Alteración de un aspecto fundamental de la relación. El hecho de que un viernes sea día vacacional y que obligue a realizar las tareas de turno semanal un día antes supone una modificación accidental

A través de un procedimiento de oficio la cuestión a delimitar es si estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo ante el acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo por cuanto la empresa procedió a fijar el 10 de febrero de 2006 (viernes) como día de vacaciones colectivas. Ello supuso que las tareas que necesariamente han de realizarse al finalizar los turnos semanales normales, tuvieran que llevarse a cabo un día antes. Debido a ello, los trabajadores del servicio de cuarto

turno de mantenimiento de pintura, que normalmente desarrollan su tarea la noche del viernes y la mañana del sábado, la realizaron el jueves por la noche y el viernes por la mañana, dejando de percibir el plus de sábados. La **STSJ de Aragón de 17 de octubre de 2007,** I.L. J 2307, examina tal cuestión y examinando la doctrina del TS resalta la distinción entre "entre la modificación sustancial y la accidental de condiciones de trabajo, argumentando que 'por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquellas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas las previstas en la lista *ad exemplum* del artículo 41.2 (del Estatuto de los Trabajadores) pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del *ius variandi* empresarial' (STS de 22 de septiembre de 2003, recurso 122/2002; 10 de octubre de 2005, recurso 183/2004, y 28 de febrero de 2007, recurso 184/2005)", para concluir que en el presente supuesto no existió una modificación sustancial de condiciones de trabajo que haya supuesto una alteración de un aspecto fundamental de la relación laboral pasando a ser otra distinta de un modo notorio *ex* artículo 41 ET. "El conflicto se ciñe a la interpretación de un calendario paccionado, de redacción abstrusa, estableciendo el artículo 1282 del Código Civil, como criterio interpretativo de los contratos, que para juzgar la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos coetáneos y posteriores al contrato, afirmando el acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que ha dado lugar a las presentes actuaciones que la empresa había actuado igual en casos idénticos, aunque pagando los pluses que se devengarían caso de no haber cambio de turno, lo que sitúa el verdadero conflicto en la cuestión atinente a si la empresa debía abonar un plus salarial, manifestando la propia recurrente que el hecho de que se considerase como día de vacaciones colectivas un viernes hizo que estos trabajadores adelantasen su trabajo un día. No es que la empresa decidiese *motu proprio* alterar el modo de prestación de servicios de estos trabajadores sino que la circunstancia de que un viernes fuera vacacional obligó a que determinados trabajadores, encargados de realizar las tareas que necesariamente se tienen que llevar a cabo al finalizar los turnos semanales, las llevaran a cabo un día antes, sin que, a la vista de la redacción de los citados apartados de los calendarios de procesos y de mantenimiento de pintura, interpretados en su conjunto, sea dable concluir que haya existido una conducta empresarial que vulnere el artículo 41.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, lo que obliga a desestimar el recurso, confirmando la sentencia de instancia".

B) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Vigilante de seguridad en funciones de escolta que tras la subrogación empresarial es destinado a labores de vigilante. Modificación sustancial de jornada, salarios y contenido del puesto. Nulidad de la modificación por no seguir los tramites del artículo 41 ET

El presente conflicto surge como consecuencia de que el trabajador que prestaba servicios de vigilante de seguridad con funciones de escolta privado del Director del Centro

Territorial de "TVE", y todo ello desde el 8 de agosto de 1998, para la empresa "CESS"; con efectos del 1 de julio de 2004 se produjo una subrogación y fue la empresa "SEGUR" la que se hizo cargo del dicho servicio de escolta y el trabajador demandante pasó a la plantilla de esta empresa: El trabajador instó pasando, con efectos del día 20 de diciembre de 2004, a situación de excedencia de la que se reincorporó el 20 de junio de 2005; tras su reincorporación, la empresa le destinó a labores de vigilante de seguridad que alterna en ocasiones con servicios de escolta, de manera que su remuneración cambió (antes de la modificación percibía un salario medio de 3.407,98 euros y en la actualidad su salario es de 1.249,21 euros, pues no percibe el plus de escolta ni el de puesto de trabajo, ni percibe plus de fin de semana y festivos, ya que sólo trabaja de lunes a viernes) por lo que insta procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, lo que fue estimado por el juzgado de lo social declarando nula la medida. La **STSJ del País Vasco de 27 de noviembre de 2007,** I.L. J 2322, examina la cuestión planteándose si se trata o no de una modificación sustancial de condiciones de trabajo y así destaca que "Cierto es que el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad no recoge la categoría de Escolta, aunque sí estas funciones dentro de la categoría de Vigilante de seguridad, para el acompañamiento y protección de personas –artículo 22.A).3– y cierto es también que al ejercicio de dichas funciones van aparejadas determinadas ventajas salariales, como las que la instancia recoge, y como resulta evidente, puesto que el actor percibía, realizando funciones de escolta un salario casi tres veces superior al que percibe realizando funciones simples u ordinarias de vigilante de seguridad.", pero la cuestión a determinar es si el trabajador ostentaba algún derecho a mantener su puesto de escolta, ello sin dejar al margen la facultad de *ius variandi* de la empresa (artículo 39 ET), pero entiende la Sala que "En el presente caso se habría operado a nuestro entender una modificación de carácter sustancial, puesto que se habría operado una importante modificación de la jornada, del contenido del puesto de trabajo y de la remuneración percibida, por más que la categoría profesional siga siendo la misma. De la especialidad de las funciones de escolta da cuenta, no sólo lo abultado de la diferencia de remuneración, dado que ello también responde a las amplias jornadas que realizan los escoltas – véanse los recibos de salarios y los percibos por horas extra –, sino también la propia remuneración". La Sala entiende el derecho del demandante a mantener su concreto puesto de trabajo lo que así entiende "su incorporación a la empresa 'SEGUR' se produjo en virtud de una asunción por parte de ésta del servicio de protección de una determinada persona, a la que el demandante estaba asignado. En consecuencia, su pase a la empresa 'SEGUR' se hizo en tal condición, y ese puesto de trabajo debió serle respetado, puesto que no fue contratado como un vigilante ordinario sin expresa asignación de puesto de trabajo, sino incorporado a la plantilla de 'SEGUR' por haber asumido ésta un servicio que antes desempeñaba otra empresa". Otra cuestión, como razona la sala, es haber devenido de la situación de excedencia, lo que genera el derecho al reingreso a vacante de igual o similar categoría a la suya (artículo 46.5 ET), pero nada refiere la empresa recurrente, por ello nada se valora en el recurso. En definitiva la Sala de lo Social confirma la sentencia entendiendo que estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo y confirma la dictada por el Juzgado de instancia.

7. EXCEDENCIAS

A) Excedencia: solicitud de reingreso. Omisión de respuesta empresarial. Acción procedente

La **STS 22 de noviembre de 2007,** I.L. J 2171, resuelve un supuesto de hecho en el que se parte de los siguientes hechos probados: 1º) El trabajador solicitó excedencia voluntaria por interés particular el 26 de abril de 1990, por un período de dos años. 2º) El 30 de abril de 1992 solicitó el reingreso que le fue denegado en fecha 2 de junio de 1992 por no existir vacante del puesto y categoría ostentado por el trabajador excedente, manifestándole que quedaba constancia de su petición para cuando se produjera vacante. 3º) El 8 de octubre de 1998 volvió el trabajador excedente a solicitar el reingreso que le fue denegado en comunicación de 28 de octubre de 1998 por hallarse la plaza cubierta con contrato laboral y no existir otra de las características adecuadas que pudiera ocupar, manifestando, también, que quedaba constancia de su deseo de reingreso; y 4º) El 23 de enero de 2004 formuló una tercera solicitud de reingreso por fallecimiento de la persona que venía ocupando la plaza que le correspondía en la empresa, sin que obtuviera respuesta del Ayuntamiento, por lo que en 15 de diciembre de 2004 interpuso reclamación previa a la acción de despido.

Para el Tribunal Supremo se distingue, claramente, entre las situaciones de negativa rotunda e irrevocable de la empresa al reingreso solicitado por el trabajador, lo que viene suponer la voluntad de ruptura del vínculo jurídico-laboral que mantiene con el mismo y las de simple omisión de respuesta a la solicitud de reingreso o de aplazamiento de este último para el momento en que se produzca vacante adecuada para la categoría y puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador excedente. Para el primer supuesto, se entiende por la Sala, que la acción a ejercitar es la de despido, en tanto que para el segundo de los supuestos expuestos se considera que la acción a ejercitar es la del reconocimiento del derecho al reingreso.

Sobre la base de esta consolidada doctrina jurisprudencial no cabe la menor duda que la actitud adoptada por el empresario ante la solicitud de reingreso, oportuna y reiteradamente, formulada por el trabajador se encuadra en la segunda de las conductas señaladas, al contestar en dos ocasiones a la peticiones de reingreso al puesto de trabajo efectuadas por el trabajador, manifestándole que se carecía de puesto de trabajo adecuado a la sazón pero que se tomaba nota de su petición en el expediente personal y, en la última, dando la callada por respuesta, sin manifestar su voluntad de dar por extinguida la relación laboral.

Consecuentemente se concluye que la acción a ejercitar por el trabajador excedente es la de reconocimiento del derecho al reingreso y no, en cambio, la de despido.

Por su parte, la **STSJ de Andalucía de 15 de agosto de 2007,** I.L. J 2300, afirma en consonancia con la doctrina anterior que el empresario está obligado a reincorporar al excedente voluntario siempre que éste haya ejercitado su derecho preferente en el plazo y la

forma oportunos, y que, a su vez, exista en la empresa una vacante con las características que determina el artículo 46.5 ET; esto es, que el puesto de trabajo sea de una categoría igual o similar a aquella en la que prestaba servicios antes de pasar a esa situación. Cabe, pues, que responda al trabajador que el reingreso no puede hacerse efectivo por falta de una vacante apropiada, o también que desconozca de forma rotunda la propia relación laboral que les une. El excedente podrá entonces defenderse frente a estas respuestas o actitudes patronales, si las considera lesivas de su derecho, mediante el ejercicio de diferentes acciones.

Por consiguiente, cuando la denegación del reingreso solicitado tenga como causa la falta de vacante, el empresario no incumple ninguna obligación, dado que tal conducta supone, en definitiva, reconocer el derecho expectante del excedente voluntario, y tiene como efecto propiciar que la excedencia se prolongue, sin que pueda ser asimilada a un despido.

B) Excedencia voluntaria: Derecho al reingreso. Diferencias con situación de excedencia forzosa

La **STSJ de Extremadura de 18 de septiembre de 2007,** I.L. J 2389, señala que el derecho preferente al reingreso del trabajador en excedencia voluntaria común es un derecho potencial o "expectante", condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso. En este punto se diferencian las regulaciones legales de la excedencia voluntaria común de un lado, y de la suspensión del contrato de trabajo y las excedencias forzosas o especiales de otro, situaciones estas últimas caracterizadas por la conservación del puesto de trabajo por parte del trabajador. El tratamiento legal diferenciado entre la excedencia voluntaria común y las restantes vicisitudes del contrato de trabajo mencionadas encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otras situaciones. Mientras en la suspensión y en las excedencias forzosas o especiales concurren causas específicas y cualificadas de impedimento, incompatibilidad o dificultad de trabajar, "el interés que está en la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario", muy digno de consideración, pero que, de acuerdo con el criterio del legislador, no justifica "conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya o del propio interés de la empresa" (STS de 25 de octubre de 2000).

C) Excedencia voluntaria: Indemnización por denegación indebida de reingreso. Fecha de fijación de los perjuicios. Prescripción

La **STSJ del País Vasco de 11 de septiembre de 2007**, I.L. J 2459 recoge que existen dos criterios jurídicos distintos en orden a la fijación de la fecha de nacimiento de la obligación empresarial de indemnizar a los excedentes voluntarios por su reincorporación tardía:

1°.– Existencia de vacante idónea en la fecha de presentación de la solicitud de reingreso previa al vencimiento de la excedencia y en dicha fecha. En tal caso, la solicitud de rein-

corporación debe ser atendida por el empresario en la fecha de finalización de la excedencia y, si no lo hace, incurre en mora en el cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, constituyendo aquella petición la intimación eficaz exigida por el párrafo 1º del artículo 1100 del Código Civil. En su consecuencia, la indemnización derivada de la denegación indebida del reingreso en la fecha en que legalmente correspondía, deberá computarse desde la fecha de terminación de la excedencia y no desde la de presentación de la papeleta de conciliación contra la negativa a la readmisión.

2º.– Producción de la vacante que debió ser ofrecida al trabajador con posterioridad al vencimiento del plazo de excedencia. En ese supuesto, la solicitud de reincorporación presentada por el trabajador antes de la conclusión de su excedencia no constituye interpelación eficaz para constituir al empresario en mora, dado que el derecho al reingreso no era exigible al tiempo de su presentación, debiendo considerarse como tal la de interposición de la papeleta de conciliación en la que se reclama la reincorporación. Por consiguiente, en ese supuesto es esta fecha, y no aquella en que finalizó la excedencia o se produjo la vacante, la que debe ser tenida en cuenta a efectos de determinar el día inicial de la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento empresarial.

De otra parte y en cuanto al plazo de ejercicio de la acción, cuando el excedente ejercita sucesivamente, de forma separada, las acciones de reconocimiento del derecho a la reincorporación al trabajo y de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el retraso, el cómputo del plazo de prescripción de esta última se inicia en la fecha de la firmeza de la sentencia que estima la demanda de reincorporación. Las razones en que se basan es que la declaración de ilicitud del hecho causante del daño y la condena a la readmisión que establece la sentencia dictada en el primer proceso son elementos constitutivos de la acción de daños y perjuicios, los cuales no pueden cuantificarse hasta que concluye la situación que los produce.

Ana María Badiola Sánchez (coordinadora)
Fernando Breñosa Álvarez de Miranda
María Antonia Corrales Moreno
David Lantarón Barquín
Lourdes López Cumbre,
Montserrat Ruiz Cuesta
César Tolosa Tribiño

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Sumario*:

1. Consideración preliminar. 2. Extinción contractual y despido. *A) Causas de extinción contractual.* B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica. **3. El despido disciplinario. Causas que lo motivan. 4. Extinción del contrato por causas objetivas.** *A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET.* B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación. **5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** *A) La caducidad de la acción.* B) El procedimiento por despido. **6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** *A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia.* B) *Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización.* a) La indemnización: cuantía y cálculo. b) *Salarios de tramitación.* **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** *A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.* B) Distribución de la carga probatoria. C) Cuestiones conexas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, números 13 a 15 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

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

que en cada una de ellas son objeto de consideración –con mayor o menor profusión o intensidad– en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales de éste y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La **STS de 20 de septiembre de 2007,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 3326/2006), I.L. J 1815, estima la extinción del contrato de trabajo **por voluntad del trabajador** (artículo 50 ET), reconociendo una indemnización adicional al trabajador demandante, por vulneración empresarial de derechos fundamentales del trabajador (derecho a la vida y a la integridad física), mediante una actitud pasiva de aquél.

La Sala argumenta en su FJ 4º:

> "Retomando la cuestión relativa a la existencia –en el caso debatido– de vulneración de derechos fundamentales, hemos de señalar que los hechos declarados probados –resumidos en nuestro primer fundamento de derecho– evidencian lo que explícitamente censura la propia resolución judicial (como antes la Inspección de Trabajo), esto es, que el Ayuntamiento demandado omitió la debida evaluación de riesgos y la correlativa implantación de medios para proteger a la trabajadora. Con ello resulta claro que la empresa incumplió el deber de seguridad que le impone el artículo 14.2 LPRL y desconoció algunas específicas obligaciones de la propia normativa, como pudieran ser las establecidas en los artículos 16 (evaluación de riesgos), 21 (existencia de riesgos graves e inminentes) y 43 (desatención a requerimientos de la Inspección de Trabajo). Y esa pasividad o escasa diligencia empresarial correlativamente vulneró no sólo el derecho –de naturaleza laboral ordinaria– del trabajador a 'su integridad física y una adecuada política de seguridad e higiene' [artículo 4.2.d) ET] y a 'una protección eficaz en materia de seguridad', higiene y salud en el trabajo (artículos 19 ET y 14.1 LPRL)', sino también –lo que es decisivo a los efectos de que tratamos– su fundamental derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15 CE) y a la salud (artículo 43 CE), que no han sido salvaguardados por el empresario, cuya diligencia como deudor de seguridad –no está de más recordarlo– para amplio sector doctrinal no se agota con el incumplimiento de las prevenciones legales en la materia, sino que se requiere la prueba cumplida de la diligencia necesaria para evitar el resultado dañoso. Y en esta línea de vinculación entre el deber de protección y los derechos fundamentales, la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional afirma que 'en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física (ar-

> tículo 15 CE), lo mismo que el derecho a la salud (artículo 43 CE), y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 40.2 CE)'; que 'la lectura de diversos artículos de la Ley 31/1995 (...) permite conocer la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos de los consagrados en el artículo 15 CE '; y que esa normativa protectora que la LPRL representa es 'desarrollo de la tutela propia del derecho fundamental a la integridad física de la trabajadora (...) (artículo 15 CE)' (STC 62/2007, de 27 de marzo, FJ 5º)".

De otra parte, la **STSJ de Madrid de 15 de octubre de 2007** (recurso 3336/2007), I.L. J 2313, desestima el recurso ante un caso de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, en un supuesto de acoso sexual, seguido de demanda de extinción del artículo 50 ET.

La Sala argumenta en su FJ 6º:

> "Por lo que se refiere a la lesión constitucional vinculada al acoso sexual (...) Primer punto: La Sentencia del Tribunal, Constitucional 224/1999 ha dejado dicho que la configuración constitucional del acoso sexual como atentado a la intimidad personal del trabajador (artículo 18.1 CE) protege exclusivamente frente a comportamientos de significado libidinoso que no sean asumidos por la persona destinataria de los mismos (...) Al segundo punto; conductas que pueden tener categoría de indicios reveladores de acoso sexual se han referido las Sentencias del Tribual Constitucional 136/2001 y 207/2001."

Asimismo, la **STSJ de Asturias de 19 de octubre de 2007** (recurso 2175/2007), I.L. J 2419, y las **SSTSJ de Cataluña de 19 de septiembre y de 1 de octubre de 2007** (recursos 4610/2007 y 4942/2007), I.L. J 2451 y 2447, al desestimar la existencia de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, se hacen eco de la doctrina del Tribunal Supremo sobre los requisitos generales que conforman la existencia de dimisión del contrato de trabajo por parte del trabajador:

Las Salas al respecto señalan:

> "Esa dimisión o voluntad unilateral del trabajador, de extinguir el vínculo contractual que le une a su empresario, puede manifestarse de forma expresa o de manera tácita. Es decir, mediante signos escritos u orales dirigidos al empresario, pues se trata de una decisión recepticia; o mediante un comportamiento del cual cabe deducir esa intención extintiva. Así, se ha declarado que la dimisión del trabajador no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, basta con que la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su posición por la ruptura o extinción de la relación laboral."

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

La **STS de 17 de septiembre de 2007,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 3039/2006), I.L. J 1846, y la **STSJ de Extremadura de 21 de septiembre de**

2007 (recurso 452/2007), I.L. J 2390, al fallar la improcedencia del despido disciplinario efectuado a dos trabajadores por falta de contradicción, analizan la doctrina del Tribunal Supremo en materia de despido disciplinario.

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".

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 13 de noviembre de 2007,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 4275/2006), I.L. J 2148, enjuicia un caso de despido de un auxiliar de farmacia por el nombramiento del titulado adjunto al farmacéutico, por imperativo legal.

La Sala justifica el fallo en su FJ 2º alegando que "La razón es que el artículo 6 en su apartado 5º dispone que 'tanto los titulares como los regentes y los sustitutos podrán contar con la colaboración de farmacéuticos adjuntos y de personal auxiliar' y en el apartado 6º se dispone lo siguiente: "Reglamentariamente se determinarán los supuestos en que será necesaria la presencia de farmacéuticos adjuntos, bien por razón de la edad del titular, regente o sustituto, bien en consideración al volumen de actividad determinado por el ejercicio de las funciones a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 5. En el supuesto de que el volumen de actividad derive exclusivamente del desarrollo de las funciones y actividades a que se refiere el último apartado del artículo anterior, podrá preverse, como alternativa a la designación de farmacéutico adjunto, la de otro profesional sanitario titulado competente para el ejercicio de esas funciones'. Como se ve, el apartado 6º del artículo 6 prevé la necesidad de la presencia de adjuntos por dos razones bien diversas, el volumen de actividad, que no es el supuesto de afectación del presente litigio, y la imposición vinculada a la edad del titular, regente o sustituto. En este caso, y única razón por la que la demandada contrata al adjunto, nos hallamos ante una ampliación forzosa de la plantilla aunque su finalidad es la de auxiliar al titular, que puede estar actuando solo o contando con un auxiliar, pero que en todo caso cuenta con la capacidad para llevar a cabo toda la actividad propia de la Oficina de Farmacia, en la que el titular no sólo es gestor responsable, científicamente experto al máximo nivel, sino también dispensador de los medicamentos y cualesquiera otros productos de parafarmacia. El resultado final es que

en el seno de una misma actividad, cuyo volumen no consta acrecentado y al no ser ésa la razón del nombramiento o contratación del adjunto, se ha aumentado la plantilla con la forzosa consecuencia de reducir o anular el cometido de uno de los miembros de la misma, con la particularidad añadida de que la asunción del adjunto es de carácter forzoso por responder a un mandato legal, razón que justifica la amortización del puesto de auxiliar que la demandante venía desempeñando."

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 23 de octubre de 2007,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 4349/2006) I.L. J 1926. En ella se analiza la extinción contractual por causas organizativas, a la par que se desestima el recurso por insuficiencia de la censura legal u omisión de la fundamentación suficiente de la infracción legal denunciada

Para ello, la Sala, en su FJ 3º, razona:

> "Presentada demanda por despido fue desestimada, tanto por la sentencia de instancia, como por la de suplicación que desestimó el recurso por él interpuesto. Razona esta última sentencia que 'para la validez del cese acordado con fundamento en dicho precepto, es necesario que concurran tres elementos como justificativos de la extinción contractual: 1º) La concurrencia de una causa o factor desencadenante que incide de manera desfavorable en la eficiencia de la empresa (carencia o necesidad de una más adecuada organización de los recursos), correspondiendo a la demandada identificar y probar los factores alegados. 2º) La medida puede consistir, tanto en la reducción del número de trabajadores como en la supresión de la totalidad de la plantilla,y 3º) Que entre la causa y la decisión exista una conexión de funcionalidad o instrumentalidad'. Y que cuando 'la extinción del contrato de trabajo que deriva de una 'exteriorización' o subcontratación de servicios se puede considerar producida por causas organizativas o productivas a efectos del artículo 52.c) ET, si efectivamente la decisión empresarial responde a dificultades acreditadas en el funcionamiento de la empresa', sin que cuando se alegan causas técnicas, organizativas o productivas sea necesario que la causa alegada 'haya de ser valorada y contrastada en la totalidad de la empresa', bastando con que se acredite 'exclusivamente en el espacio en el que se ha manifestado la necesidad de suprimir el puesto de trabajo'. Razonamientos que llevan a la Sala a concluir que concurren en el caso los supuestos para declarar la procedencia de la acción extintiva de la empresa. Frente a esa sentencia el actor preparó y ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, proponiendo, como sentencia de contradicción la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de octubre de 2004, resolución que tanto la recurrida, en su escrito de impugnación, como el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, alegan que no cumple las exigencias del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, para la admisión a trámite del recurso, imponiéndose en consecuencia el análisis comparado de ambas resoluciones."

La interpretación del despido por causas económicas o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) ET] es llevada a cabo por la **STSJ de Navarra de 10 de septiembre de 2007** (recurso 257/2007), I.L. J 2304. En ello, el Tribunal falla la procedencia del despido efectuado en un caso en el que el puesto de la actora

había quedado vacío de contenido concurriendo causas organizativas y de producción para su amortización.

La Sala argumenta en sus FFJJ tercero y cuarto:

> "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."

Por el contrario, la **STSJ de Extremadura de 15 de noviembre de 2007** (recurso 511/2007), I.L. J 2320, al determinar la improcedencia del despido efectuado a un trabajador por causas objetivas, argumenta cómo para fundamentar el despido no es necesario que la crisis económica sea grave, profunda e irreversible. Basta que sea coyuntural o transitoria. El empresario debe acreditar que la extinción ayuda a la superación de la situación negativa, siempre y cuando el cierre de una sección deficitaria contribuya a asegurar los puestos de trabajo del resto de los empleados de la empresa.

La Sala razona:

> "En el supuesto enjuiciado, partiendo de la certeza jurídica del relato fáctico de instancia y de la fundamentación jurídica con igual valor, acreditado que el cierre de una sección de la empresa –la de confección– que era deficitaria, contribuye a asegurar los puestos de trabajo del resto de empleados de la empresa, como señala el juzgador *a quo*, que parte de la doctrina jurisprudencial según la cual no es necesario valorar la situación global de la empresa o del grupo empresarial sino que es suficiente que la medida afecte a una sola mitad productiva o sección de la empresa; ha de estimarse que concurre la causa organizativa invocada, y en consecuencia declara la procedencia del despido de las demandantes."

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

La **STS de 24 de septiembre de 2007,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 770/2006), I.L. J 1833, desestima la excepción de caducidad de la acción de despido, –veinte días hábiles establecidos en el artículo 59.3 del ET–, determinando que los sábados no son considerados días hábiles a afectos del cómputo de caducidad de la acción de despido.

La Sala estima que la tesis de la sentencia recurrida no puede aceptarse, por lo siguiente:

> "La única cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina, que ya ha sido resuelta en sentencias precedentes por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, consiste en determinar si son hábiles o inhábiles los sábados a los efectos del cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido. Los preceptos legales que regulan la materia son los artículos 59.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 103.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL). En ambos se establece, en términos prácticamente idénticos, que en el ejercicio de la acción de despido el referido plazo de caducidad es de veinte días hábiles. La Sentencia recurrida –dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 12 de diciembre de 2005– resolvió que la acción había caducado, apoyándose para ello en considerar que los sábados deben considerarse hábiles. Sin embargo la de contraste, dictada el día 13 de abril de 2005 por la homónima Sala de Cataluña, en un supuesto exactamente igual, decidió que la demanda de despido se había planteado en tiempo oportuno, al considerar que los sábados debían reputarse días inhábiles a estos efectos. Concurre, pues, la condición de procedibilidad requerida por el artículo 217 de la LPL, ya que en dos supuestos de hecho sustancialmente idénticos, siéndolo asimismo lo solicitado y la causa de pedir, ello no obstante, en cada caso recayeron decisiones de signo divergente. En consecuencia, y como quiera que asimismo el escrito de interposición cumple las exigencias del artículo 222 de la LPL, habremos de entrar a decidir el fondo del recurso."

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de numerosos despidos disciplinarios por transgresión de la buena fe contractual. Así, la **STSJ de Murcia de 15 de octubre de 2007** (recurso 1013/2007), I.L. J 2314, enjuicia la procedencia del despido disciplinario efectuado a una trabajadora, al estimar que se produce transgresión de la buena fe contractual por ausencias injustificadas. En el caso, a la actora, el haber presentado escrito de incidente de readmisión no le exonera de su obligación de incorporarse al trabajo en el día señalado por la empresa.

La **STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 2007** (recurso 5059/2007), I.L. J 2319, revoca la sentencia de instancia y declara la procedencia del despido efectuado a un trabajador, por transgresión de la buena fe contractual, basada en la utilización abusiva de material informático de la empresa para fines ajenos a la actividad laboral. La Sala argumenta: "No es necesaria la materialización de un perjuicio para apreciar negligencia en la actuación".

Finalmente, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 5 de octubre de 2007** (recurso 1548/2006), I.L. J 2433 y las **SSTSJ de Cataluña de 9 y 30 de octubre de 2007** (recursos 4551/2007 y 4590/2007), I.L. J 2440 y 2437, aprecian, asimismo, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la conducta de varios trabajadores, cuyas actuaciones se traducen en: "a) incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo y

c) la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. Los actores han incurrido en tales incumplimientos y los hechos que las sentencias declaran 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

Numerosas resoluciones judiciales analizan la improcedencia de los despidos efectuados a varios trabajadores, ante la falta de contradicción existente. Así, la **STS de 11 de octubre de 2007,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 4441/2006), I.L. J 1802, la **SSTS de 16 de octubre de 2007,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 102/2007), I.L. J 1803 y, finalmente, la **STS de 23 de octubre de 2007,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 2195/2006), I.L. J 1953, al analizar la improcedencia de los despidos efectuados en un supuesto de utilización fraudulenta, de contratación de puesta a disposición y contrataciones temporales, determinan su falta de contradicción.

Las cuestiones litigiosas planteadas en los recursos resueltos se refieren al cálculo de la indemnización por despido reconocido como improcedente y, en concreto, a la inclusión en el parámetro correspondiente del período de tiempo en que los trabajadores fueron contratados por una empresa de trabajo temporal y puestos a disposición de las empresas usuarias, sobre la base de que existió una utilización fraudulenta de los contratos de puesta a disposición. No obstante, no pueden las Salas entrar en el fondo del asunto por faltar entre las sentencias comparadas la contradicción necesaria.

Las Salas, trayendo a colación la doctrina que en la materia ya ha sido unificada, fundamentan el fallo en los siguientes términos:

> "A tenor de los hechos enjuiciados por una y otra sentencia, es claro que no concurre la ineludible exigencia de identidad sustancial a que hace referencia el ya citado artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral y la jurisprudencia reseñada, pues, se insiste, en que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas, al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales. En cualquier caso, convendrá señalar que el criterio seguido en la sentencia recurrida es coincidente con la doctrina sentada por esta Sala en su Sentencia de 4 de julio de 2006 (recurso 1077/2005). En consecuencia, de acuerdo con lo razonado y coincidiendo con el dictamen emitido por el Ministerio Fiscal, entendemos que el recurso formulado no cumple con la formalidad de que tratamos, y el recurso que pudiera haber sido inadmitido conforme a las prevenciones del artículo 223.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, debe ser desestimado en el presente momento procesal, con las

> consecuencias inherentes y previstas en el artículo 233.1 de la propia Ley procesal laboral, relativas a depósito, aseguramiento y costas."

En sentido análogo, la **STS de 17 de septiembre de 2007,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 3039/2006), I.L. J 1846, y la **STS de 21 de noviembre de 2007,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 3367/2006), I.L. J 2067, al fallar la improcedencia del despido disciplinario efectuado a un trabajador, analizan la doctrina del Tribunal Supremo en materia de falta de contradicción.

Para las Salas, tomando como referencia la doctrina emanada por el Tribunal Supremo:

> "considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, c) las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa y d) la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. El actor ha incurrido en tales incumplimientos y los hechos que la sentencia declara probados tienen por sí solos entidad y gravedad suficientes como para ser sancionados con el despido disciplinario".

La **STS de 12 de noviembre de 2007,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 4341/2006), I.L. J 2130, determina la improcedencia del despido efectuado a un trabajador que fue mantenido dos años en período de prueba, al considerar a éste un pacto abusivo y nulo. La cuestión litigiosa se centra en decidir si la cláusula de duración de dos años del período de prueba establecida en el Convenio Colectivo de Telefónica Publicidad e Información, SA de 2004, para la categoría de Promotor de Entrada, constituye o no un abuso de derecho.

La Sala se manifiesta en los siguientes términos:

> "La Sala Cuarta razona que el tiempo de prueba debe adecuarse a la finalidad de la institución que no es otra que posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato, de manera que el empresario pueda valorar las aptitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual y parte de que el artículo 14 ET otorga preferencia a la regulación que se establezca en los Convenios Colectivos en la materia. Concluye que no parece razonable que el empresario necesite de un período de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad consistente en la captación de clientes para anunciarse en una guía telefónica, que no presenta, ni se describen, circunstancias particulares para su ejercicio, resultando que una formación durante tan prolongado período no se compagina bien con las características del analizado, por lo que resultaría excesivo, sobre todo si se compara con el personal de ventas, incluidos los que ocupan puestos de mayor categoría y complejidad, a los que se establece un período de prueba de 6 meses. En definitiva, es declarado abusivo y nulo el pacto que fijó al trabajador un período de prueba de 2 años, y el cese constituye despido improcedente."

La **STS de 5 de diciembre de 2007,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 2553/2006), I.L. J 2296, declara la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, en el supuesto en que éste continúa desempeñado sus funciones laborales a

pesar de estar incurso en un proceso de Incapacidad Temporal. La Sala argumenta, aplicando la teoría de la proporcionalidad, que la falta cometida no está revestida de la gravedad ni culpabilidad suficientes como para ser constitutiva de despido.

> "La gradual proporcionalidad con que esencialmente han de dosificarse las sanciones de todo orden, impide ratificar la procedencia de la adoptada en este caso, pues tratándose de la más grave entre las que la ley prevé para corregir el incumplimiento del contrato laboral por parte del trabajador, resulta exigible la correlativa máxima gravedad en la infracción, que, además de ser típica y culpable, debe presentar esa extrema entidad objetiva, para justificar la extrema intensidad en la corrección."

Finalmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de septiembre de 2007** (recurso 1021/2007), I.L. J 2386, falla la improcedencia del despido efectuado en un supuesto, tomando en consideración una cláusula contractual abusiva, basada en un pacto de rendimiento con la alteración radical de los elementos objetivos de producción.

B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o improcedencia

a) Salarios de tramitación

Las **SSTS de 10 de octubre de 2007,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 312/2007), I.L. J 1799, y **de 19 de octubre de 2007** (recurso de casación para la unificación de doctrina 4128/2006), I.L. J 2028, determinan la cuantía de los salarios de tramitación al analizar su alcance temporal, fallando 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 las Salas exponen:

> "De lo antes expuesto se deriva que para estimar si concurre el requisito de contradicción entre las sentencias comparadas, necesario para la admisibilidad del recurso que nos ocupa, no basta con que las sentencias analizadas hayan dado soluciones contrapuestas, sino que deben examinarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues las particularidades de cada supuesto pudieran justificar la aparente contradicción. En el presente caso, la sentencia recurrida, dictada en proceso por despido, contempla un supuesto en el que, tras notificarse la sentencia declarando la improcedencia del despido y optar la empresa por la rescisión indemnizada del contrato, dentro del plazo de los cinco días siguientes, se procedió, más tarde, a dictar auto de aclaración, para corregir el error aritmético producido al fijar la cuantía de la indemnización, auto que no varió el sentido de la opción ejercitada por la empresa. La sentencia recurrida, dado que el auto aclaratorio no había provocado un cambio esencial en la situación contemplada por la sentencia aclarada, no varió la situación contemplada en ella con relación a los salarios de trámite. La sentencia de contraste, dictada el 3 de noviembre de 2000 en el recurso 4940/2000 del Tribunal Superior de Justicia de

Cataluña, contempla un supuesto de reclamación de salarios de trámite al Estado con base en el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores. En el proceso previo por despido, cual consta en la sentencia referencial, completada por la de esta Sala de 4 de marzo de 2002 (recurso 21/2001) que desestimó el recurso interpuesto contra ella, la sentencia condenó a dos empresas, condena que el auto de aclaración redujo a una de ellas. Además, la empresa condenada no optó por la rescisión indemnizada del contrato y fue declarada insolvente poco después."

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La **STS de 18 de diciembre de 2007** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 4998/2006), I.L. J 2297, analiza la nulidad del despido efectuado en un supuesto de utilización fraudulenta de la contratación temporal, sin soporte legal alguno, al no acudir para su cese a los supuestos de despido objetivo. Reitera doctrina, SSTS de 10 de marzo de 1999 (recurso 2138/1998), 5 de octubre de 1999 (recurso 2773/1999), y 5 de julio de 2000 (recurso 3115/1999).

La Sala fundamenta el fallo en su FJ 7º:

"De acuerdo con lo antes dicho, procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por los trabajadores recurrentes, desde el momento en que ante la decisión firme de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de anular la convocatoria para la contratación de personal que sirvió de soporte a la de la demandante, el Servicio Canario de Empleo debió acudir al procedimiento que para la extinción objetiva del contrato de trabajo está prevista en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, con las formalidades que el artículo 53 de la misma norma prevé. Hay por tanto una conexión funcional directa entre la convocatoria, la contratación, su anulación y el cese de los trabajadores. Como resulta de los términos de la comunicación del cese cursado a las demandantes, la decisión extintiva adoptada por la Administración no se produjo en el ámbito de la contratación temporal, invocándose para ello causas relacionadas con la finalización de los trabajos (obra o servicio determinado) que motivaron aquélla, sino que, por el contrario, consta de manera palmaria que fue la decisión jurisdiccional anulatoria de la convocatoria la que determinó la causa del cese, como mera ejecución de la sentencia contencioso-administrativa, y en esa situación ya se ha dicho que el procedimiento extintivo adecuado es el previsto en la sentencia de contraste, esto es, el objetivo del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con las causas del 51, por analogía con los casos de fuerza mayor –*factum principis*–. En consecuencia, como no se cumplieron los requisitos que para tales despidos establece el artículo 53 ET, la única calificación que cabe realizar del despido practicado por la Administración en este caso es la de nulidad, tal y como se dice en el número 4 del citado artículo 53 ET y se sostiene en la sentencia de contraste. Por ello se ha de casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el de esta clase interpuesto por la recurrente, declarándose nulo su despido con las consecuencias inherentes a tal declaración, manteniendo por lo demás la desestimación del

> recurso de suplicación interpuesto en su día por el Servicio Canario de Empleo, sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre las costas."

La **STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2007** (recurso 2090/2007), I.L. J 2399, al analizar la nulidad de un despido, se centra en establecer si la derogación de la Disposición Adicional Décima (límite máximo de edad para trabajar) del Estatuto de los Trabajadores, supone la prohibición de que los Convenios Colectivos contengan cláusulas de esta naturaleza, o bien se trata de una simple deslegalización de la materia que no ha de impedir que los Convenios sigan regulando en el futuro edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos.

Razona el Tribunal:

> "Se entenderán nulos y sin efecto (...) las cláusulas de los convenios colectivos (...) que contengan discriminaciones (hoy 'directas o indirectas') desfavorables por razón de edad. Esos dos preceptos estatutarios, cuyo espíritu es el mismo –aunque ahora con rango de Ley– que el de la citada Orden Ministerial, implican que recobre actualidad la jurisprudencia establecida bajo la vigencia de la referida Orden, que atribuía al derecho subjetivo al trabajo, la naturaleza de 'mínimo de derecho necesario absoluto'. Por lo que no es actualmente posible establecer en los Convenios Colectivos cláusulas de jubilación forzosa."

La **STS de 13 de noviembre de 2007,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 2154/2007), I.L. J 2323, determina la nulidad del despido efectuado a una trabajadora en período de permiso por lactancia.

La Sala fundamenta el fallo en su FJ 4º: "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".

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 15 de octubre de 2007** (recurso 519/2007), I.L. J 2432, determina la nulidad del despido disciplinario efectuado a un trabajador, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la indemnidad.

La Sala Fundamenta el fallo, en su FJ 2º, alegando que

> "En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos. En este ámbito la prohibición del despido también se desprende del artículo 5.c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985), que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo 'el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes'. Y, más concretamente, como razonara la STC 14/1993, la garantía de indemnidad que otorga el artículo 24.1 CE se extiende asimismo a los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, pues de otro modo se dificultaría la plena efectividad del derecho. Si se rechazara que los trámites previos estén provistos del amparo constitucional que deriva de ese derecho, quien pretendiese impedir o dificultar el ejercicio de una acción en la vía judicial tendría el camino abierto, pues para reaccionar frente a ese ejercicio legítimo del derecho a la acción judicial por parte del trabajador le bastaría al empresario con actuar en el momento previo al planteamiento de ésta."

De otro lado, numerosas sentencias revocan las sentencias de instancia y desestiman la nulidad de los despidos. Así, la **STS de 27 de diciembre de 2007,** Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 830/2007), I.L. J 2212, y la **STSJ del País Vasco de 13 de noviembre de 2007** (recurso 2254/2007), I.L. J 2324, desestiman la nulidad de sendos despidos ante la falta de aportación de indicio razonable de existencia de lesión del derecho a la asociación sindical, así como la inexistencia de violación del derecho a la indemnidad, ante la falta de conocimiento de la empresa de las reivindicaciones denunciadas por los actores.

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) Concepto de sindicato más representativo. b) Actividad sindical. c) Obligación de negociar acuerdos extraestatutarios. d) Derecho de negociación y legitimación del sindicato. B) Conducta antisindical y vulneración del derecho. a) Despido nulo por vulneración del derecho de libertad sindical. b) Despidos nulos por razón de afiliación sindical. c) Vulneración de derechos de delegado sindical: desestimación. C) Principio de indemnidad económica. **2. Representación unitaria.** A) Censo electoral y listas electorales. Vulneración del derecho a la intimidad personal. Desestimación. **3. Conflictos colectivos.** A) El proceso de conflicto colectivo: objeto. B) El proceso de conflicto colectivo: legitimación. C) El proceso de conflicto colectivo: efectos. D) Conflicto colectivo y Mercado Común **4. Huelga.** A) Derecho de huelga: titularidad. B) Efectos de la huelga: el descuento salarial.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de 2007 de la Revista *de Información Laboral-Jurisprudencia*.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido y alcance

a) Concepto de sindicato más representativo

A menudo se plantean conflictos colectivos para determinar la interpretación que deba darse a preceptos convencionales que en ocasiones se limitan a reproducir conceptos co-

munes en la literatura jurídica, pero muy dinámicos y conflictivos porque inciden en el núcleo de la representatividad y, con ello, en el ejercicio mismo de la libertad sindical.

Tal sucede con el supuesto analizado por la **STS de 10 de octubre de 2007,** I.L. J 1800, que al objeto de determinar el número de liberados sindicales que corresponde efectuar, dentro del ámbito funcional y territorial del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad Autónoma Canaria, hace aplicación del artículo 1281 CC, estableciendo que, la mayor representatividad debe entenderse hecha "en proporción a los resultados de las elecciones sindicales para el personal laboral de la Comunidad Autónoma y no a los resultados globales de las celebradas a nivel estatal o autonómico", en razón a los principios de igualdad, proporcionalidad y adecuación al caso que deben regir la materia. De mantenerse lo contrario, se excluiría sin razón a las organizaciones recurrentes, que suman más del 40% de los electores, de las funciones que tienen encomendadas "en pro de todos los trabajadores de la empresa y en cuyo favor se realizan las funciones de representación, de interlocución y demás que a los sindicatos más representativos atribuyen los artículos 6.3 y 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985".

b) Actividad sindical

Se plantea la posible vulneración de la libertad sindical (artículo 28 CE), por parte de los propios representantes de los trabajadores, cuando no se permite la participación de determinados sindicatos en las comisiones o comités que se creen en el ámbito de un convenio colectivo, o con ocasión de algún pacto o acuerdo, bien sea por no ser sindicato firmante del convenio colectivo, bien sea por cuestiones de representatividad o proporcionalidad.

En este sentido, se puede observar la **STSJ de Aragón de 31 de octubre de 2007**, I.L. J 2411, en la que se plantea un recurso por los sindicatos MCA-UGT, CC.OO y OSTA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Zaragoza, en la que se fallaba a favor del sindicato IA-TIB, estableciendo la anulación del acuerdo del Comité de Empresa, por el que se establecía la composición de la Comisión de Asuntos Sociales, en la que no se integraba a ningún miembro del sindicato demandante. El Tribunal entiende que se ha vulnerado el derecho de libertad sindical y desestima el recurso interpuesto. La razón en la que fundamenta esto es que el Reglamento de funcionamiento interno establece el respeto a la proporcionalidad en la composición en función de los resultados de las elecciones sindicales. Se plantea el Tribunal, junto a esta cuestión (por la que le da la razón al sindicato IA-TIB), si además se vulnera la libertad sindical por cuanto se trata, la Comisión de Asuntos Sociales, de una comisión negociadora, en la que se debe permitir la participación de todos los sindicatos aunque no sean firmantes del convenio (como era el caso). En este caso, el Tribunal, siguiendo la doctrina asentada del Tribunal Constitucional en la Sentencia 184/1991 y la del Tribunal Supremo en las Sentencias de 10 de febrero de 1992 y de 15 de diciembre de 1994, entiende que la comisión en cuestión no regula *ex novo* condiciones colectivas de trabajo, ni modifica de manera sustancial las preexistentes,

sino, más bien, se limita a desarrollar o interpretar el contenido del convenio, por lo que se trata de una comisión administrativa y no de una comisión negociadora.

En un sentido parecido, en relación con la participación de determinados sindicatos en las comisiones de seguridad y salud en el trabajo hay que ver la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de octubre de 2007,** I.L. J 2434, en la que se recoge el recurso de CCOO y de UGT, contra la sentencia del Juzgado de lo Social por la que se estimaba la demanda interpuesta por el sindicato CGT, por vulneración de la libertad sindical, en relación con el acuerdo del comité de empresa en el que se designaban los delegados de prevención pertenecientes al comité de seguridad y salud en el trabajo, sin designar a ninguno del sindicato CGT. El Tribunal se plantea las posibles vías por las que debería ser designado un delegado de prevención de este sindicato. Sin embargo, por ninguna de las dos vías posibles se determina la vulneración de la libertad sindical (artículo 28 CE), y por ende la estimación del recurso interpuesto por los sindicatos recurrentes. En relación con la primera de las posibles vulneraciones, se hace alusión a la normativa laboral interna de la empresa. De esa normativa se deduce que la designación de trabajadores que formarán parte del Comité Provincial de Seguridad e Higiene en el trabajo, se realizará en la proporción correspondiente, pero no dice que dicha proporción tenga que ser necesariamente la misma que la contemplada en la distribución de los cargos del Comité de Empresa. En relación con la segunda vía, para argumentar la vulneración de la libertad sindical, se analiza en la sentencia la posibilidad de que se mantenga la proporcionalidad de este órgano en virtud de la doctrina establecida, según la cual, los sindicatos integrantes del Comité de empresa, tendrán derecho a participar en todas las comisiones de trabajo, siempre que la representatividad permita hacerlo en atención al número de miembros de cada comisión. En cambio, este derecho no se entiende para las comisiones de seguridad y salud laboral. La Sentencia del Tribunal Supremo de casación para la unificación de doctrina de 30 de abril de 2001 ha establecido específicamente en relación a esta cuestión que "el comité aludido es el órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos (…)". Carece, por tanto, esta comisión de capacidad negociadora. De esta forma, la exclusión del sindicato no atenta contra la libertad sindical.

c) Obligación de negociar acuerdos extraestatutarios

La libertad sindical no ampara la negociación colectiva llevada al margen de lo dispuesto en las previsiones del Título III del Estatuto de los Trabajadores, donde rige el principio de autonomía de la voluntad y el derecho de las partes a no negociar.

Así lo entiende la **STS de 18 de septiembre de 2007**, I.L. J 1820**,** que bajo la cobertura procesal del proceso de tutela de libertad sindical, en la vertiente del derecho a la negociación colectiva, rechaza el recurso de sindicato que se considera marginado en determinados acuerdos con la empresa por no ser llamado o impedírsele la intervención en tal tipo de negociaciones. Tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 107/2000) sobre el contenido del derecho de libertad sindical en el sentido de que sólo se lesiona tan fundamental derecho en los casos en que "la reducción incida realmente en el derecho a la actividad sindical y tenga lugar de modo arbitrario, antijurídico y ca-

rente de toda justificación", llega la Sala con toda contundencia a reiterar que los pactos impropios carecen de regulación particular, están sujetos al principio de la autonomía de la voluntad y, por tanto, a las reglas del derecho civil común.

En suma, la empresa goza de absoluta libertad para seleccionar a su interlocutor en la negociación extraestatutaria, sin que el sindicato recurrente pueda hacer valer un derecho de participación que no le asiste.

d) Derecho de negociación y legitimación del sindicato

La respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos. Así se expresa la **STS de 8 de octubre de 2007,** I.L. J 1825, que contiene la doctrina al respecto del interés directo y legítimo del sindicato, fijando la diferencia entre uno y otro, para finalmente determinar que "la legitimación para impugnar decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario requiere, además, que exista un vínculo concreto entre los fines del sindicato y el objeto del debate en el recurso".

Es, pues, determinante que exista nexo entre el sindicato y el fondo del asunto tratado en la litis, sin que quepan invocaciones genéricas acerca de la supuesta legitimación. Tampoco basta con "lanzar (*sic*) al Tribunal un elevado número de pronunciamientos, sino que es preciso analizar cómo en el supuesto preciso se ha vulnerado la jurisprudencia invocada". Por tanto, el interés legítimo implica la necesidad de vínculo con el contenido de la pretensión. Al verificarse una pura defensa de legalidad, se deniega legitimación a la Federación Sindical recurrente y se confirma el Decreto autonómico sobre elección de centro y criterios de admisión de alumnos sostenidos con fondos públicos, al no acreditar el necesario vínculo entre los fines del sindicato y el objeto del debate.

En igual línea, la **STS de 15 de octubre de 2007,** I.L. J 1827, nos recuerda que es consustancial a nuestro sistema la distinción entre legitimación *ad procesum* y *ad causam* y que el criterio de delimitación ente ambas, fundado en la existencia de un derecho o interés legítimo [artículo 19.1.a) de la LJCA de 1998] como superador del inicial interés directo (artículo 28 de la LJCA de 1956), en el orden contencioso-administrativo ha sido reiteradamente declarado por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 60/2001, 203/2002 y 10/2003. Y en el concreto ámbito sindical, la STC 358/2006 ha fijado que no basta con invocar una "función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, sino que debe existir además un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato y el objeto del debate (…) traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado".

Aspecto esencial este que, al faltar en el supuesto enjuiciado, debe merecer su rechazo, por cuanto no se da en pleito en que se alegan tanto defectos de procedimiento (falta de dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado) como sustantivos (infracción de los principios constitucionales de reserva de ley y de igualdad).

B) Conducta antisindical y vulneración del derecho

a) Despido nulo por vulneración del derecho de libertad sindical

A pesar de la larga tradición jurisprudencial existente en relación con la determinación del despido como nulo, cuando trae su causa en el ejercicio de la libertad sindical establecida constitucionalmente, todavía existen en la actualidad supuestos en los que podemos encontrar situaciones, aunque de forma encubierta, de despido de trabajadores derivadas de su actividad sindical y que se articula como represalia ante esta actividad. Esto es lo que se conoce, en el campo de las relaciones laborales, como garantía de indemnidad y que se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos. Así lo ha recogido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 14/1993, de 18 de enero.

Tal es el caso de la **STSJ del País Vasco de 13 de noviembre de 2007**, I.L. J 2324. Se trata de un supuesto en el que una trabajadora se presenta a las elecciones sindicales, y aunque no sale elegida, es despedida. Varias son las conclusiones a las que llega el Tribunal en este caso para determinar la vulneración de este derecho. Primero, en la carta de despido, la empresa no se molesta ni en señalar cuándo y en qué condiciones se producen aquellos incumplimientos de desobediencia, horario y asistencia que se imputan para despedirla, y, segundo, hay un cúmulo de datos (se trataba de las primeras elecciones sindicales, el padre de la actora había sido gerente, la empresa era pequeña, quien fue elegido delegado sindical fue despedido,…), que revelan la existencia de esa represalia. Junto a esto el Tribunal establece que la garantía de la indemnidad incluye la actuación represaliadora por tal actividad, ya sea antes (como es el caso que se presenta) o después de las elecciones, además, en la sentencia se hace alusión a la distribución de la carga de la prueba. En estos casos, el demandante tiene que acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha y el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos.

b) Despidos nulos por razón de afiliación sindical

La garantía de indemnidad se aplica también si al supuesto de despido colectivo en el que el empresario selecciona a los trabajadores de entre los afiliados a un determinado sindicato, que con carácter previo ha negado el acuerdo del expediente de regulación de empleo (ERE).

En este sentido hay que hacer referencia a la **STS de 27 de diciembre de 2007**, I.L. J 2212, que recoge un recurso de casación para la unificación de doctrina. En este caso el Tribunal desestima el recurso interpuesto por SEAT, SA contra don Humberto, don José Ramón (afiliados a CGT) y doña Remedios, y la sentencia de contraste que se propone no es admitida, por cuanto no existe identidad de hechos. Se trata de un supuesto en el que ante un ERE el número de despedidos del sindicato CGT es sensiblemente mayor al del resto de sindicatos con los que se acuerda la medida. El Tribunal entiende, además, que se da la circunstancia de que dicho sindicato no suscribió el pacto al que se llegó por el ERE, de lo que se deduce que hay indicios razonables de actuación antisindical. Por

ello, se declaran los despidos nulos, tal y como había establecido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

En relación con el mismo ERE, aparece la **STS de 21 de diciembre de 2007,** I.L. J 2271, en el que ante la falta de contradicción, desestima el recurso el Tribunal Supremo y declara, por tanto, la nulidad del despido de los trabajadores de SEAT, SA afiliados al sindicato CGT. En este caso, el Tribunal decide la existencia de discriminación, en base, no a la represalia tomada por la falta de firma al sindicato no firmante del ERE, sino a la desproporción de los trabajadores despedidos que estaban afiliados al sindicato CGT.

c) Vulneración de derechos de delegado sindical: desestimación

El elemento clave en que se constituye la contradicción en el recurso de unificación de doctrina marca la **STS de 13 de diciembre de 2007,** I.L. J 2157. Tras fijar el núcleo de tan sustancial requisito no en la comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias sino en la oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, hace aplicación de tal criterio al supuesto que examina en el estudio de tres apartados. En el primero, se constata la condición de delegado sindical del actor en empresa de 80 trabajadores, cuyo convenio le reconoce tal condición "aunque no cumple los requisitos del artículo 10.1 LOLS: disfruta de dos días mensuales de garantía sindical"; se celebran elecciones para el Comité de Empresa y surgen las discrepancias. En el segundo, se cita y resume la sentencia de contraste: empresa de la industria del textil que reduce su personal en más de 100 trabajadores y que tras el ajuste rechaza la designación de un trabajador como delegado sindical argumentando que la representación del sindicato no superaba el 10% de los afiliados.

Conclusión (que se expresa en el tercer apartado): no concurre en definitiva el presupuesto de contradicción; en primer lugar, porque entre ambos casos no existe la mínima identidad al tratarse de profesiones y convenios distintos, y, después, porque se enjuician supuestos diversos: de reconocimiento sin cumplimiento de requisitos en la sentencia recurrida y de falta de reconocimiento por disminución de afiliados en la de contraste. Como es de ver, no se entra en el fondo del asunto y se nos priva de conocer si a juicio del Alto Tribunal se ha dado vulneración del derecho a la actividad sindical que la Sala de suplicación previamente había rechazado.

C) Principio de indemnidad económica

El tiempo que invierte un representante de los trabajadores en la negociación de un convenio ha de ser retribuido, pero tal derecho a la integridad del salario origina multitud de controversias debido, entre otras razones, a la ficción jurídica que entraña su concreción. Si a una posible merma económica se le une un factor de "represalia", con daños a la función representativa que ampara el derecho a la libertad sindical, nos encontramos en presencia de una eventual acción reparadora que autorizan los artículos 180.1 LPL y 15 LOLS.

Tal es el supuesto que analiza la **STS de 2 de octubre de 2007**, I.L. J 2020. Sobre el salario debido, pretende el actor la inclusión de un complemento de productividad individualizada que remunera las horas extraordinarias por trabajo itinerante, articulando a tal propósito un primer motivo cuya discrepancia radica en los conceptos a considerar en tal retribución, ya que hay conformidad tanto en el número de horas invertidas como en su naturaleza retribuida. Desestimado en la instancia, la Sala de suplicación sostiene que en el supuesto de autos "no cabe la equiparación a la peor situación posible" en que la remuneración corresponde al horario de trabajo más frecuente, evitando situaciones de excepcionalidad. En este punto se desestima el recurso interpuesto por la empresa, manteniéndose incólume el derecho del representante a la indemnidad retributiva.

En cambio, no debe incluirse la dieta que percibe: primero, porque el representante durante la negociación del convenio realiza sus comidas en casa o en el lugar de su residencia habitual y, sobre todo, porque su naturaleza es extrasalarial y ha de estarse a la doctrina, según la cual "debe percibirse el mismo salario que tenía en servicio activo, pero no puede percibir indemnización compensatoria por un desplazamiento no realizado" (SSTS de 20 de mayo de 1992, recurso 1634/1991 y 9 de mayo de 2001, recurso 1855/2000).

Finalmente sobre la indemnización, no cabe invocar con fundamento el "eventual descrédito del trabajador y del sindicato", toda vez –resumiendo la doctrina jurisprudencial– entiende la Sala que la indemnización no se deriva automáticamente de la mera declaración lesiva (1), sino de la acreditación de un daño efectivamente producido (2) mediante la indicación de hechos o de indicios precisos que posibiliten una mínima concreción de sus bases y elementos clave (3).

En el presente caso, se desestima toda suerte de resarcimiento por cuanto no existe prueba alguna de "conducta prepotente de la empresa" ni de hechos indiciarios del supuesto desprestigio del actor y del sindicato al que pertenece. Sólo se trata del "sostenimiento de una determinada posición en una controversia jurídica de no fácil solución".

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Censo electoral y listas electorales. Vulneración del derecho a la intimidad personal. Desestimación

La cuestión controvertida se refiere a la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el Sindicato de Empleados de la CAIXA (SECPB), dirigida contra la CAIXA y contra las centrales sindicales CCOO y UGT, LAB, ELA, CSICA y el sindicato CIG, que perseguía esencialmente la declaración de que el único sistema de publicidad del censo electoral es el censo prescrito por el artículo 76.3 ET, esto es, la que se produce exclusivamente entre los trabajadores (y a través de ellos los sindicatos presentes en La Caixa), mediante su publicación en el tablón de anuncios o sistema análogo que tenga establecido, sin que sea legalmente exigible su entrega material a terceros ajenos a la empresa o a sindicatos que no tengan presencia en ésta a través de trabajadores afiliados.

El conflicto colectivo es resuelto por el Tribunal Supremo en **STS de 27 de septiembre de 2007**, I.L. J 1853, que lo desestima con fundamento en los siguientes argumentos. En primer lugar, se indica que el artículo 74.3 ET, igual que la mayoría de las normas de la Sección Segunda del Capítulo I de su Título II, constituye una clara previsión de derecho necesario. Ahora bien, ello no supone que su contenido mínimo no pueda ser mejorado por la negociación colectiva en aras de mayores garantías y de una mejor y más completa participación de todos los sujetos implicados, que participen o aspiren a participar en la elección de representantes unitarios de los trabajadores, en especial de los entes sindicales con implantación o presencia en el seno de la empresa, máxime si reparamos en que, como pone de relieve el escrito de impugnación de CCOO, la dispersión y el alto número de centros de trabajo que se dan en el sector de las entidades de ahorro y el reducido número de trabajadores destinados en cada uno de ellos, entre otras circunstancias, podría haber sido la principal razón por la que se pactó la entrega de los censos para que los sindicatos pudieran ejercer su labor de preparación de las candidaturas e incluso controlar el correcto contenido del propio censo. Precisamente, los sujetos colectivos implicados, incluido el sindicato SECPB, habían suscrito el Acuerdo que obligaba a la empresa a facilitar los censos provisional y definitivo a los promotores y a los sindicatos en ella presentes, y no consta que dicho pacto haya sido directamente impugnado a ese particular respecto.

En segundo término, se alega que incluso dejando al margen el Acuerdo y atendiendo exclusivamente al ámbito de las obligaciones derivadas del artículo 74.3 del ET, el modo de publicar la lista de electores que en dicho precepto se establece ("en los tablones de anuncios mediante su exposición durante un tiempo no inferior a setenta y dos horas"), constituyendo por supuesto una obligación ineludible que incumbe en exclusiva a la Mesa Electoral, no puede considerarse el único sistema de publicidad del censo.

A lo anterior se debe añadir que las organizaciones sindicales, en el ejercicio de la libertad sindical que consagra el artículo 28.1 CE, además del derecho a promover elecciones según lo previsto en el artículo 67.1 ET, tienen expresamente reconocido, entre otros, y formando parte del ejercicio de su actividad sindical, el derecho a la presentación de candidaturas para la elección de representantes unitarios –artículo 2.2.d) LO 11/1985. Desde esta perspectiva, encuentra plena justificación el Acuerdo para el desarrollo de elecciones sindicales 2005-2006 suscrito en la empresa demandada, en el que se hace constar su "(…) carácter complementario a las disposiciones que han sido promulgadas por la Ley 8/1980, del ET y el RD 1844/1994, de 9 septiembre".

Finalmente, se rechaza la vulneración del derecho a la intimidad personal del artículo 18.1 CE afirmando que, si la totalidad de los datos profesionales y personales que contienen los censos laboral y electoral de la empresa son objeto de la publicidad prevista y ordenada legalmente en el artículo 74.3 ET, lo que, sin perjuicio de la persecución de aquellas conductas concretas que pudieran sobrepasar los límites de las referidas leyes orgánicas, elimina la necesidad de solicitar y obtener un consentimiento personal específico como medio alternativo al contemplado en dichas normas, es claro que no se produce la

conculcación del artículo 18.1 CE por el simple hecho de que a tal publicidad se le pueda añadir otra complementaria, dirigida a determinadas entidades o agrupaciones, y con la exclusiva finalidad de facilitar su natural actividad sindical dentro de un muy concreto proceso electoral a representantes unitarios de los trabajadores. Sobre todo cuando, como antes se dijo, la mejora que constituye esa extensión de la publicidad es el producto de un pacto colectivo del que sin duda se beneficia también el sindicato demandante y que no consta impugnado en forma alguna.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) El proceso de conflicto colectivo: objeto

La **STS de 24 de septiembre de 2007**, I.L. J 1789, desestima el recurso de casación que interpuso el Comité de empresa del Canal de Isabel II frente al Auto de la Audiencia Nacional que declaraba su propia incompetencia para conocer del asunto, dado que carecía del necesario carácter de conflicto colectivo. En particular, se pretendía la anulación de la contratación de una trabajador por no haberse respetado el procedimiento previsto para ello en el Convenio Colectivo de empresa, pero como señalan tanto la AN como el TS, el objeto del proceso es referente a un único y determinado contrato de trabajo, por más que la demanda se fundamente en una supuesta vulneración de lo dispuesto en el Convenio Colectivo.

En la **STS de 10 de octubre de 2007**, I.L. J 1800, se resuelve sobre diversas cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias, relacionadas con la representación y número de liberados que habrían de corresponder a determinados sindicatos. Los recurrentes alegan la falta de contenido colectivo a los efectos del artículo 151.1 LPL, pues entienden que no existe ni un interés general necesitado de protección, sino un interés particular de los sindicatos que pretenden aquella mayor representación. El Tribunal, por el contrario, afirma que el objeto del proceso es precisamente la interpretación de una cláusula del Convenio Colectivo, que determinará a qué sindicatos deben atribuirse los liberados sindicales, lo que no afecta sólo a estos sindicatos, sino a todos los trabajadores, pues la figura del liberado precisamente sirve a los intereses generales de éstos.

La **STS de 7 de noviembre de 2007**, I.L. J 2014, analiza si se adecua al objeto del procedimiento de conflicto colectivo la reclamación dirigida a que se reconozca el derecho de los trabajadores de la empresa a percibir determinada cantidad que se entiende indebidamente compensada por lo que estima el recurrente es una inadecuada aplicación del artículo 14.2 del Convenio de industrias extractivas, industrias del vidrio e industrias de la cerámica. Tras un análisis detenido de la cuestión, entiende el Tribunal, oponiendo a la noción de "objeto virtual del proceso" (la interpretación del precepto del Convenio, que como tal sí participaría de las notas de afectación difusa e interés general) la de "objeto real". Este último es la determinación de si el salario superior que venían percibiendo algunos trabajadores era o no compensable o absorbible, lo que no constituye un problema colectivo y abstracto sino que afectará a una pluralidad de los trabajadores de cada

empresa, dependiendo en cada caso de la naturaleza de la mayor retribución que se viniera percibiendo. En consecuencia, no procede la tramitación por el procedimiento de conflicto colectivo.

B) El proceso de conflicto colectivo: legitimación

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su **STS de 3 de octubre de 2007**, I.L. J 1798, desestima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el sindicato CCOO frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional que, estimando la demanda del sindicato UGT, le concedía un segundo representante en la Mesa negociadora del convenio de empresas aseguradoras del sistema Mapfre, privando del que se había asignado a ELA. La Sala de lo Social reitera su doctrina, conforme a la cual "sólo la parte a la que la resolución de instancia resulta desfavorable, puede como perjudicado o agraviado por ella, utilizar los medios de impugnación que la ley concede para que se revoque o reforme, y entre ellos, destacadamente el recurso de casación, al carecer de interés y de legitimación para recurrir quienes no sufran ningún gravamen con la sentencia.

C) El proceso de conflicto colectivo: efectos

En la **STS de 29 de octubre de 2007**, I.L. J 2078, se estudian dos recursos frente a la STSJ de Valencia que condenaba a las empresas demandadas y ahora recurrentes al abono de una determinada cantidad de forma solidaria. La primera de estas empresas, GMSV, lo hace en calidad de cedente, y alega la superación del plazo de tres años previsto en el artículo 44.3 ET para la responsabilidad en tal circunstancia por las obligaciones anteriores a la cesión. La segunda de las empresas, IBM, entiende que la Sentencia recurrida ha aplicado incorrectamente el artículo 59 ET, pues no se ha computado el plazo de prescripción desde el nacimiento del conflicto. El Tribunal, reiterando su doctrina al respecto, señala que la existencia de procesos colectivos con el mismo objeto supone, respecto de los conflictos individuales, interrupción de la prescripción, y ello no porque se considere que la acción es la misma, sino por la concurrencia de dos razones fundamentales: por una parte, la resolución en que culmine el proceso colectivo es crucial para la suerte de las acciones individuales y, por otra, el hecho de que la acción colectiva engloba en su interior "la voluntad de ejercicio de la acción individual". A consecuencia de ello, el *dies a quo* necesariamente será el de firmeza de la sentencia colectiva.

D) Conflicto colectivo y Mercado Común

En la **STJCE de 18 de diciembre de 2007,** Asunto Laval, I.L. J 2045 (ver editorial en *Justicia Laboral* núm. 34) se planteó si los artículos 49 TCE y 3 de la Directiva 96/71 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un sindicato en un Estado Miembro intente obligar mediante una medida de conflicto colectivo a un prestador de servicios establecido en otro Estado Miembro a iniciar una negociación sobre las cuantías del salario.

Esta cuestión surge tras el desplazamiento de 35 trabajadores de una empresa letona –que se regían por el convenio de construcción de aquel país– para realizar unas obras de construcción en Suecia. Los sindicatos suecos instaron a la sociedad letona a adherirse al convenio vigente en Suecia y a negociar las condiciones salariales de los trabajadores desplazados. El fracaso de las negociaciones derivó en medidas de conflicto colectivo frente a Laval, que impidieron la finalización de la obra contratada. Es importante recordar que en Suecia no existe disposición legal que fije la cuantía del salario mínimo, quedando la determinación de los niveles salariales derivada a la negociación colectiva.

El TJCE ha señalado que la Directiva 96/71 no puede interpretarse en el sentido de permitir al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima y, por tanto, declara contraria al ordenamiento comunitario la actuación seguida por los sindicatos suecos.

4. HUELGA

A) Derecho de huelga: titularidad

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de estudiar, con ocasión de varios recursos, la constitucionalidad del apartado segundo del artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y deberes de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre. En el citado precepto se establecía que los extranjeros "cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga", restringiendo por tanto el citado Derecho Fundamental para aquellos que carecieran de permiso de trabajo, lo que por varios recurrentes (64 diputados y varios gobiernos autonómicos) plantearon hasta seis recursos de inconstitucionalidad, resueltos por las **SSTC 259/2007, de 19 de diciembre, 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007, 264/2007 y 265/2007, de 20 de diciembre**, I.L. J 2105 a 2111.

La primera de las citadas resoluciones, en la que se contienen los fundamentos jurídicos a los que se remiten las restantes, resuelve el recurso que interpuso la Junta de Andalucía y en ella se rechaza el argumento esencial de la abogacía del Estado para sostener la constitucionalidad de la restricción del derecho, consistente en afirmar que si un determinado extranjero no puede ser trabajador difícilmente puede reconocérsele un derecho para el que esa condición opera como requisito previo. El Alto Tribunal entiende que a los efectos de la tutela de los derechos fundamentales el concepto de trabajador debe ser material y, por tanto, entender incluida a toda persona que preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, sin que sea relevante la legalidad o ilegalidad de dicha situación, pues cualquier otra solución sería contraria al artículo 28.1 CE, "interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España, en particular el artículo 8.1.d) PIDESC (Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales)". En consecuencia, se declara la nulidad por inconstitucionalidad del inciso "cuando estén autorizados a trabajar".

B) Efectos de la huelga: el descuento salarial

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de reiterar su jurisprudencia relativa al efecto de la huelga sobre el plus de asistencia en su **STS de 25 de noviembre de 2007,** I.L. J 2065. En ella se analiza un recurso contra la Sentencia del TSJ del País Vasco que estimó la demanda de conflicto colectivo planteada frente a la decisión del empresario de no abonar el plus de asistencia a determinados trabajadores por haber realizado una huelga que duró una sola jornada, aplicando el criterio interpretativo del departamento de recursos humanos sobre un acuerdo de empresa extraestatutario que ya no estaba vigente, aunque la empresa había continuado aplicando las retribuciones en él pactadas. El Tribunal Supremo rechaza el recurso por cuestiones procesales, pero expresamente destaca el acierto de la sentencia impugnada en cuanto al fondo, declarando que no es posible equiparar las ausencias por motivo de una huelga legal a aquellas otras que carezcan de justificación cuando en la negociación colectiva no se haya establecido expresamente, pues ello supone una interpretación contraria al contenido del derecho constitucional a la huelga.

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. Límites. 3. Concurrencia de convenios colectivos. 4. Duración. 5. Impugnación "directa" del convenio colectivo. 6. Convenios colectivos "extraestatutarios".

Las sentencias reseñadas aparecen reproducidas en los números 13 a 16, ambos incluidos, de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, 2008, de Lex Nova. Salvo la del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2007, relativa a las circunstancias bajo las que cabe puede ser objeto de impugnación de oficio un convenio extraestatutario, abordan cuestiones sobre las que ya existe un abundante número de decisiones judiciales, cuyos criterios siguen a la hora de resolver aquéllas.

1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

No puede invocar que se haya producido vulneración de la legitimación con que contaba quien renuncia expresamente a participar en la comisión negociadora tras haber sido convocado oportunamente para formar parte de ella y ocupar "los puestos en la misma que en base a (*sic*) su representatividad le fueron reconocidos" (**STS de 19 de septiembre de 2007**, I.L. J 1908).

2. CONTENIDO "NORMATIVO" DEL CONVENIO COLECTIVO. LÍMITES

Respeto del principio de igualdad. Conculca este principio la cláusula que establece un complemento de antigüedad de diferente importe y atendiendo, exclusivamente, a la fecha de ingreso en la empresa. Así, **STS de 27 de septiembre de 2007,** I.L. J 1794:

> "En el presente caso la diferencia de trato no aparece justificada más que en la distinta fecha de ingreso de unos y otros trabajadores en la empresa, sin que se haya acreditado un pretendido fomento del empleo y sin que concurra ninguna otra motivación basada en circunstancias objetivas legalmente lícitas, socialmente razonables y económicamente, tanto cuantitativa como cualitativa, equilibradas y compensadas, que pudiera justificar la diferencia entre empleados antiguos y modernos."

Respeto de la libertad sindical. Conculca este derecho fundamental la cláusula que limita el derecho a contar con liberados sindicales a los sindicatos firmantes del convenio, excluyendo que pueda disfrutar de igual ventaja el sindicato que, aunque no participó en la negociación por carecer de legitimación en el momento de la constitución de la comisión negociadora, adquirió la representatividad que le hubiese permitido hacerlo poco después, con anterioridad a la firma de aquél. A la hora de proceder a la distribución de los puestos de liberados sindicales la referida cláusula debería haber tomado como criterio rector el de la distribución en proporción a la representatividad de cada sindicato en el ámbito del convenio (**STS de 18 de septiembre de 2007**, I.L. J 1886).

3. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS

Como manifiesta la STS de 8 de junio de 2005 (recurso 100/2004), "el efecto derivado de la prohibición de concurrencia no debe ser la nulidad del convenio colectivo invasor, sino la declaración de su inaplicación temporal". Pues bien, no libera al juzgador de pronunciarse sobre ésta el hecho de que en la demanda se solicite únicamente aquella nulidad. En la pretensión que solicita la nulidad del convenio colectivo invasor "queda englobada y comprendida la cuestión relativa a la posible ineficacia aplicativa de tal convenio"; por lo tanto, cuando el fallo rechace lo primero ha de decidir, necesariamente, so pena de incongruencia, sobre lo segundo (**STS de 27 de noviembre de 2007**, I.L. J 2243).

No es causa suficiente para rechazar la negociación a la que se es invitado a participar la invocación de la concurrencia entre el convenio que se pretende concluir y otro anterior en vigor. "La concurrencia de convenios es cuestión a plantear una vez que publicado el convenio se conozca su ámbito de aplicación, pues es éste el que determinará la ineficacia aplicativa del mismo en cuanto pueda afectar al ámbito de otro convenio vigente" (**STS de 19 de septiembre de 2007**, I.L. J 1908).

Aunque el artículo 84 del ET permite (párrafo segundo) negociar un convenio de ámbito superior a la empresa que afecte a lo dispuesto en otro de ámbito superior, "esta ampliación del campo negociador no es ilimitada, ya que se restringe respecto a una serie de materias, expresamente consideradas no negociables en ámbitos inferiores", en el párrafo tercero del propio artículo; entre ellas, el régimen disciplinario. En consecuencia, son nulos, por ilegales, los preceptos del convenio sectorial autonómico que proceden a la regulación de dicho régimen bajo la vigencia de un acuerdo estatal de igual sector que no permite semejante actuación (**STS de 19 de julio de 2007**, I.L. J 1959).

4. DURACIÓN

Efectos retroactivos de los incrementos retributivos. Han de extenderse a todos los trabajadores que hayan prestado sus servicios durante el período afectado por la retroactividad. No cabe excluir a aquellos cuyo contrato de trabajo se hubiese extinguido en el

momento de la general entrada en vigor del convenio. Así, con cita y apoyo en el criterio de la STS de 22 de julio de 1997 (recurso 178/1997), **STS de 13 de noviembre de 2007,** I.L. J 2123:

> "En dicha sentencia (…), referida al carácter retroactivo de los incrementos salariales establecidos en convenio colectivo, se dijo ya que 'como regla general (…) cuando el convenio fija con efectos retroactivos una determinada fecha de vigencia en materia salarial, ésta es aplicable a todos los trabajadores que en tal fecha prestaban sus servicios en la empresa, aunque los contratos se hubieran extinguido antes de la publicación del convenio'. Es cierto que dicha sentencia examinó un supuesto en el que no existía una cláusula expresa de exclusión o inaplicación como ocurre en el presente caso y margina expresamente de su análisis tal eventualidad, pero ello no impide que esta Sala comparta el principio general expuesto."

5. IMPUGNACIÓN "DIRECTA" DEL CONVENIO COLECTIVO

De oficio. Con carácter general, sólo pueden impugnarse por este cauce los convenios colectivos estatutarios. Sin embargo, bajo ciertas circunstancias, también podría llegar a ser objeto de impugnación, sin que por ello deba declararse la inadecuación de procedimiento, un convenio extraestatutario. Dicha declaración queda reservada para "aquellos casos en que se pretenda combatir por el cauce de los artículos 161 y 162 LPL un convenio que, o ya ha sido reconocido expresamente como extraestatutario por las partes signatarias, o puede ser calificado como tal *prima facie* y sin más averiguaciones". En cambio, no cabe "cuando el carácter extraestatutario del pacto impugnado no es apreciable a primera vista, y sólo se revela a lo largo del procedimiento, bien porque en juicio se reconozca como tal por las partes que lo negociaron, bien porque así quede acreditado con la prueba practicada; en tales casos deberá recaer el pronunciamiento sobre el fondo que corresponda, en atención a la pretensión deducida y al dato (…) de que la impugnación por la Autoridad laboral se haya producido antes o después de registrado y publicado el convenio". En este sentido:

1) Si el convenio impugnado, cuya naturaleza extraestatutaria sólo se aprecia al final del proceso, no hubiese sido todavía objeto de registro y publicación, el fallo de la sentencia debería *limitarse* a declarar aquélla, "con las consecuencias inherentes a tal declaración, de que no deberá ser ya ni registrado ni publicado (…) como estatutario y carecerá de la eficacia general o *erga omnes* que el artículo 82.3 ET otorga sólo a los convenios de tal clase". Todo ello sin perjuicio "del derecho de quienes ostentan la legitimación activa que reconoce el artículo 163 LPL para combatirlo por los trámites del conflicto colectivo".

2) Por el contrario, si el referido convenio ya hubiese sido registrado y publicado, el fallo habrá de pronunciarse sobre la pretensión ejercitada en la demanda de oficio, relativa a su nulidad total o parcial de aquél por conculcar la legalidad o lesionar gravemente el interés de terceros. En efecto, el referido pronunciamiento respecto a un convenio inscrito y publicado como estatutario y que ha quedado demostrado que no lo es resulta obligado "para eliminar la presunción de validez y legalidad que se deriva de dicha publicación".

Aparecen los anteriores razonamientos en la **STS de 12 de diciembre de 2007,** I.L. J 2292.

6. CONVENIOS COLECTIVOS "EXTRAESTATUTARIOS"

Su negociación excluyendo a algún sindicato no constituye vulneración del derecho de libertad sindical. Ni la empresa ni el sindicato o sindicatos que intervengan en la negociación están obligados a aceptar la petición de aquél de formar parte de la comisión negociadora. Tal es el criterio que aparece, con prolijo razonamiento, en la **STS de 18 de septiembre de 2007,** I.L. J 1820:

> "La cuestión (…) que se plantea es la de decidir si en una negociación colectiva llevada a cabo al margen de las previsiones que sobre negociación de las condiciones de trabajo colectiva contienen los artículos 82 y siguientes del ET puede calificarse de atentatoria al derecho fundamental de libertad sindical la actitud de una empresa y de unos sindicatos que llegan a acuerdos en el ámbito de aquélla sin contar con otro sindicato que tiene una determinada implantación en el seno de la misma (…)".

En el presente caso el sindicato demandante

> "reclamó participar en unas negociaciones que culminaron en pactos o acuerdos y fue rechazado, en otras ocasiones se le admitió y en otras ni siquiera reclamó participar, por lo que, en principio, pudiera afirmarse que vio mermada su posibilidad de actividad sindical por parte de la empresa y los demás negociadores; pero, a la hora de decidir si en realidad puede de ello deducirse un atentado a su derecho a la libertad sindical, es preciso tener en cuenta que aquellos acuerdos en los que no se le permitió participar tenían la condición de pactos impropios o extraestatutarios (…)", sometidos a las reglas del derecho común y, por lo tanto, al principio de autonomía de la voluntad.
>
> (…) en la negociación colectiva extraestatutaria, el derecho de negociación colectiva que todo sindicato tiene ha de compaginarse con el principio de autonomía de la voluntad que los demás negociadores tienen igualmente reconocido por las leyes –artículo 38 CE en el caso de la libertad de la empresa para negociar con quien considere oportuno, y artículos 1069 y siguientes y 1254 y siguientes del Código Civil, en relación con todos los negociadores de tales pactos privados–. En esta situación, como dijo de forma expresa el TC en su Sentencia 121/2001, de 4 de junio, (…) 'la singularidad más relevante de este modelo de negociación de eficacia limitada se cifra en la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor', criterio que ha sido reconocido y reiterado también por esta Sala (…).
>
> En definitiva, en el presente caso, en el que la normativa estatutaria no rige, la pretensión del sindicato demandante de que se le dé participación en una negociación colectiva ha topado con el derecho de las demás partes a no negociar con él, y este derecho no signi-

fica negarle el derecho a negociar que tiene, sino hacer uso de la libertad que las demás partes tienen, pues aquel derecho a negociar del sindicato termina donde comienza el derecho a la libertad de negociación de aquellos otros, de conformidad con las reglas del Código Civil que rigen este tipo de negocios situados al margen del Estatuto de los Trabajadores".

Sobre las circunstancias particulares bajo las cuales puede llegar a conocerse a través de la demanda de oficio la impugnación de un convenio colectivo extraestatutario (artículos 161 y 162 de la LPL), **STS de 12 de diciembre de 2007,** I.L. J 2292.

Javier Gárate

IX. SEGURIDAD SOCIAL

Sumario:

1. Fuentes. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento. 4. Gestión. 5. Financiación. 6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. A) Concepto de accidente. B) Recargo de prestaciones. C) Indemnización en concepto de responsabilidad civil. D) Imprudencia temeraria/Imprudencia no temeraria. E) Enfermedad intercurrente. F) Enfermedad profesional. 9. Régimen económico, responsabilidad y garantía de las prestaciones. 10. Asistencia sanitaria. 11. Incapacidad temporal. 12. Maternidad. 13. Regímenes especiales. 14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de Seguridad Social.

1. FUENTES

La **STS de 18 de diciembre de 2007,** I.L. J 2047, establece que las disposiciones del Anexo III, partes A) y B), punto 35, letra e) del Reglamento 1408/71 son incompatibles con los artículos 39 y 42 CE ya que permiten condicionar, a efectos del abono de prestaciones de vejez, períodos de cotización al requisito de que el beneficiario resida en un determinado país miembro.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

No existe jurisprudencia en la materia.

4. GESTIÓN

Aunque el Tribunal Supremo desestima la demanda por falta de identidad merece la pena mencionar la **STS de 30 de octubre de 2007,** I.L. J 2029, brevemente por tratarse de una

temática de interés a efectos de su hipotético conocimiento en unificación de doctrina. En esta sentencia el INSS plantea la revocación de la sentencia que estimó el reintegro por parte del INSS a MATEPSS de la prestación de incapacidad temporal que había sido abonada al trabajador una vez extinguida la prestación. El Tribunal Supremo realiza un examen de identidad estricto con la sentencia de contraste y con ello se pierde la ocasión de unificar la jurisprudencia sobre la cuestión de quién es responsable en el pago cuando el pago de la prestación de incapacidad temporal se produce una vez extinguido el contrato de trabajo.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

El Tribunal Supremo viene desestimando las pretensiones que versan sobre el cómputo del trabajo a tiempo parcial a efectos de determinar el período de carencia de la pensión de incapacidad permanente y que aporta como sentencia de contraste la STSJ de Madrid de 18 de febrero de 1997. La **STS de 12 de noviembre de 2007,** I.L. J 2064, continúa la doctrina de sentencias anteriores (SSTS de 16 de mayo de 2007, de 26 de octubre de 2007) y entiende que existe falta de identidad en la legislación aplicable dado que la sentencia de contraste aportada aplicaba la Disposición Adicional Novena del RD 239/1993 y el artículo 12.3 ET que fue posteriormente declarado nulo e inconstitucional por la STC 253/2004, de 22 de diciembre, por vulneración del artículo 14 CE.

Entiende el Tribunal Supremo que esta normativa ha sido corregida posteriormente por el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que "sin suprimir el criterio de proporcionalidad introdujo las correcciones previstas en el artículo 3 del Real Decreto", que no se contempla en el supuesto que se cita como referencia. Se observa que, pese a que el Tribunal Supremo formalmente no entra en el fondo del asunto, sí que examina y compara la legislación anterior con la actual que tratan sobre el cómputo del trabajo a tiempo parcial a efectos de determinar el período de carencia de las pensiones y de forma tácita valida la aplicación de los criterios de corrección al principio de proporcionalidad introducidos por la última reforma, con lo que indirectamente no considera aplicables las argumentaciones de la STC 253/2004 que detectó discriminación por razón de sexo en la regulación de acceso a la pensión de incapacidad permanente de los trabajadores a tiempo parcial.

Cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente. Extinción del contrato de trabajo durante período de incapacidad temporal. Inexistencia de obligación de cotizar. Las lagunas de cotización se integran con bases mínimas de cotización. En la **STS de 26 de diciembre de 2007,** I.L. J 2216, el INSS recurre en unificación una sentencia del TSJ que mantiene que el período de incapacidad temporal en el que media una

extinción de la relación laboral debe computarse como efectivamente cotizado. Aporta como sentencia de contraste la doctrina que defiende que la integración mediante bases mínimas de cotización del período de incapacidad temporal en que no existe obligación de cotizar. La sentencia que comentamos mantiene la jurisprudencia iniciada por la STS de 1 de octubre de 2002 que supuso un cambio de criterio respecto a pronunciamientos anteriores del Tribunal Supremo que defendían la "doctrina del paréntesis" referida al período de la antigua "invalidez provisional" en la que no había obligación de cotizar. Reitera una vez más el Tribunal Supremo la aplicación de la regla prevista en el artículo 140.4 LGSS para todos los supuestos en los que no hay obligación legal de cotizar, incluido también el supuesto de extinción del contrato de trabajo durante la situación de incapacidad temporal.

7. RECAUDACIÓN

Establece la **STS de 10 de octubre de 2007,** I.L. J 2051, que la condena a la empresa al reintegro de prestaciones por la vía del artículo 145bis.1 LPL, sólo puede prosperar en el supuesto en que la contratación fraudulenta o abusiva causara a la Entidad Gestora algún perjuicio, en tanto que ésta abonó unas prestaciones a las que no estaba obligada. No debe ponerse el acento tanto en las posibles irregularidades de la contratación sino, ante todo, a si éstas suponen la indebida percepción de la prestación por desempleo. Para ello, es importante tener en cuenta el dato de si el trabajador hubiera tenido derecho a prestaciones por desempleo si, en vez de suscribir el contrato irregularmente realizado, hubiera suscrito el que legalmente correspondía. Por lo tanto, si el contrato erróneamente suscrito no genera un derecho a prestación por desempleo distinto al que se hubiera tenido derecho por el que legalmente correspondiera, no existe un lucro indebido para el trabajador derivado de la percepción de la prestación por desempleo. En similar sentido, llegando a las mismas conclusiones, puede verse también la **STS de 26 de diciembre de 2007,** I.L. J 2362.

La **STS de 26 de noviembre de 2007,** I.L. J 2284, basándose en jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, entiende el reintegro de prestaciones indebidas como una consecuencia accesoria del derecho de revisión. Afirma la existencia de un principio de correspondencia entre la revisión de oficio y la reclamación del reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por lo que la Entidad Gestora puede, además de revisar la prestación de que se trate, reclamar de oficio el reintegro de las que indebidamente se hubieran percibido sin necesidad de acudir a la vía judicial.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

La **STS de 27 de septiembre de 2007,** I.L. J 1811, considera que la presunción de accidente de trabajo no se excluye por el hecho de que el trabajador ya padeciera la enfermedad coronaria con anterioridad. Lo que se tiene en cuenta por parte del Tribunal es la

acción del trabajo en el marco del artículo 115.2.f) LGSS como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida. Esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del artículo 115.3 y no puede quedar excluida sólo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes. Aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección.

Respecto a la consideración del suicidio como causa de accidente de trabajo, la **STS de 25 de septiembre de 2007,** I.L. J 1883, señala que la conexión existente con el trabajo dependerá de cada caso concreto, concretándose en la existencia o no de trastorno mental del suicida y en la etiología laboral o no de dicho trastorno mental que conduce a la decisión suicida. La sentencia concluye que, en el caso analizado, no se da la preceptiva contradicción cualificada.

La **STS de 21 de noviembre de 2007,** I.L. J 2068, recuerda que la epicondilitis constituye la causa del accidente de trabajo, consecuencia de levantar un ladrillo de 12 Kg.

Por el contrario, en la **STS de 20 de septiembre de 2007,** I.L. J 2161, se deniega la calificación de accidente de trabajo a un ertzaina, ya que no se ha identificado ni probado que éste haya estado sometido a cualquier amenaza o presión externa por su condición profesional que haya influido decisivamente en la manifestación de su cuadro afectivo. Señala la sentencia que, desde la denuncia de 1996 en la comisaría de una pintada en su coche con la palabra cipayo y en la pared de su domicilio al lado del coche de otra pintada con el texto "Bietan Jarray, ETA", no se hace referencia a ninguna otra actuación de terceros hasta que, en marzo de 2001, las hijas del actor presentan denuncia por agresiones de otras chicas que relacionan con el trabajo del padre y, sólo en mayo de 2002 el demandante presenta denuncia por llamadas anónimas que teme tengan relación con su trabajo como ertzaina.

En la **STSJ de Valencia de 18 de septiembre de 2007,** I.L. J 2306, se considera accidente de trabajo *in itinere* el sufrido al volver en coche de almorzar –fuera del polígono–, desde un bar al que acudía de forma habitual todos los viernes, en su tiempo de descanso, con conocimiento y aceptación de la empresa. También se considera accidente de trabajo aquel sufrido por el trabajador debido al impacto de corpúsculos como consecuencia de la falta de medidas de protección en los ojos (**STSJ de Murcia de 17 de septiembre de 2007,** I.L. J 2403).

B) Recargo de prestaciones

La **STS de 25 de septiembre de 2007,** I.L. J 1842, 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. De no dictarse la correspondiente resolución, el trabajador afectado podrá instar la vía judicial, ya que, en la relación jurídica de recargo de prestaciones establecida en el artículo 123 LGSS, se halla la Entidad Gestora de la Seguridad Social como administración y, de otra, el empresario afectado, opuesto al trabajador beneficiario del importe del recargo. Así pues, la inactividad de la Administración no puede perjudicar al trabajador que ninguna intervención tuvo en el expediente. En la misma línea puede citarse la **STS de 6 de noviembre de 2007,** I.L. J 2012, y la **STSJ de Cataluña de 20 de septiembre de 2007,** I.L. J 2450.

Por su parte, la **STS de 18 de octubre de 2007,** I.L. J 2165, recuerda que no es de aplicación –al supuesto de retraso indebido en el expediente del recargo de prestaciones– el artículo 42 de la Ley 30/1992, donde se establece la caducidad de los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras. Y ello porque el recargo de prestaciones tiene una naturaleza *sui generis* que no permite su reducción sin más a una sanción administrativa propiamente dicha, sino más bien una indemnización con función disuasoria o punitiva.

La **STS de 10 de diciembre de 2007,** I.L. J 2205, referida a un supuesto de recargo de prestaciones con responsabilidad solidaria empresarial, recuerda la doctrina jurisprudencial según la cual deben identificarse los conceptos de "centro de trabajo" y "lugar de trabajo", basándose en que el artículo 17 del convenio núm. 155 OIT establece el deber de colaboración entre las empresas en la aplicación de las medidas de seguridad e higiene en los casos de contratas y subcontratas.

En la línea de atribuir la responsabilidad solidaria a la empresa contratista y principal, la **STSJ de Cantabria de 11 de octubre de 2007,** I.L. J 1311, concluye que la responsabilidad deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control. *Vid.*, asimismo, la **STSJ de Cantabria de 29 de diciembre de 2007**, I.L. J 2325 y la **STSJ de Aragón de 19 de septiembre de 2007**, I.L. J 2380.

La **STSJ de Cataluña de 5 de octubre de 2007,** I.L. J 2436, señala que no existe precepto legal alguno que establezca la suspensión del expediente administrativo para la imposición del recargo por falta de medidas de seguridad hasta que sea firme el acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo, ni disposición que prevea –en el caso de que posteriormente se origine– la suspensión del procedimiento laboral hasta que recaiga sentencia firme en el orden contencioso-administrativo.

C) Indemnización en concepto de responsabilidad civil

La **STS de 2 de octubre de 2007,** I.L. J 2227, desestima el recurso sobre la procedencia de detraer –de la indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo– el capital coste de la pensión por incapacidad permanente reconocida a consecuencia de

dicho siniestro, ya que se pretende que de la indemnización total por daños y perjuicios reconocida en aplicación del baremo de circulación por los diversos conceptos ya señalados, se descuente dicho capital coste. Esta interpretación es contraria a la doctrina que sienta la Sala en el sentido de que "como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, es claro que las prestaciones indemnizan por la pérdida de ingresos, sólo se descontarán del total de la indemnización reconocida por lucro cesante".

La **STS de 4 de octubre de 2007,** I.L. J 1899, concluye que no existe identidad de hechos exigida por el artículo 217 LPL, lo que conduce a declarar la inadmisión del recurso de casación. La sentencia impugnada, sin cuestionar en lo esencial la forma en que se produjo el accidente, tal como se describe en el primer pleito, lo analiza desde la perspectiva del daño producido –no desde la del recargo–, y lo que en realidad hace es discrepar de la valoración jurídica que de esos mismos hechos se efectuó en el primer litigio.

La **STS de 3 de octubre de 2007,** I.L. J 2086, recuerda que, en lo que se refiere a la concreta incidencia de las prestaciones de Seguridad Social en la reparación íntegra de daño causado por el accidente de trabajo, además de las prestaciones públicas que procedan, también puede reclamarse al empresario culpable una indemnización por los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo. En el bien entendido –añadimos– de que de ese cómputo de las prestaciones ha de excluirse el recargo por infracción de medidas de seguridad, por su naturaleza esencialmente sancionadora, y porque su posible detracción del importe indemnizatorio dejaría vacía de contenido la finalidad atribuida por el artículo 123 LGSS, siendo así que en una sociedad con altos índices de siniestralidad, el recargo persigue evitar los accidentes de trabajo e impulsar coercitivamente que las empresas cumplan con su deuda de seguridad, incrementando significativamente sus responsabilidades, con el propósito de que no les resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente.

Por otro lado, la **STS de 13 de noviembre de 2007,** I.L. J 2140, también se hace eco de la doctrina, según la cual el momento relevante en orden al establecimiento de la cobertura de los accidentes de trabajo es aquel en que se produce el accidente y no la fecha en que se manifiesta la situación protegida o se produce el tránsito de una situación protegida a otra en aquellos supuestos en que los distintos efectos del accidente se despliegan de forma sucesiva en el tiempo (incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte).

D) Imprudencia temeraria/Imprudencia no temeraria

En la **STS de 18 de septiembre de 2007,** I.L. J 1839, se excluye la calificación como accidente de trabajo en un supuesto de imprudencia temeraria del trabajador. Así pues, el Tribunal Supremo considera acertado el razonamiento de la sentencia recurrida al fijar la atención en el hecho de que el actor era consciente del peligro que entrañaba el cruce de vías pero, a pesar de conocer el peligro, en horas de gran circulación por aquel lugar, reanudó la marcha asumiendo un riego inminente en tales circunstancias de colisión con

otros vehículos. Por tanto, conocía perfectamente el peligro concreto en el que se encontraba y era previsible que, en tales circunstancias, la reanudación de la marcha cuando le estaba prohibida, fácilmente podía desencadenar una colisión con otro vehículo, como así ocurrió. Esa conducta merece el calificativo de temerariamente imprudente, por revelar un claro desprecio del riesgo conocido y de la más elemental prudencia exigible en tales circunstancias.

El caso analizado por la **STSJ de Aragón de 11 de septiembre de 2007,** I.L. J 2377, es de imprudencia simple (al efectuar el corte manual, sin detener el funcionamiento de la máquina) que no desvirtúa la calificación como accidente de trabajo.

E) Enfermedad intercurrente

La **STS de 10 de julio de 2007,** I.L. J 1855, señala que la enfermedad lumbar que sufre el trabajador –reagudización de astralgia de rodilla derecha por gonalgia o derrame articular y lumbalgia–, se incardina en el apartado g) del artículo 115.2 LGSS, y debe ser calificada de "enfermedad intercurrente", habida cuenta que al ser una de las causas generadoras de la IT analizada, modifica en su gravedad las consecuencias del accidente al reforzar y hacer más vigorosa la incapacidad para el trabajo del actor, y constituye una complicación del proceso patológico de éste.

F) Enfermedad profesional

En la **STS de 31 de octubre de 2007**, I.L. J 2170, se resuelve a favor de una estimación de la indemnización por daños y perjuicios derivada de enfermedad profesional (asbestosis), basándolo en la argumentación procesal que se fundamenta en la inexistencia de contradicción entre las dos sentencias analizadas (la recurrida y la de contraste). Especialmente, porque en la sentencia de referencia no consta ni que las anomalías e irregularidades –reflejadas en el informe técnico de marzo de 1977– existiesen ya desde más de diez años antes, ni que Uralita SA conociese los bajísimos niveles de contaminación del polvo de amianto que, según las investigaciones científicas efectuadas a partir de mediados de la década de los años sesenta, implicaba necesariamente riesgo muy grave para la salud de los trabajadores. *Vid.*, asimismo, la **STS de 30 de octubre de 2007,** I.L. J 2331.

Por su parte, la **STS de 20 de diciembre de 2007**, I.L. J 2366, confirma que la hipoacusia neurosensorial bilateral es constitutiva de enfermedad profesional y, por tanto, la prueba no se exige al trabajador en ningún caso en las enfermedades profesionales listadas.

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 6 de junio de 2007**, I.L. J 1957, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina, determinando como doctrina ajustada a derecho la que conforme al artículo 21 de la Ley de Seguridad Social Agraria, texto refundido aprobado por RD 2123/1971, y al artículo 51 del Decreto 3772/1972, entiende que es "condición indispensable para percibir la prestación económica por incapacidad laboral transitoria que el trabajador se encuentre prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en la que se inicie la enfermedad común o se produzca el accidente no laboral". Conforme a tal doctrina, entiende que no puede concederse el derecho a la prestación de incapacidad temporal respecto a una trabajadora agraria, con contrato de fijo discontinuo que sufre un accidente no laboral el mismo día en que es llamada al trabajo y antes de su efectiva incorporación, por entender que la trabajadora "no se encontraba prestando servicios".

En la **STS de 10 de octubre de 2007**, I.L. J 1968, dictada en unificación de doctrina, se analiza la necesidad de determinar si una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales puede declarar la extinción de una prestación de incapacidad temporal gestionada por ella, fundada en el hecho de que el trabajador beneficiario de dicha prestación se halle realizando trabajos incompatibles con su percepción. Al respecto se recuerda que la capacidad de gestión de las Mutuas llega hasta la posibilidad de decidir la pérdida o suspensión del subsidio, cuando se halla fundado en la realización de trabajos incompatibles con la percepción de la prestación, si aquella decisión se limita a la pérdida o suspensión por el período durante el que se acreditó la actividad incompatible. Pero una decisión de alcance superior basada en la realización de aquellos trabajos excede de las posibilidades de gestión para quedar incluida dentro del régimen sancionador, que en modo alguno se encuentra dentro de las posibilidades de actuación de tales Entidades Colaboradoras, sino de la Entidad Gestora, en este caso el INSS. En idénticos términos pero respecto a un trabajador afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, puede consultarse la STS de 5 de noviembre de 2007, I.L. J 1892, dictada en unificación de doctrina

En la **STS de 16 de octubre de 2007**, I.L. J 2073, dictada en unificación de doctrina, frente a la necesidad de determinar la forma en que debe computarse el período de cotización necesario para causar la prestación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común [180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante, conforme al artículo 130.a) de la LGSS] cuando se trata de trabajadora contratada a tiempo parcial entiende como ajustada a derecho la consistente en la aplicación de los días teóricos a la que se refiere la Disposición Adicional Séptima de la LGSS y la norma prevista en el artículo 3.1 del RD 1131/2002, declarando que no pueden entenderse que contengan

prescripción discriminatoria alguna sobre los trabajadores a tiempo parcial en relación con quienes prestan servicios a tiempo completo.

12. MATERNIDAD

No existe jurisprudencia en la materia.

13. REGÍMENES ESPECIALES

Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

La **STS de 17 de octubre de 2007,** I.L. J 1906, reitera la doctrina *tempus regit actum* aplicada en este caso a la validez o no de las cotizaciones correspondientes a períodos anteriores al alta en el RETA. En el caso examinado el alta se había efectuado cuando estaba vigente el Decreto 2530/1970, de 29 de agosto, que establece —de forma indubitada, según la STS de 15 de noviembre de 1996— la falta de efectos de tales cotizaciones anteriores. A mayor abundamiento la STS recuerda que tal doctrina ya había sido formulada en la **STS de 27 de marzo de 2001,** I.L. J 527, con citas abundantes de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo, por cuanto aquel Tribunal era el competente para conocer en suplicación los litigios referidos a la aplicación del indicado Decreto de 1970. Para finalizar, la STS recuerda que actualmente en esta materia rige la Disposición Adicional Novena LGSS que sí reconoce efectos a las cotizaciones anteriores al alta, pero exclusivamente a las altas en el RETA formalizadas a partir del día 1 de enero de 1994.

Régimen Especial Agrario

La **STS de 2 de octubre de 2007,** I.L. J 1987, examina nuevamente si el requisito de hallarse al corriente de pago para acceder a un subsidio por Incapacidad Temporal en el REA debe exigirse con rigor. Son tantas las sentencias en las que se ha reiterado la doctrina jurisprudencial que el Tribunal manifiesta expresamente que limita su cita a las pronunciadas en los últimos diez años; en suma, se reitera una vez más que tal requisito viene exigido con claridad en la legislación reguladora del REA, y que no se ha previsto ningún mecanismo corrector como la invitación al pago que existe en caso de causarse una pensión, por lo que no puede disculparse tal requisito más que en los extraordinarios casos ajenos a la conducta del interesado como sucede con los errores bancarios. En consecuencia, aun cuando en el caso examinado se trataba de un solo mes de cotizaciones el que se hallaba pendiente, y que éste fue abonado, se deniega el derecho al subsidio solicitado.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

No existe jurisprudencia en la materia.

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. C) *Lesiones permanentes no invalidantes.* **4. Muerte y supervivencia.** A) Requisitos del sujeto causante. B) *Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad.* b) Orfandad. c) *Prestación a favor*

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

de familiares. C) Cuantía de las pensiones. D) Dinámica de la protección. **E) Régimen de incompatibilidades.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 13 a 16 de 2008 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1784 a J 2460).

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

e) Supuestos especiales

En la **STS de 10 de octubre de 2007,** I.L. J 2051, se debate acerca de si los sucesivos contratos temporales que la empresa demandada suscribió con la trabajadora deben declararse abusivos o fraudulentos a los efectos previstos en el artículo 145.1 LPL.

Se ha de dejar claro que la pretensión de condena empresarial al reintegro de las prestaciones por desempleo recibidas por la trabajadora, ejercitada vía artículo 145 bis LPL únicamente podrá encontrar favorable acogida, cuando la contratación fraudulenta o abusiva haya ocasionado un perjuicio a la Entidad Gestora al haber abonado unas prestaciones de desempleo que conforme a la ley no estaba obligada a satisfacer.

De los antecedentes de hecho se deriva que la decisión empresarial de optar por el contrato para obra o servicio determinado, y al margen de que hubiera sido o no errónea o deliberada, no ha generado ningún derecho a desempleo nuevo o distinto del que hubiera correspondido de haberse suscrito el adecuado contrato a tiempo parcial, y por consiguiente para la trabajadora no ha existido un lucro indebido de prestaciones imputable a la actuación de la empresa, ni por ende, un perjuicio real para la Entidad Gestora. Por consiguiente, ha de ser absuelta la empresa.

En el mismo sentido, véase la STS de 26 de diciembre de 2007, I.L. J 2362.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b) Beneficiarios

b') Subsidio de prejubilación

La cuestión que se plantea en la **STS de 21 de noviembre de 2007,** I.L. J 2441 resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina, y versa sobre la manera de computar los ingresos de los solicitantes de subsidios asistenciales de desempleo para mayores de 52 años a efectos de determinar el requisito de carencia de rentas establecido en el artículo 215.1.1 de la LGSS.

Concretamente, se trata de resolver si los ingresos de la solicitante, en concepto de renta producida por alquiler de inmueble de propiedad de su esposo, deben ser valorados según su cuantía bruta o según cuantía neta.

El TS entiende que la forma de computar los ingresos ha de ser de manera íntegra o bruta y ello porque: en primer lugar, en los preceptos legales y reglamentarios aplicables no se dice nada de rebajar la cuantía de la renta percibida con deducciones de gastos por lo que debe entenderse que tal renta es renta adquirida o bruta y no renta neta; y en segundo lugar, el cálculo de la renta neta es normalmente de difícil determinación y siempre de comprobación laboriosa, lo que conlleva gastos muy altos de gestión que sólo se podrían afrontar de haber sido expresamente previstos por el legislador.

F) Gestión, financiación y pago

La **STS de 4 de octubre de 2007,** I.L. J 1864, resuelve acerca del derecho a la capitalización de la prestación por desempleo. Como es sabido el artículo 228.3 de la LGSS permite que la Entidad Gestora abone de una sola vez el valor actual del importe, total o parcial, de la prestación por desempleo de nivel contributivo, pudiendo abonar también a través de pagos parciales el importe de la prestación por desempleo para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social.

En el presente caso, le son abonados al demandante un total de 5.000 euros, correspondientes a la aportación inicial obligatoria de la sociedad cooperativa procedentes de su prestación por desempleo. Tras dicho abono le restan por percibir 2.082 euros. Ante la negativa de la Entidad Gestora de abonarle dicha cantidad de una sola vez, reclama el trabajador interponiendo recurso, entendiendo que si su aportación total a la sociedad ha de ser de 20.000 euros, tiene derecho a que le sea otorgada de una sola vez la totalidad de la cuantía de su prestación por desempleo.

La reforma operada en el año 2002 en materia de capitalización de la prestación por desempleo excluye el abono íntegro de la prestación capitalizada, a la par que las cuotas a la Seguridad Social a satisfacer por el trabajador, y que antes eran objeto de subvención adicional ahora pasan a ser satisfechas por la parte no entregada de la prestación por desempleo capitalizada.

Por tanto, de la aplicación e interpretación del artículo 228 LGSS (en su versión tras la reforma del año 2002), concluye el Tribunal Supremo que la frase "aportación obligatoria" a que hace referencia el citado precepto no puede sino entenderse razonablemente alusiva al concreto desembolso inicial que consiente ejercer los derechos sociales, no a la totalidad del aporte dinerario que se suscribe y que ha de ingresarse aplazadamente.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

– Eficacia de las cotizaciones anteriores al alta en el RETA.

A esta cuestión se refiere la **STS de 17 de octubre de 2007,** u.d., I.L. J 1906. Se trata de determinar, a los solos efectos de averiguar el porcentaje aplicable a la base reguladora, es decir, para concretar la cuantía inicial de la prestación ya reconocida de una pensión de jubilación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, la eficacia o no de aquellas cotizaciones que, efectuadas en el momento de la formalización del alta en dicho régimen, correspondían a períodos anteriores. En el momento al que se refiere el alta estaba ya vigente el Decreto 2530/1970 y las cotizaciones cuestionadas se refieren al período comprendido entre el 1 de octubre de 1968 y el 1 de diciembre de 1971. La vigencia del mencionado Decreto determina, como señala el Tribunal Supremo, la aplicación de esta norma que establece "de modo indubitado la falta de efectos respecto a las prestaciones de las cotizaciones realizadas correspondientes a períodos que no se esté de alta". Se añade a ello que, conforme a la Disposición Adicional Novena LGSS (en la redacción dada por la Disposición Adicional Segunda Ley 66/1997), las cotizaciones exigibles correspondientes a períodos anteriores a la formalización del alta producirán efectos respecto a las prestaciones, una vez que hayan sido ingresadas con los recargos que legalmente procedan, pero ello únicamente será de aplicación con respecto a las altas que se hayan formalizado a partir del 1 de enero de 1994.

– Cálculo de la *pro rata temporis* para trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

En varias sentencias del Tribunal Supremo se plantea la cuestión relativa a si para el cálculo de la pensión efectiva de jubilación a cargo de la Seguridad Social española calculada en la forma prevista en el artículo 46.2.b) del Reglamento 1408/71 han de tomarse como períodos cotizados en España los períodos que se acreditaron al actor para compensar la reducción de la edad de jubilación, como consecuencia del carácter penoso del trabajo realizado. Al respecto, la **STS de 6 de noviembre de 2007,** u.d., I.L. J 2062, aplica la

doctrina mantenida en la Sentencia del Pleno de la Sala de 17 de julio de 2007, que ha revisado la anterior doctrina del Tribunal Supremo a la vista de lo que ya pudiera considerarse como doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en esta materia. Esta doctrina considera que los períodos de bonificación reconocidos por la legislación nacional que sean anteriores al hecho causante deben incluirse no sólo a efectos del cálculo de la pensión teórica, sino también para determinar el importe efectivo de la prestación. Aplicando esta doctrina (examinando las SSTJCE de 18 de febrero de 1992, asunto Di Prinzio, y de 3 de octubre de 2002, asunto Barreira y otras), el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que las cotizaciones con las que se compensa o bonifica el adelanto de la edad de jubilación y el correspondiente acortamiento de la carrera de seguro, aunque son ciertamente cotizaciones "ficticias", han de computarse para el cálculo de la pensión de los trabajadores migrantes del mar. Se trata de cotizaciones que se computan para los trabajadores que no han emigrado, y, siendo ello así, de acuerdo con las previsiones de igualdad de trato que derivan del principio de libre circulación, tienen que calificarse como período asimilado a seguro los efectos previstos en los artículos 1.r) y 46.2 del Reglamento (CEE) 1408/71. En consecuencia, deben tenerse en cuenta al objeto de determinar el porcentaje aplicable a la pensión teórica de que se tiene que hacer cargo la Seguridad Social española. Pronunciamiento que se reitera (con abundancia de razonamientos en sus fundamentos de derecho) en las **SSTS de 11 de diciembre de 2007,** u.d., I.L. J 2337, y **de 23 de octubre de 2007,** I.L. J 2229.

b') Cuantía de la prestación

– Revisión de cuantía.

La cuestión de la retroactividad de los efectos de la cuantía de la pensión de jubilación en caso de error es planteada nuevamente en dos Sentencias del Tribunal Supremo. En la primera, **STS de 17 de diciembre de 2007,** u.d., I.L. J 2330, se reitera la doctrina mantenida por la Sala en el sentido de que en los casos en que se produce una modificación de la cuantía de la pensión y se eleva el importe de la pensión originariamente reconocida al pensionista, los efectos de esa modificación han de retrotraerse a la fecha de reconocimiento del derecho, no operando la limitación de tres meses prevista en el artículo 43 LGSS. No obstante, ello ha de entenderse sin perjuicio de que opere el mecanismo de la prescripción del número 1 del citado artículo 43, que fija en cinco años la prescripción del derecho al reconocimiento de prestaciones, no el de cuatro años contenido en el artículo 45.3 LGSS, previsto para el reintegro de prestaciones indebidas. El mismo pronunciamiento se reitera en la **STS de 20 de noviembre de 2007,** u.d., I.L. J 2178.

d) Derecho transitorio: SOVI

Diversas cuestiones son abordadas por la jurisprudencia en relación con la pensión de vejez del SOVI. La primera de ellas se refiere a la responsabilidad empresarial en relación a dicha pensión. Tal responsabilidad es estimada por la **STS de 18 de septiembre de 2007,** u.d., I.L. J 1787, pero ésta se matiza conforme a la doctrina jurisprudencial reiterada que suaviza el alcance de dicha responsabilidad empresarial a través de la aplicación de criterios de proporcionalidad. Así, la Sentencia recuerda que, conforme a dicha doctrina, los

incumplimientos relevantes en orden a la declaración de la responsabilidad empresarial, sin perjuicio del régimen especial previsto para los accidentes de trabajo, tienen que tener "trascendencia en la relación jurídica de protección", de forma que si el incumplimiento no tiene trascendencia en orden al reconocimiento y la cuantía de la prestación ha de excluirse, en principio, la responsabilidad empresarial. La aplicación de esta doctrina lleva en el presente caso a determinar la responsabilidad en función del alcance de los incumplimientos empresariales sobre el período de cotización requerido para causar derecho a la pensión solicitada. Es decir, ha de atenerse exclusivamente a los descubiertos de cotización, que son los que tienen relevancia en el funcionamiento de la protección y no en cuanto a la falta de alta, ya que, de conformidad con el régimen especial del SOVI (Disposición Transitoria Séptima de la LGSS), no era necesario estar en alta en la fecha del hecho causante para tener derecho a la prestación SOVI, bastando que el 1 de enero de 1967 tuviese cumplido el período de cotización exigido cualquiera que fuese su edad en dicha fecha y que no tenga derecho a ninguna pensión del Sistema.

La segunda cuestión se refiere a 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 es resuelta por la **STS de 28 de septiembre de 2007,** u.d., I.L. J 1818. Más concretamente, se plantea 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 debe resolverse aplicando los artículos 46.2 y 47.1.a) del Reglamento CEE núm. 1408/71. En base a dichos preceptos, la Sentencia considera que las pensiones cuya cuantía no depende de la mayor o menor duración del período de cotización del causante se calculan conforme a lo dispuesto en el artículo 46.2 del Reglamento 1408/71 y no conforme al artículo 47.1.a) de dicho Reglamento. Por tanto, cuando la cuantía de la prestación sea independiente de la duración de los períodos de seguro –como ocurre en la pensión del SOVI, cuya cuantía es fija para cada caso y no depende del mayor o menor período de cotización acreditado–, 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.

e) Jubilación anticipada

– 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 pronuncia 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 la **STS de 17 de octubre de 2007,** u.d., I.L. J 2026. En el mismo sentido, la **STS de 16 de octubre de 2007,** u.d., I.L. J 2025, reitera que la asignación se fijó en función de la garantía de la continuidad de una percepción completa del salario bruto, por lo que, en la medida en que la paga de beneficios es percepción salarial devengada en el año de cómputo, aunque se abone con posterioridad, queda comprendida en la garantía.

En relación con esta misma cuestión, en la **STS de 26 de diciembre de 2007,** u.d., I.L. J 2273, se declara el derecho al abono de las indicadas pagas de beneficios que deben integrarse en la cantidad pactada como de prejubilación, sin que quepa argüir ni prescripción ni extinción de la relación laboral, por cuanto se produce un fenómeno de suspensión contractual (ya que el pacto derivado de la aceptación por el trabajador de la oferta que le hizo la empresa no era de extinción, sino que se pactó una suspensión del contrato por acuerdo expreso de ambas partes) que habilita a postular durante su permanencia el reconocimiento del derecho. Al respecto, se mantiene en numerosas sentencias el ya reiterado criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo que obliga a aplicar a tal reclamación de cantidad el plazo prescriptivo de un año previsto en el artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores, al tratarse de una cantidad –la de prejubilación– que se configura para la empresa como una obligación de tracto sucesivo devengable por mensualidades a favor del trabajador. Así **SSTS de 25 de julio de 2007,** u.d., I.L. J 1889; **de 26 de diciembre de 2007,** I.L. J 2273; **de 15 de octubre de 2007,** I.L. J 2024; **de 15 de octubre de 2007,** I.L. J 1935; **de 18 de octubre de 2007,** I.L. J 1942; **de 23 de octubre de 2007,** I.L. J 1954; **de 15 de octubre de 2007,** I.L. J 2024; **de 10 de octubre de 2007,** I.L. J 2088; **de 19 de octubre de 2007,** I.L. J 2091; **de 22 de octubre de 2007,** I.L. J 2092; **de 20 de noviembre de 2007,** I.L. J 2264; **de 13 de diciembre de 2007,** I.L. J 2277, y **de 9 de octubre de 2007,** I.L. J 2054; **SSTSJ de Murcia de 12 de septiembre de 2007,** I.L. J 2401, y **de 12 de septiembre de 2007,** I.L. J 2402.

– Coeficiente reductor aplicable a las jubilaciones anticipadas en el marco de un Plan de Prejubilación.

Cuestión que vuelve a plantearse reiteradamente es la determinación del coeficiente reductor que ha de aplicarse en el caso de jubilaciones anticipadas que se pactan en el marco de un Plan de Prejubilación. De nuevo se plantea la cuestión, ya resuelta en anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, de determinar si, en virtud de lo establecido en el artículo 161.3.2ª de la LGSS, en redacción dada por Ley 35/2002, y en la Disposición Transitoria Tercera LGSS, en redacción dada por la citada Ley, al trabajador de Telefónica España, SA (en otros casos a trabajadores del Banco Español de Crédito) acogidos a un Plan de Prejubilación le corresponde un coeficiente reductor del 6%, en lugar del 8% en la pensión de jubilación, teniendo en cuenta que concurren los siguientes requisitos: era mutualista antes de 1 de enero de 1967, acredita 41 años de cotización, se jubila a los 60 años de edad, precedida de una prejubilación alcanzada en el marco de medidas inscritas en el Convenio Colectivo, la empresa abona una cantidad que en cómputo anual

representa un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y las cuotas que hubiera abonado o, en su caso, las de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social. El Tribunal Supremo declara que, a tenor del sentido literal del precepto legal, no cabe la aplicación del pretendido coeficiente del 6'5%, dado que el trabajador no cumple el requisito de tener cumplidos 61 años de edad al solicitar la jubilación. Se considera, 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. En este sentido se pronuncian las **SSTS de 31 de octubre de 2007,** u.d., I.L. J 1941; **de 23 de octubre de 2007,** I.L. J 1972; **de 6 de octubre de 2007,** I.L. J 2038; **de 20 de noviembre de 2007,** I.L. J 2179; **de 19 de noviembre de 2007,** I.L. J 2196; **de 28 de noviembre de 2007,** I.L. J 2187; **de 27 de noviembre de 2007,** I.L. J 2188; **de 23 de octubre de 2007,** I.L. J 1940; **de 2 de noviembre de 2007,** I.L. J 1934; **de 20 de septiembre de 2007,** I.L. J 1887; **de 27 de septiembre de 2007,** I.L. J 1860; **de 25 de septiembre de 2007,** I.L. J 1837; **de 2 de octubre de 2007,** I.L. J 1796; **de 2 de octubre de 2007,** I.L. J 1795.

– Jubilación anticipada de la Disposición Transitoria Tercera.2º de la LGSS: No se exige el requisito de permanecer inscrito en la oficina de empleo.

En la **STS de 14 de noviembre de 2007,** u.d., I.L. J 2135, se plantea la cuestión de determinar la consecuencia, a efectos de la aplicación del coeficiente reductor, de no haber estado el beneficiario inscrito como demandante de empleo a raíz del agotamiento de la prestación contributiva por desempleo, sino sujeto al Convenio Especial que éste suscribió, habida cuenta de que reúne los demás requisitos. En la sentencia se aplica la doctrina ya reiterada del propio Tribunal Supremo sobre el alcance de la Disposición Transitoria Tercera de la LGSS, especialmente en lo que se refiere a la exigencia de la obligación de permanecer el trabajador que cesó en la empresa por causas a él no imputables inscrito en la oficina del INEM como demandante de empleo de forma ininterrumpida hasta la jubilación. Al respecto, se ha establecido por dicho Tribunal que la redacción de dicha Disposición Transitoria Tercera procedente de la Ley 35/2002, de 12 de julio, no se contiene obligación alguna para el beneficiario de la pensión de jubilación anticipada que proviniese del sistema de mutualismo laboral de permanecer inscrito en la oficina de empleo, y menos de forma ininterrumpida como exige el INSS, a diferencia de lo que ocurre con la jubilación anticipada de los trabajadores que no pertenecieron antes del 1 de enero de 1967 al referido mutualismo laboral. Se desprende de dichas regulaciones que era voluntad del legislador mantener dos sistemas o formas de jubilación anticipada, cada una con distinto origen y requisitos para acceder a su percibo.

– Jubilación anticipada de trabajadoras de la Industria Textil, afiliadas al Mutualismo Laboral.

Como se pone de manifiesto en la **STS de 26 de diciembre de 2007,** u.d., I.L. J 2365, la Sala de este Tribunal ya ha tratado en anteriores ocasiones la cuestión del porcentaje reductor aplicable a la pensión de jubilación de las trabajadoras de la industria textil afiliadas al Mutualismo Laboral, afirmando respecto a dicha cuestión que, desde el momento en que la Disposición Transitoria Primera de la OM de 10 de enero de 1967 se remite al correspondiente Estatuto (OM de 4 de marzo de 1955), en el supuesto de jubilación anticipada ha de estarse a las peculiares escalas porcentuales de este último, diversas a las generales que se establecen en la citada norma transitoria. Al efecto se recuerda que el núm. 9 de la indicada DT Primera de la OM establece una determinada escala de coeficientes reductores, en función de la edad a la que se solicite la jubilación anticipada (de los 60 a los 64 años), a aplicar sobre el porcentaje de la pensión, de acuerdo con los años de cotización. Ahora bien, el núm. 10 de la misma DT establece que cuando, por aplicación de lo anterior, el porcentaje aplicable a la base reguladora para determinar la pensión de vejez de las mujeres trabajadoras encuadradas en la Caja de Jubilaciones de la Industria Textil resultase inferior al que les hubiera correspondido con arreglo a los Estatutos de sus respectivas Mutualidades Laborales, vigentes en 31 de diciembre de 1966, se aplicará este último porcentaje. Por tanto, la literalidad de la norma implica un excepcional porcentaje mínimo (75% de la BR) para las trabajadoras afiliadas a la Mutualidad de la Industria Textil, en términos que escapan a la norma general de la doble –sucesiva– aplicación de porcentaje de pensión sobre la BR, primero en función de los años cotizados y acto continuo del coeficiente reductor (de ese porcentaje) en razón a la edad en que anticipadamente se solicita la prestación. Como se indica en la **STS de 26 de diciembre de 2007,** u.d., I.L. J 2219, referida al mismo supuesto, con esta disposición se pretendía garantizar los derechos adquiridos hasta entonces por las trabajadoras encuadradas en la citada Caja de Jubilaciones. Tal derecho se adquirió a la entrada en vigor del nuevo sistema de Seguridad Social que se implantó en enero de 1967 y se ha conservado por quienes lo adquirieron sin necesidad de continuar en la actividad textil, pues el requisito exigido para adquirirlo era haber estado encuadradas en esa Caja y no continuar en un sistema que desaparecía y en una actividad que se reestructuraba.

D) Previsión social voluntaria

a) Mejoras voluntarias

En relación con el plazo de prescripción aplicable a una mejora voluntaria de la Seguridad Social referida a un complemento de incapacidad temporal, la **STSJ de Asturias de 5 de octubre de 2007,** I.L. J 2310, establece los siguientes pronunciamientos relativos a la naturaleza del complemento de que se trata en el caso concreto y, en relación con ello, cuáles serían los plazos aplicables como excepción o motivo de oposición a la demanda, al invocarse la caducidad o, en su caso, la prescripción de la acción. En concreto, la sentencia establece: 1º) Que lo reclamado es una mejora de la Seguridad Social y, como tal, se integra en la acción protectora como mejora voluntaria de la Seguridad Social, estando por ello sometidas a los principios generales del sistema, salvo en los aspectos específicos

que se hubieran establecido en el título de su concesión. Consecuencia necesaria de ello es la aplicación a las mismas de la normativa que regula la prescripción y caducidad de las prestaciones de seguridad social y no el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, previsto para las reclamaciones derivadas del contrato de trabajo. 2º) Cuando ya se tiene reconocido el derecho a ser beneficiario de esta modalidad de la acción protectora –como en este caso, donde se ha reconocido el derecho al complemento de prestaciones de incapacidad temporal– se transforma el plazo de vigencia para efectuar la reclamación y su naturaleza, no siendo el plazo de prescripción del artículo 43 LGSS, sino el de caducidad del artículo 44.2 LGSS. 3º) Las mensualidades de las prestaciones periódicas, como las aquí reconocidas, caducan al año, pero no de su vencimiento, sino de la fecha de su concesión por sentencia firme con base en el reconocimiento de la relación laboral.

b) Planes de pensiones

En la **STS de 13 de noviembre de 2007,** I.L. J 2174, que resuelve recurso de casación ordinario frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 12 de mayo de 2006 dictada en proceso de conflicto colectivo, se plantea si el personal de las empresas del Grupo Endesa, acogido en su día a los planes de pensiones de las antiguas empresas FECSA, ENHER y HEASA, denominados FECSA-ENHER I, FECSA-ENHER II y EASHA, y que percibió hasta enero de 2005 el complemento salarial denominado SIRAF (Salario Individual Reconocido Aplicación Fondo), tenía derecho a que dicho concepto retributivo no se descontara de su salario pensionable. En la sentencia se califica la naturaleza de los planes de pensiones concernidos, tanto los de las empresas FECSA, ENHER y HEASA, como el propio Plan del Grupo Endesa en el que aquéllos han quedado integrados, como Planes de empleo, modalidad prestación definida, de acuerdo con sus respectivas especificaciones y con las previsiones del artículo 4, apartados 1) y 2.a) del RD Legislativo 1/2002, por el que se regula la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y del artículo 16.b) del Reglamento de los planes y fondos de pensiones aprobado por el RD 304/2004, de 2 de febrero.

La pretensión de los actores consiste, en este caso, en lograr por la vía judicial del conflicto colectivo un incremento del salario pensionable previsto en las especificaciones para obtener, llegada la contingencia, una prestación de mayor cuantía. Frente a dicha pretensión, la Sentencia argumenta lo siguiente: En los planes de prestación definida las aportaciones a cargo de la entidad promotora se determinan en función de la cuantía de las prestaciones, debiendo incorporar, como Anexo a las especificaciones, una base técnica elaborada por actuario con el contenido y requisitos que establezca el Ministerio de Economía. Al efecto, en la Disposición Adicional Tercera del Plan del Grupo Endesa constan las prestaciones definidas, que son revalorizables, y queda también definitivamente fijado en origen el salario, mediante la determinación en cada Plan de los concretos conceptos que lo integran y de su cuantía. Conforme a lo que establece la ley, las aportaciones del promotor, que constituyó libremente el Plan, deben guardar la necesaria equivalencia con las prestaciones futuras a los beneficiarios, y por eso su importe y sus posibles reva-

lorizaciones quedaron igualmente fijados en la fecha de constitución del plan, de acuerdo con los cálculos actuariales que exige su viabilidad. La ley prevé también la posibilidad, excepcionalmente, de una revisión del importe de las aportaciones, pero sólo en el caso de que sea necesario o conveniente como consecuencia de la obligada revisión trienal del sistema financiero del plan y siempre que sea acordado por la correspondiente Comisión de Control del Plan y con el régimen de mayorías estipuladas en las especificaciones del propio Plan.

Salvo el indicado supuesto excepcional, que no concurre en el caso concreto, declara la sentencia que la normativa aplicable no permite imponer al promotor un incremento de sus aportaciones en contra de su voluntad, ni tan siquiera por el hecho de instaurarse en convenio colectivo un nuevo concepto retributivo (aquí el SIRAF) que, como es lógico, no podía estar incluido en el plan para la determinación del salario pensionable. Además, la sentencia establece que, en principio, la negociación colectiva sólo es cauce para modificar el régimen de aportaciones del promotor establecido en el plan, en el exclusivo caso de que en las propias especificaciones del plan esté así previsto (lo que no concurre en el caso que se resuelve).

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

a') Criterios de valoración: los baremos

La **STS de 26 de septiembre de 2007,** u.d., I.L. J 1907, incide en la determinación de la "profesión habitual" como referente para la valoración del grado de IP. Conforme a la doctrina del TS, ésta es la desarrollada prolongadamente, y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la situación invalidante. El criterio doctrinal es que la profesión "habitual", a efectos de la calificación de invalidez, "es la desarrollada a lo largo de la vida activa, aunque en un último estadio, breve por sí mismo y más si se contrapone al muy prolongado

b) Requisitos del beneficiario

La **STS de 13 de noviembre de 2007,** u.d., I.L. J 2263, reitera la doctrina interpretativa de la previsión del artículo 4.4 RD 1799/1985 (en la redacción dada por la Disposición Adicional Séptima del RD 4/1998), en el sentido de que la redacción establece de manera clara y contundente que sólo se computarán para el período mínimo de carencia para acceder a la IP los días que falten para agotar el período de IP "en el caso de trabajadores que, encontrándose en situación de incapacidad temporal (…) no hayan llegado a agotar el período máximo de duración de la misma". De ahí que no pueda aplicarse esta regla en los supuestos de inexistencia de una situación de IT previa.

c) Prestaciones económicas

b') Base reguladora de las prestaciones

La **STS de 5 de octubre de 2007,** u.d., I.L. J 1950, resuelve la cuestión relativa a si en la determinación de la base reguladora de la prestación por IP deben computarse las bases mínimas de cotización (en aplicación de las previsiones generales contenidas en el artículo 140.4 LGSS), o por el contrario las bases sobre las que el INEM hubiera debido cotizar por desempleo, por el período en que el trabajador estuvo percibiendo prestaciones por IT-Desempleo durante el período posterior a la extinción del contrato de trabajo producido cuando el trabajador se hallaba en situación de IT, con prestación de pago directo a cargo del INSS (aplicando analógicamente la previsión del artículo 222.1 LGSS). La Sala estima que, de acuerdo con la intención del legislador de la Ley 24/2001, que introduce la nueva redacción del artículo 222.1 LGSS, "permite concluir que lo que se pretendió fue reducir los costes que en materia de prestaciones y cotizaciones relacionadas con la prestación por desempleo recaían sobre todo el sistema de la Seguridad Social, y que, por tanto, lo que se quiso establecer (…) es que quien percibiera prestaciones por IT en pago directo por no existir empresa obligada a cotizar, salvo en el caso en que después pasara a percibir prestaciones por desempleo, las percibiera como si fueran prestaciones de desempleo pero sin cotización. A partir de dicha regulación, la consecuencia natural es que para el cálculo de la base reguladora de una invalidez subsiguiente a aquella IT-Desempleo se computen las bases mínimas conforme al artículo 140.4 LGSS en tanto en cuanto no sería aplicable a esa situación la doctrina del paréntesis (…) ni podrían computarse cotizaciones inexistentes". Según el TS, las previsiones del artículo 222.1 LGSS se aplican a la situación de quien desde la IT pasa posteriormente a causar derecho a prestaciones por desempleo, pero no a quienes desde la IT pasan a IP de modo directo. La desigualdad de trato dispensada por el legislador al incapacitado y al desempleado, a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de IP, se justifica por las diferencias objetivas existentes entre una y otra situación de necesidad, que se manifiestan en la exigencia al desempleado de los requisitos previstos en el artículo 207 LGSS. Esta doctrina también se aplica en **STS de 14 de noviembre de 2007,** u.d., I.L. J 2040, y **STS de 20 de noviembre de 2007,** u.d., I.L. J 2247.

El mismo criterio rige para los supuestos en que, hallándose el trabajador en situación de IT, en su transcurso, se extingue la relación laboral, continuando el trabajador percibiendo el subsidio correspondiente a la IP, en cuantía correspondiente a la prestación o subsidio por desempleo, pero sin que haya obligación alguna de cotizar por parte del INEM. En tales supuestos, en el cálculo de la base reguladora a tener en cuenta para el reconocimiento de una IP, las lagunas de cotización se integran a través de las bases mínimas de cotización en virtud de la regla del artículo 140.4 LGSS (**STS de 26 de diciembre de 2007,** u.d., I.L. J 2216).

En supuestos de contrato a tiempo parcial, la **STS de 31 de octubre de 2007,** u.d., I.L. J 1944, 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.

d) Dinámica de la protección

Cuando la IP viene reconocida en sentencia judicial firme, a pesar de la literalidad del artículo 143.2 LGSS ["toda resolución inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente (…) hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional (…)"], la **STS de 18 de octubre de 2007**, u.d., I.L. J 1936, establece que es competente el INSS para dictar resolución fijando el plazo de revisión de dicha incapacidad. Se trataba de un supuesto en el que la resolución administrativa inicial fue denegatoria de la solicitud de invalidez, no reconociendo, por tanto, el derecho a prestación de IP ni fijando, en consecuencia, plazo a partir del cual se pudiera instar la revisión por agravación o mejoría. Así pues, según el pronunciamiento: "(…) la resolución judicial, revisora del acto administrativo denegatorio de la incapacidad permanente solicitada, se limita a reconocer la existencia de una incapacidad permanente y el grado de incapacidad, no examinando la cuestión sobre la que no se pronunció la resolución administrativa, a saber, el plazo a partir del cual se puede instar la revisión, por agravación o mejoría del estado invalidante. Por ello, a la vista de la competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social en materia de incapacidad, es ajustado a derecho el acto administrativo posterior en el que fija el plazo a partir del cual se puede instar la revisión del estado incapacitante, sin perjuicio del ulterior control judicial del mismo". A mayor abundamiento, el TS señala que: "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". Sigue esta doctrina también la **STS de 25 de octubre de 2007,** u.d., I.L. J 1910, y la **STS de 16 de noviembre de 2007,** u.d., I.L. J 2176.

En ejecución de sentencia se pueden detraer de las cantidades debidas por el INSS, en concepto de atrasos de una prestación de IP, las cantidades que el trabajador haya percibido como consecuencia del trabajo por cuenta ajena realizado desde la fecha de la demanda hasta la de finalización de los servicios (**STS de 5 de diciembre de 2007,** u.d., I.L. J 2098).

La **STS de 18 de diciembre de 2007,** u.d., I.L. J 2269, contempla el supuesto de un trabajador al que se le declara una IP por resolución del INSS, al que posteriormente se declara judicialmente que no está afecto de dicha IP, habiendo percibido de la Mutua el importe de la indemnización correspondiente a la citada incapacidad. En tales supuestos la Mutua o, en su caso, la empresa recurrente, tendrá derecho a que se le devuelva la totalidad o parte alícuota (en función de si la sentencia firme anula o reduce la cuantía de los derechos reconocidos por resolución administrativa o judicial), respectivamente, del

capital que haya ingresado para satisfacer aquellos derechos, sin detracción de la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas a los beneficiarios, que quedan exentos de efectuar devolución alguna (*ex* artículo 91.3 Reglamento General de Recaudación). El pronunciamiento extiende esta doctrina también a otras prestaciones diferentes de la constitución del capital coste de renta, dado que la norma que se considera aplicable se refiere también a otras prestaciones.

C) Lesiones permanentes no invalidantes

La **STS de 13 de noviembre de 2007**, u.d., I.L. J 2043, clarifica la aplicación del baremo (Orden de 15 de abril de 1969) a las cicatrices derivadas de accidente de trabajo. En primer lugar, determina que –conforme a los artículos 150 LGSS y 46 OM de 15 de abril de 1969– las deformidades de carácter definitivo (cicatrices) serán indemnizadas –cada una de ellas– por una sola vez con las cantidades que en el baremo se establecen (la valoración ha de ser individualizada y no conjunta). En los primeros cinco epígrafes del baremo anexo relativo a las cicatrices se especifican cada una de las secuelas, mientras que el epígrafe VI alude (en plural) a las "cicatrices no incluidas en los epígrafes anteriores", con lo que "se está haciendo referencia a cada una de las distintas cicatrices (que se puedan individualizar sin solución de continuidad) y, en consecuencia, la aplicación del baremo ha de realizarse con una valoración individualizada para cada una de las cicatrices existentes, cuya cantidad a tanto alzado, vendrá determinada por las características de cada una de las cicatrices". Para ello, según la doctrina jurisprudencial, es necesario que "por sus características" o por las "limitaciones funcionales que producen", afecten de manera significativa al patrimonio biológico, pues de no ser así por su mínima entidad, no existiría daño indemnizable. La posible afectación apreciable deberá valorarse teniendo en cuenta las circunstancias del sujeto que las padece, debiendo entenderse que existe en todo caso, cuando producen una deformidad antiestética, o que limitan la funcionalidad de la zona en que se hallan o son dolorosas".

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

La **STS de 29 de octubre de 2007**, I.L. J 2079, vuelve a tratar el debate sobre si el propósito de contraer matrimonio puede valorarse como la existencia de éste a efectos de causar pensión de viudedad, en un supuesto en el que una vez iniciados los trámites para ello con la persona con la que convivía, pero no pudiendo finalmente celebrar dicho matrimonio por haber fallecido su pareja antes del día señalado para la boda. La cuestión es resuelta en sentido negativo (tal y como ya se ha comentado en estas páginas en base a que la forma del consentimiento es esencial a él, a lo que hay que añadir que siempre

es necesario que los mínimos formales sean cumplidos). Pues bien, esta doctrina sería distinta a la luz de la nueva redacción de todo el artículo 174 de la LGSS dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social y que esencialmente viene a reconocer, en determinadas circunstancias, la pensión de viudedad a las uniones de hecho. Además y tal y como establece la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurran las siguientes circunstancias:

a) Que a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 174 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.

b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el artículo 5 de la presente Ley, con el causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste.

c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes.

d) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.

e) Para acceder a la pensión regulada en la presente disposición, la correspondiente solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley. La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición.

Ante un supuesto de convivencia de personas del mismo sexo, con fallecimiento del causante antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de reforma del Código Civil y que viene a permitir el matrimonio en tales supuestos, y la demanda de su aplicación retroactiva, porque lo contrario, según la parte actora, atentaría al principio de igualdad reconocido en la Constitución, la **STSJ de Aragón de 11 de septiembre de 2007**, I.L. J 2376, enumera los argumentos para denegar tal pretensión en los siguientes términos –siguiendo la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional–:

– Estamos ante una situación nueva y no es posible, porque la Ley no lo dice, su aplicación retroactiva.

– El artículo 14 de la Constitución ampara la igualdad ante la Ley, pero ello no impide que a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo.

– La exigencia de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad (hoy ya modificado), no pugna con el artículo 14 de la Constitución.

– No permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio de Roma.

–Y por último, y quizás es el razonamiento que merece ahora ser destacado, la Disposición Adicional Décima.2 de la Ley 30/1981, con evidente naturaleza de norma de derecho transitorio y temporal, no ha sido reproducida en el artículo 174 de la LGSS, y buscaba poner remedio a situaciones pasadas, "pero no albergaba el propósito de regular para el futuro y con carácter general el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho".

c) Prestaciones a favor de familiares

En relación con la pensión a favor de familiares y el requisito de vivir a expensas del causante y carecer de medios propios de vida (artículo 176 de la LGSS), la **STS de 26 de diciembre de 2007**, I.L. J 2211, reitera la doctrina ya comentada en estas páginas, según la cual este requisito se reúne cuando el beneficiario de la prestación no percibe una renta equivalente o superior al salario mínimo interprofesional, añadiéndose (SSTS de 20 y 27 de marzo de 2000), que esta carencia de rentas debe determinarse en cómputo anual y que, para determinar el salario mínimo interprofesional anual computable, deben incluirse las dos pagas extras (STS de 16 de mayo de 2003).

C) Cuantía de las pensiones

En relación con el debate sobre la determinación inicial a partir de la cual se deben aplicar las revalorizaciones de la pensión de viudedad, en el supuesto en el que el causante no es pensionista ni de jubilación ni de incapacidad permanente, la **STS de 21 de noviembre de 2007**, I.L. J 1993, concluye que la citada revalorización debe realizarse desde la fecha del hecho causante (no la fecha en que el causante dejó de cotizar), pues como acertadamente argumenta, no siendo el causante pensionista, no existe la posibilidad legal de aplicar revalorizaciones sobre pensiones inexistentes y tampoco parece razonable aplicar el resultado de las revalorizaciones sobre una pensión de viudedad antes de ocurrir el hecho que la origina; abunda en ello que "no cabe confundir la base reguladora, la prestación y las revalorizaciones de las pensiones, pues la base ha de calcularse prescindiendo de las revalorizaciones, que sólo son aplicables cuando la prestación ya se ha reconocido".

D) Dinámica de la protección

Tal y como establece el artículo 178 de la LGSS (que reitera de alguna manera lo dispuesto en el artículo 43.1, aunque dando un trato más favorable), el derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción, es imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud. Pues bien, la **STS de 13 de noviembre de 2007**, I.L. J 2042, ante un supuesto en que se produce un retraso en la solicitud de la pensión de viudedad (de ocho años), debido al

desconocimiento del fallecimiento del causante (que había abandonado el domicilio conyugal), considera que este precepto legal es claro y terminante (acudiendo a cualquiera de los criterios hermenéuticos que ofrecen al intérprete el artículo 3 del Código Civil), es decir, el efecto económico del reconocimiento de esta pensión se producirá a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud, con absoluta independencia del tiempo que pueda transcurrir entre el hecho causante y la fecha de la solicitud, y es que es común el error en confundir el plazo de la prescripción de la acción y el efecto retroactivo de la pensión reconocida tardíamente, sin que pueda acudirse al artículo 1969 del Código Civil, pues es ésta –los efectos del reconocimiento de una pensión de viudedad–, una materia que cuenta con una normativa propia y específica.

Ahora bien, ante la cuestión de cuál es la fecha de los efectos económicos de una pensión de viudedad –y orfandad–, en un supuesto en el que se produce reclamación administrativa que es denegada, y una segunda –sin variar los hechos–, que también lo es, pero que posteriormente es reconocida judicialmente, la **STS de 28 de noviembre de 2007,** I.L. J 2346, estima, con acertado criterio, que sus efectos económicos deben retrotraerse a la fecha del fallecimiento del causante, pues no puede equipararse un supuesto de revisión o anulación de actos administrativos denegatorios anteriores fundados en datos fácticos anteriormente inexistentes o no justificados o en un cambio de la normativa vigente entre el momento inicial y el de la solicitud ulterior (donde se aplica la regla de la retroactividad máxima a tres meses), con aquellos otros supuestos en los que las normas jurídicas aplicables no hayan variado y los datos fácticos ya estuvieran plenamente alegados y acreditados, tanto en el momento inicial que originó una resolución desestimatoria, como en el momento ulterior, en el que, con base en idénticos datos fácticos y jurídicos, se dicta una resolución estimatoria, tanto más si en el ínterin el beneficiario ha ido reclamando sucesivamente el reconocimiento de su derecho.

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. Cuestiones preliminares. 2. Derecho administrativo sancionador. A) Procedimiento sancionador. a) Actuaciones previas de la Inspección de Trabajo. b) Procedimiento administrativo sancionador. B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza. C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. a) Infracciones laborales en materia de relaciones laborales. b) Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales. c) Infracciones en materia de Seguridad Social. d) Infracciones por obstrucción a la labor inspectora.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

En esta crónica damos cuenta de las principales novedades normativas y judiciales surgidas en el último período en relación con el Derecho Administrativo Laboral.

En el primer terreno, lo cierto es que sólo cabe hacer alusión a la reestructuración de los departamentos ministeriales llevada a cabo por los RRDD 432/2008, de 12 de abril, y 438/2008, de 14 de abril, que por lo que al ámbito laboral y social puede interesar ha supuesto una redistribución de competencias entre el actual Ministerio de Trabajo e Inmigración, el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, y el Ministerio de Igualdad.

Bastante más rico es el resultado que se obtiene de los pronunciamientos judiciales analizados: por un lado, los publicados en los números 13 a 16 de 2007 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*; por otro, los emitidos por Tribunales Superiores de Justicia, en su Sala de lo Contencioso-Administrativo, durante los meses de noviembre y diciembre de 2007 y enero de 2008, no publicados por ahora en la Revista y que aparecen identificados por el número de recurso. De entre ellos, posiblemente merezca la pena destacar un bloque de sentencias en las que se recuerda y aplica doctrina sobre algunos aspectos relativos a la ejecutividad de las sanciones –en especial, la incidencia que sobre la iniciación de la vía de apremio ejercen factores tales como la inexistencia de resolución expresa del recurso de alzada o la interposición de un recurso contencioso-administrativo– (*infra*, 2.A.b]).

2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento sancionador

a) Actuaciones previas de la Inspección de Trabajo

Empezando este apartado por la fase de actuación inspectora, merece la pena remarcar cómo, por lo que se refiere a los ilícitos en materia de prevención de riesgos laborales, varias sentencias del TSJ de Cataluña han recordado que el hecho de que el artículo 43 LPRL imponga a la Inspección de Trabajo el deber de remitir un requerimiento al empresario para subsanar las deficiencias observadas no significa que no quepa la extensión simultánea de acta de infracción [**SSTSJ de Cataluña, de 3 y 4 de diciembre de 2007,** Sala Tercera (recursos 1732/2003 y 1742/2003), **y de 29 de enero de 2008** (recurso 182/2004)]:

> "Siendo cierto que el artículo 43 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales indica que la Inspección de Trabajo ha de requerir por escrito al empresario la subsanación de las deficiencias que observe, es también lo relevante que tal circunstancia no permite obviar la vigencia del principio de legalidad para la sanción de las infracciones graves por incumplimiento de las obligaciones de evaluación, de planificación y de formación e información con el alcance y contenido previsto en la normativa de prevención, de manera que la no existencia de un previo requerimiento de subsanación en lo relativo a la conducta antes identificada no es causa de enervamiento de la potestad administrativa sancionadora por las infracciones que realmente hayan quedado constatadas, y a cuyo enjuiciamiento responde el siguiente fundamento.
>
> Así sucede respecto la emisión del Acta pendiente el plazo para la subsanación de los defectos advertidos, y es que el requerimiento de restauración del orden normativo incumplido lo es sin perjuicio de las consecuencias punitivas hasta entonces cometidas, tal como expresa con claridad *in fine* el número primero del precepto antes citado."

b) Procedimiento administrativo sancionador

Entrando ya en el procedimiento administrativo sancionador, y en concreto por lo que se refiere a uno de sus principios rectores, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de noviembre de 2007,** Sala Tercera (recurso 267/2006), se pronuncia sobre la aplicación del *non bis in idem* en el ilícito consistente en emplear trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar [artículo 312 CP y artículo 54.1.d) LO 4/2000]. De entrada, tratándose de un supuesto en que la Administración incumple su deber de paralizar el procedimiento administrativo ante la posible existencia de infracción penal (artículo 3 LISOS), el Tribunal trae al caso la doctrina sentada en la STC 2/2003 y recuerda que, aun existiendo ya resolución administrativa sancionadora, la sentencia penal no debe ceder ante ella, por lo que ni siquiera la delimitación fáctica realizada en el expediente administrativo debe considerarse definitiva. Además, en el caso enjuiciado, la Sentencia aprecia que entre el procedimiento administrativo y el penal existe identidad no sólo en el fundamento, sino también en los

sujetos, y ello pese a que en vía administrativa se sancionó a la sociedad mercantil –persona jurídica (artículo 130 Ley 30/1992)– y en sede penal al administrador único de dicha empresa y titular casi absoluto del capital social –persona física (artículo 31 CP)–. El conjunto de estas consideraciones lleva al Tribunal a confirmar la sentencia de instancia, en la que se había declarado la nulidad de la resolución administrativa sancionadora y se había requerido a la Administración para abstenerse de conocer sobre los hechos.

En cuanto al inicio de la tramitación del procedimiento, la **STSJ de las Islas Baleares de 28 de diciembre de 2007,** Sala Tercera (recurso 1341/2003), recuerda, con apoyo en jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el hecho de que la notificación del acta se produzca más allá de los diez días hábiles a los que se refiere el artículo 17 RD 928/1998 no conlleva su anulación, puesto que el acto sólo surte efectos desde dicha notificación, cualquiera que sea el momento en que ésta se realice (artículos 63 y 76.1 Ley 30/1992).

Por lo que se refiere a las facultades de los órganos encargados de dictar la resolución administrativa, la **STSJ del País Vasco de 8 de noviembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 194/2006), se basa en doctrina jurisprudencial para afirmar que la indicación indebida en el acta del precepto que contiene el tipo infractor imputado no constituye un error material que la Administración pueda rectificar conforme al artículo 105.2 Ley 30/1992, sino que, máxime en un ámbito como el sancionador, se trata de una modificación que requiere mayores garantías para el interesado. Por tal razón, el Tribunal niega validez a la acción del órgano resolutor del recurso de alzada, quien, habiendo considerado errónea la referencia del acta y la resolución sancionadora al artículo 26.3 LISOS, procedió a cambiar la imputación y sanción por el tipo del artículo 26.1 LISOS.

Aplicando la doctrina del Tribunal Supremo sobre el *dies a quo* y *ad quem* del plazo de caducidad del procedimiento administrativo sancionador, otras sentencias rechazan el incumplimiento de este plazo por no haber mediado más de seis meses entre la fecha de extensión del acta y la fecha de notificación de la resolución sancionadora –artículo 20.3 RD 928/1998– [**SSTSJ de Murcia de 9 de noviembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 1419/2003); de las **Islas Baleares de 28 de diciembre de 2007** (recurso 1341/2003)].

En materia de recursos en vía contencioso-administrativa, encontramos algunos pronunciamientos que declaran inadmisible el recurso de apelación interpuesto, procediendo a su desestimación, por no exceder el asunto de la cuantía de 18.030,36 euros establecida por el artículo 81.1.a) Ley 29/1998 para acceder a este recurso. Una de estas resoluciones es la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de diciembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 214/2007), dictada en relación a una conducta de retraso reiterado en el abono del salario (artículo 8.1 LISOS) y de cuyos fundamentos interesa destacar dos ideas: la primera es que, a estos efectos, la cuantía a tener en cuenta no es la de la sanción impuesta en la resolución administrativa, sino la de la multa que posteriormente haya fijado la sentencia de instancia; en segundo término, el Tribunal destaca que esta causa de inadmisión del recurso es apreciable de oficio, siendo irrelevante que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo ofreciera a las partes el recurso de apelación. Una tercera idea a recordar en relación a esta materia es la aplicada en la **STSJ de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de enero de 2008**, Sala Tercera (recurso 139/2007), que,

dictada en relación a una sanción de más de 19.000 euros por la comisión de cuatro infracciones en materia de prevención de riesgos, procede también a declarar la inadmisión del recurso de apelación, por cuanto la cantidad a considerar es la cuantía individualizada correspondiente a cada infracción –todas ellas inferiores a 18.030,36 euros– y no la suma resultante de las multas impuestas a todas ellas.

Finalmente, respecto a la fase de ejecución de la sanción impuesta, muy interesante, sin duda, resulta la **STSJ de Murcia de 14 de diciembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 3281/2003), que con apoyo en la normativa administrativa y en la doctrina sentada por la STC de 24 de julio de 2006, anula la vía de apremio iniciada por la Administración por no haberse dado respuesta expresa al recurso de alzada interpuesto contra la resolución sancionadora. En tal sentido, la Sentencia razona que la desestimación por silencio administrativo prevista en el artículo 115.2º Ley 30/1992 sólo juega a fin de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo, pero no autoriza a considerar firme la resolución sancionadora a efectos de permitir su ejecutividad:

> "Tercero.–Constituye el centro del debate el hecho de que la Administración no hubiese dado respuesta expresa al recurso de alzada interpuesto contra la 'resolución' sancionadora. Y ciertamente que esa falta de 'resolución' obligaba a entender desestimado el recurso, una vez transcurridos los tres meses que se establecen en el artículo 115.2º de la Ley de Procedimiento antes citada. Ahora bien el artículo 42 de la Ley 30/1992 impone a la Administración el deber inexcusable de dictar 'resolución' expresa, y es manifiesto que ese deber ha de considerarse esencial cuando por ella misma se pretende ejecutar sus propios actos, más si son éstos sancionadores, como en el caso de autos sucede; en suma, si la Administración Laboral entendía que procedía ejecutar la sanción que se encontraba impugnada en alzada, debió primero haber dictado la 'resolución' expresa denegatoria –o no– del recurso administrativo y no ampararse en una 'resolución' presunta que el Legislador no autoriza excluyente de ese deber de resolver. (…) Consecuencia de todo ello es que procede la estimación del recurso y dejar sin efecto la declaración de deuda a que se refieren las actuaciones. La falta de 'resolución' expresa del recurso de alzada no legitimaba a la Administración a ejecutar un acto tácito incumpliendo su primera obligación impuesta por el artículo 42 de resolver de manera expresa el recurso interpuesto. Consecuencia de todo lo expuesto es que debe accederse a la pretensión anulatoria de las 'resoluciones' impugnadas.
>
> (…) si se tienen en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, de 13 de enero, (…) la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente, (…)
>
> Cuarto.–Pero sin duda debemos aplicar la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional, establecida precisamente al resolver un recurso de amparo contra una sentencia de esta Sala, que era anulada, en un supuesto en el que se había declarado la firmeza de una reso-

lución sancionadora en materia laboral pendiente de resolución expresa de un recurso de alzada. En concreto se trata de la STC de 24 de julio de 2006, que dice lo siguiente:

'La Sentencia impugnada verifica que el plazo para resolver el recurso de alzada había expirado, al igual que el establecido en el artículo 46.1 LJCA para interponer el recurso contencioso-administrativo. Pero de esa sola verificación no se extrae como conclusión lógica la firmeza y la consiguiente ejecutividad de la resolución sancionadora, cuando frente a la misma pendía un recurso de alzada…'."

También en torno a la vía de apremio, no menos interesante resulta la **STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2008**, Sala Tercera (recurso 120/2004), en la que se declara prescrita la sanción impuesta, al considerar, conforme también reitera la **STSJ de Extremadura de 24 de enero de 2008**, Sala Tercera (recurso 696/2006), que el plazo de prescripción no se interrumpe por la interposición del recurso contencioso-administrativo, a menos que el órgano judicial suspenda la ejecutividad del acto administrativo. Una y otra sentencia, por separado, contienen además otras afirmaciones dignas de destacar. Por lo que se refiere a la **STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2008**, Sala Tercera (recurso 120/2004), un dato curioso en su fundamentación es que, tratándose de una sanción por infracción en materia de prevención de riesgos laborales, el Tribunal descarta la aplicación del artículo 61 RD 1864/1990 de Recaudación de los Tributos, pero en cambio considera aplicable el RD 1637/1995, sobre recaudación de los recursos de la Seguridad Social. Por su parte, en un supuesto en que el recurso contencioso-administrativo se resolvió a través de una sentencia *meramente declarativa* que se limitaba a confirmar la resolución administrativa sancionadora, la **STSJ de Extremadura de 24 de enero de 2008**, Sala Tercera (recurso 696/2006), declara la no aplicación al caso del artículo 548 LEC, que prohíbe a los tribunales despachar la ejecución de sentencias dentro de los veinte días posteriores a aquél en que la resolución *de condena* fuera notificada al ejecutado: al respecto, el Tribunal explica que, al haberse dictado sentencia confirmatoria, el objeto de la ejecución era la resolución administrativa y no un pronunciamiento judicial, por lo que no existe razón para que la Administración deba esperar ese plazo de veinte días, pudiendo ejecutar el acto sancionador inmediatamente después de dictarse la sentencia firme contencioso-administrativa, dado que en este caso sí se había declarado judicialmente la suspensión del acto administrativo; es más, no habiéndose procedido por la empresa al abono de la sanción en período voluntario, la Sentencia confirma la imposición del correspondiente recargo de apremio.

B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza

Son varias las sentencias que inciden sobre el contenido y valor probatorio del documento determinante del procedimiento sancionador, esto es, el acta de infracción.

En el primer terreno, uno de los requisitos esenciales en la configuración de las actas de la Inspección de Trabajo es la indicación de los hechos que hayan determinado su extensión, por lo que la ausencia de una descripción suficiente de las circunstancias fácticas conduce a la anulación de la resolución sancionadora con origen en dichas actas defectuosas: esto es lo que ocurre en la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de diciembre de 2007,**

Sala Tercera (recurso 1341/2004), por omisión de los hechos causantes de una conducta de infracotización; y también, es lo que sucede en la **STSJ de las Islas Baleares de 28 de diciembre de 2007,** Sala Tercera (recurso 1341/2003), que referida al incumplimiento de garantizar la vigilancia periódica de la salud, alcanza tal conclusión por no haberse concretado en el acta de infracción en qué casos la empresa había impedido a los trabajadores acceder a dicho derecho de control sobre su salud.

En cuanto al segundo aspecto indicado, muchas son las sentencias que repasan y aplican la jurisprudencia sobre el fundamento y alcance de la especial eficacia probatoria que la ley otorga a las actas de la Inspección de Trabajo. Dado que se trata de una doctrina clásica y reiterada en crónicas anteriores no vamos aquí a insistir en ella, más allá de indicar algunos de los nuevos pronunciamientos en los que se refleja su contenido, no sólo en el orden contencioso-administrativo [**SSTSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 14 de diciembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 120/2005); **de las Islas Baleares de 28 de diciembre de 2007** (recurso 1341/2003); **de Asturias de 20 de diciembre de 2007** (recurso 639/2004)], sino también en el orden social (**STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2007**, S. Social, I.L. J 2327).

De entre estas sentencias cabe, no obstante, remarcar un par de ellas, que se detienen a valorar la incidencia de los pronunciamientos previos del orden social sobre las resoluciones que con posterioridad dicten los tribunales de lo contencioso-administrativo en relación a los hechos reflejados por el órgano inspector en el acta. En ellas se repasa la doctrina constitucional sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando tribunales de órdenes jurisdiccionales diferentes declaran probados unos hechos contrarios entre sí y pronuncian fallos contradictorios, si bien se remarca el carácter de "firmeza" que debe tener la primera de las resoluciones dictadas para generar tales efectos (*v.gr.*, STC 367/1993, de 13 de enero). Esta doctrina se aplica fielmente en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de diciembre de 2007**, Sala de lo contencioso-administrativo (recurso 1739/2002), en la que el órgano judicial se siente obligado a respetar la conclusión alcanzada por una sentencia laboral firme respecto a la existencia de discriminación sindical. A partir de similares reflexiones jurídicas, la falta de firmeza de la sentencia del orden social no impide a la **STSJ de Asturias de 12 de diciembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 733/2004), tomar en consideración las actuaciones y conclusiones alcanzadas en el proceso laboral para declarar que las imputaciones incluidas en el acta no constituyen más que juicios de valor del Inspector, carentes de base probatoria y que, por tal razón, conducen a la anulación de la resolución sancionadora.

La misma doctrina constitucional se aplica por la **STSJ de Cataluña de 5 de octubre de 2007**, Sala Social, I.L. J 2436, en un supuesto en que el conflicto se plantea a la inversa, de forma que, a raíz de un juicio sobre recargo por falta de medidas de seguridad, se debate respecto a la vinculación de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la jurisdicción social: en este caso, la ausencia de una sentencia contencioso-administrativa firme sí que se utiliza como argumento para negar los efectos vinculantes previstos en el artículo 42.5 LPRL, así como también para declarar que ni el procedimiento administra-

tivo de recargo ni el posterior proceso laboral deben quedar suspendidos hasta que dicha resolución alcance firmeza.

Finalmente, por lo que se refiere a la prueba en contrario a aportar por el interesado, también merece la pena recordar la consideración que efectúa la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de diciembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 1156/2005), en la que, siguiendo doctrina jurisprudencial, se afirma que las manifestaciones espontáneas realizadas ante el Inspector de Trabajo por parte de los trabajadores –se trataba de extranjeros sin permiso de trabajo en un club de alterne– no pueden quedar desvirtuadas por posteriores declaraciones de aquéllos efectuadas en las dependencias policiales con asistencia de abogado e intérprete, entendiendo la Sentencia que la no solicitud de este último durante la visita inspectora no implica merma en la defensa del empresario.

C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

a) Infracciones laborales en materia de relaciones laborales

En este ámbito hay que hacer mención a la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de diciembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 1739/2002), en la que, siguiendo la previa declaración de discriminación efectuada por la jurisdicción social, se acaba confirmando que la decisión empresarial de repartir las cantidades salariales detraídas a los trabajadores huelguistas entre los trabajadores no huelguistas encuentra perfecto encaje en el tipo infractor descrito en el artículo 8.12 LISOS, por tratarse de una discriminación salarial de determinados trabajadores motivada por su "adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos".

b) Infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales

Sin duda, éste es el ámbito material donde más inciden los pronunciamientos examinados, sobre todo, a fin de perfilar el alcance de diversos tipos infractores.

Empezando por el artículo 12.1.b) LISOS, las **SSTSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2007**, Sala Tercera (recursos 1732/2003 y 1857/2003), declaran cometido el ilícito en atención al carácter genérico de la evaluación de riesgos laborales efectuada en la empresa sancionada, dado que se habían omitido los análisis y mediciones necesarios para efectuar la planificación de la acción preventiva respecto a los riesgos detectados: "no se cumple con la advertencia de la existencia del riesgo y la postergación de las concretas medidas preventivas procedentes a una posterior revisión o concreción de la evaluación". Dentro de esta infracción se incluye también la falta de evaluación de riesgos específicos para los trabajadores discapacitados y las trabajadoras existentes en plantilla, aun cuando los primeros no estuvieran prestando servicios y las segundas no se encontraran en una situación próxima de embarazo, parto o puerperio, pues tales circunstancias "no enervan la obligación de la empresa de realizar la actividad preventiva de manera permanente y tendente a evitar los riesgos y a adaptar el trabajo a la persona, lo que razonablemente no podría realizar *ad casum* en supuesto de reincorporación del trabajador minusválido o de

embarazo de alguna de las trabajadoras" [**STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 1857/2003)].

Encontramos también otras sentencias que se encargan de delimitar el tipo infractor previsto en el artículo 12.6 LISOS –incumplimiento de la obligación de efectuar la planificación de la actividad preventiva–. Una de ellas es la **STSJ de Murcia de 26 de diciembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 2966/2003), en la que se declara que queda fuera del tipo la conducta consistente en una inadecuada gestión de las medidas de prevención, por lo que, siendo éste el incumplimiento y habiéndose imputado por la Administración la infracción establecida en el artículo 12.6 LISOS, el Tribunal considera vulnerado el principio de tipicidad, recordando que en materia sancionadora no cabe una aplicación extensiva o analógica de las normas. El segundo pronunciamiento sobre este tipo de ilícito es la **STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2007**, Sala Tercera (recurso 1732/2003), en la que se afirma que la infracción relativa a la falta de planificación de la actividad preventiva (artículo 12.6 LISOS) no absorbe dentro de su tipo ni el ilícito consistente en la falta de evaluación de riesgos [artículo 12.1.b) LISOS] ni el ilícito imputado por no facilitar a los trabajadores formación e información en la materia (artículo 12.8 LISOS), tratándose por el contrario de tres tipos infractores autónomos e independientes:

> "en absoluto puede entenderse que por el hecho de incumplir lo que exigía la planificación de la actividad preventiva, queden consumidos los incumplimientos por la falta de evaluación de riesgos según antes fue visto, y por no facilitar a los trabajadores formación e información suficiente y adecuada acerca de los riesgos de su puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para su seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables, tratándose más bien de sucesivos incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales con sustantividad y autonomía sustantiva propia, que no del avance de una sola idea ilícita con consumación del trámite anterior o del agotamiento de sus efectos, de manera que el orden infringido reclama la reprensión por todos y cada uno de ellos".

Otra de las infracciones objeto de atención es la tipificada en el artículo 12.10 LISOS, por el que se sanciona la conducta de no adoptar las medidas previstas en el artículo 20 LPRL en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación. Concretamente, en relación a este tipo, la **STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2007,** Sala Tercera (recurso 1857/2003), aclara que el empresario no cumple sólo con elaborar el Plan de emergencia, sino que el citado artículo 20 LPRL le exige también la "adopción" de las medidas necesarias a tales efectos (designación del personal encargado de poner en marcha estas medidas, comprobación periódica de su correcto funcionamiento, etc.), con lo que la falta de implantación de estas exigencias debe conducir a la confirmación de la sanción.

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2007,** Sala Tercera (recurso 1742/2003), se ocupa del tipo previsto en el artículo 12.15 LISOS –no designar trabajadores para realizar las actividades de prevención o no organizar o concertar un servicio de prevención–. En ella se explica que la obligación empresarial ligada a estas conductas no se limita a un mero deber formal, sino que incluye también una vertiente sustantiva

consistente en el deber de dotar al servicio de "los medios que sean necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas", añadiendo que a efectos de valorar la suficiencia de tales medios ha de tenerse en cuenta el artículo 31.2 LPRL, en el que bajo tal expresión no sólo se incluyen los medios materiales, sino también los personales –*v.gr.*, que éstos tengan capacidad necesaria, disposición de tiempo, idoneidad en cuanto a su número, etc.–.

Más allá de estas consideraciones sobre tipos infractores específicos, podemos también citar otros pronunciamientos de los que cabe extraer conclusiones aplicables a la generalidad de los ilícitos en materia de prevención de riesgos. Una primera idea es la proclamada en las **SSTSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2007,** Sala Tercera (recurso 1857/2003), **y de 29 de enero de 2008** (recurso 182/2004), en las que viene a declararse que la subsanación de las deficiencias con posterioridad a la visita inspectora carece de capacidad eximente o atenuante respecto a la responsabilidad por la infracción administrativa anteriormente cometida. El mismo carácter general tiene el contenido de la **STSJ de Cataluña de 25 de enero de 2008,** Sala Tercera (recurso 26/2006), en la que se afirma que la culpabilidad de la empresa no queda excluida "aunque en la causación del accidente hubiera intervenido asimismo una actuación inhábil o imprudente del trabajador".

Por último, en esta materia, ha de hacerse referencia a diversos pronunciamientos relacionados con la responsabilidad solidaria que el artículo 42.3 LISOS impone al empresario principal con ocasión de una contrata. En relación a esta previsión, son varias las sentencias que se pronuncian respecto a la infracción y nulidad ligada a los pactos fraudulentos suscritos con objeto de eludir la referida responsabilidad solidaria (artículos 13.14 y 42.3 LISOS). Concretamente, en ellas se declara que, encontrándonos en el ámbito sancionador en que dicha responsabilidad se imputa a la principal por su conducta culpable de no cumplir debidamente con sus obligaciones de coordinación y vigilancia, no cabe admitir como lícitos pactos en que se acuerde la asunción por el empresario contratista de la responsabilidad que derive de las infracciones cometidas por él y su personal en materia de prevención de riesgos –procediéndose a descontar de su contraprestación el importe de las sanciones impuestas al empresario principal–, aun cuando dicho acuerdo limite su eficacia a la relación interna entre la empresa principal y la contratista, sin incidir sobre el derecho de los acreedores a dirigirse indistintamente a cualquiera de ellos [**SSTSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 14 de diciembre de 2007,** Sala Tercera (recursos 170/2005, 201/2005 y 183/2007)]:

> "en el ámbito de prevención de riesgos laborales en que nos encontramos, la solidaridad que establece el artículo 42.3 de la LISOS no es una solidaridad equiparable a la civil y regulada por los preceptos del Código Civil sino que es una solidaridad basada en una conducta culpable, la responsabilidad solidaria que el precepto impone a la empresa principal no es una responsabilidad objetiva sino una responsabilidad basada en la negligencia o cumplimiento de sus deberes de vigilancia y coordinación que es impuesta a todo aquel empresario que en calidad de principal subcontrata con otros la obra que a él se le ha encargado, evitando con ello la elusión tan frecuente de responsabilidades de todo tipo que el mecanismo de la subcontratación propiciaba, en fraude del interés general y de los intereses particulares de quienes encargaban la obra al empresario principal. Por ello la

cláusula controvertida aunque en efecto permita a efectos externos que el acreedor pueda dirigirse contra ambas empresas, vulnera el artículo 42.3 de la LISOS, porque faculta a la empresa principal, por su sola voluntad, a repetir a la subcontratista las sanciones que se le pueden imponer en materia de prevención de riesgos laborales por incumplimientos del contratista que desempeña su labor en su centro de trabajo, quedando indemne la empresa principal del incumplimiento de sus deberes de vigilancia y coordinación en la materia de los que puede desentenderse, ya que la única empresa que termina pagando las sanciones es la subcontratista que no sólo paga la suya por incumplimientos sino que además paga la correspondiente al incumplimiento de sus deberes por parte de la empresa principal".

Desde otra perspectiva, pero también en relación al artículo 42.3 LISOS, la **STSJ de Murcia de 14 de diciembre de 2007,** Sala Tercera (recurso 2224/2003), niega la existencia del supuesto de hecho que determina su aplicación y en consecuencia anula la declaración de responsabilidad solidaria, dado que, en el triángulo establecido entre las entidades implicadas –una empresa A que suministra un producto a una empresa cliente B a través del servicio de transporte y descarga realizado por una empresa C–, el Tribunal entiende que la entidad recurrente –empresa cliente B– no tiene la condición de contratista de la empresa infractora a la que pertenecía el trabajador accidentado –empresa C–, ni menos aun aprecia que se dediquen a la misma actividad.

c) Infracciones en materia de Seguridad Social

En este ámbito, los pronunciamientos se han ocupado tanto de ilícitos de los empresarios como también de los cometidos por los trabajadores.

En cuanto a los primeros, y por lo que se refiere a incumplimientos en materia de cotización, cabe destacar la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de diciembre de 2007,** Sala Tercera (recurso 1341/2004), en la que se discute la naturaleza y régimen a aplicar a las cantidades entregadas a los trabajadores por una empresa de transporte en concepto de dietas y por las que no venía cotizando. En aplicación de la conocida presunción *iuris tantum* sobre el carácter salarial de las retribuciones obtenidas por los trabajadores, el Tribunal parte de la idea de que dichas cantidades constituyen salario por no haber acreditado documentalmente la empresa su naturaleza extrasalarial mediante la aportación de facturas de hospedaje y alimentación. Ahora bien, respecto a las actas de liquidación extendidas por dichas diferencias de cotización, la Sentencia ordena a la Administración proceder a su rectificación, por cuanto entiende que la cuantía de las dietas que queda libre de justificación y cotización no corresponde a la fijada por convenio colectivo, sino a la establecida por la normativa fiscal –en el caso, se aplica la OM de 28 de abril de 1993–. Asimismo, en cuanto al acta de infracción extendida por estos mismos hechos (artículo 22.3 LISOS), el Tribunal procede también a su anulación, en este caso por respeto al principio de culpabilidad exigible en el ámbito sancionador, pues, en la medida en que el ilícito imputado gira en torno a una cuestión sobre la que existe una duda razonable no zanjada por los órganos judiciales, considera que no cabe sancionar a una persona "por discrepancias en cuanto a la interpretación jurídica de una norma".

Entrando ya en ilícitos de los trabajadores, este último argumento juega también un papel decisivo en la primera de las sentencias a comentar sobre infracciones relativas al disfrute de la prestación de desempleo: se trata de la **STSJ del País Vasco de 8 de noviembre de 2007,** Sala Tercera (recurso 194/2006), que se pronuncia sobre el tipo recogido en el artículo 26.1 LISOS –actuación fraudulenta con el fin de obtener prestaciones indebidas–. En concreto, la Sentencia se dicta en relación a un supuesto en que, siendo el perceptor apoderado de una empresa, la imputación se basa en su alta indebida en el régimen general ordinario de la Seguridad Social cuando, a juicio de la Inspección de Trabajo, debía estar dado de alta en el régimen general singular previsto en el artículo 97.2.k) LGSS –para consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas que no posean el control de éstas–, en el que queda excluida la protección por desempleo. Pues bien, a la vista de las circunstancias del caso, el órgano judicial considera que en realidad estamos ante un litigio en el que existe una discrepancia sobre el encuadramiento del beneficiario, de ahí que, acogiendo la alegación del recurrente de que no se ha producido una actuación fraudulenta, sino todo lo más un percibo indebido de prestaciones, acabe por anular la resolución sancionadora, concluyendo que si la Inspección de Trabajo entendía que existía un alta indebida, lo que debió hacer es promover la baja y el alta simultánea en el régimen pertinente para que, en su caso, el interesado procediera a su impugnación judicial.

También en relación a ilícitos relativos a la prestación de desempleo encontramos algunas sentencias del Tribunal Supremo, en las que se plantean cuestiones de interés para su resolución en recurso de casación para unificación de doctrina, pero respecto a las que no llega a haber pronunciamiento por no apreciarse contradicción entre la resolución recurrida y la de contraste. Así ocurre en la **STS de 3 de octubre de 2007,** u.d., Sala de lo Social, I.L. J 1898, a propósito de expedientes sancionadores abiertos por haber trasladado el perceptor su residencia al extranjero [artículo 213.1.g) LGSS]: en ella, el Tribunal pone de manifiesto la dificultad de llegar en esta materia a un pronunciamiento en unificación de doctrina, dadas las circunstancias individualizadas y variables que pueden concurrir en cada supuesto. Lo mismo sucede en la **STS de 16 de octubre de 2007,** u.d., Sala de lo Social, I.L. J 1970, en la que se suscita el debate sobre si, pese a la anulación judicial de la resolución sancionadora, el expediente administrativo sancionador desarrollado es cauce suficiente y adecuado para exigir la devolución de las prestaciones por desempleo indebidamente percibidas o si, por el contrario, ha de entenderse que también queda anulada esta consecuencia accesoria a la sanción, sin perjuicio de que dicho reintegro se exija a través de otro procedimiento administrativo: en este caso, declarada la nulidad de la sanción en ambos supuestos por falta de culpabilidad del perceptor, el Tribunal Supremo basa la falta de identidad entre las sentencias comparadas en la existencia o no en la resolución administrativa de una fundamentación legal suficiente sobre la percepción indebida y la facultad de la entidad gestora para proceder a su reintegro, sobre todo, por cuanto este presupuesto permite valorar las posibilidades de defensa de los beneficiarios en vía judicial.

En último término, respecto a ilícitos ligados a la prestación por incapacidad temporal, hay que llamar la atención sobre dos sentencias del Tribunal Supremo, en las que se vuelve a insistir sobre doctrina ya unificada y comentada en crónicas anteriores en relación a la facultad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales para decla-

rar la suspensión y extinción de esta prestación cuando el trabajador beneficiario ha realizado trabajos incompatibles con dicha percepción: en síntesis, a partir de la idea de que estas entidades colaboradoras carecen de potestad sancionadora (**STS de 5 de noviembre de 2007,** u.d., I.L. J 1892), el Tribunal recuerda que, en este terreno, la capacidad de gestión de las Mutuas se reduce a la pérdida o suspensión de la prestación de incapacidad temporal por el período durante el que se acredite la actividad incompatible, pero que cualquier limitación de la prestación por tiempo superior es competencia de la entidad gestora (**STS de 10 de octubre de 2007,** u.d., I.L. J 1968).

d) Infracciones por obstrucción a la labor inspectora

El cierre de esta crónica gira en torno a la infracción muy grave tipificada en el artículo 50.4.a) LISOS –negativa a identificar a las personas que se encuentran en el centro de trabajo realizando cualquier actividad–. Respecto a ella, la **STSJ de Asturias de 20 de diciembre de 2007,** Sala Tercera (recurso 639/2004), se encarga de remarcar dos ideas deducibles de la letra de la ley, pero sobre las que no está de más insistir. La primera es que el tipo infractor incluye las actuaciones del "empresario, sus representantes *o personas de su ámbito organizativo*", por lo que, al quedar encuadrado dentro de este último grupo, hay que entender producida la infracción cuando la conducta obstructora se haya realizado por "el encargado", careciendo de relevancia eximente el hecho de que el empresario no le hubiera dado órdenes para obstruir la labor inspectora. Más obvia aun resulta una segunda consideración que se desliza en la sentencia, esta vez en relación a la graduación de la sanción, y mediante la que se viene a poner de relieve que, lógicamente, la negativa a identificar a los trabajadores no puede apreciarse como circunstancia agravante, en tanto constituye elemento constitutivo del tipo infractor (*cfr.* artículo 39.5 LISOS).

El mismo ilícito se discute en la **STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 14 de diciembre de 2007,** Sala Tercera (recurso 120/2005), pero en este caso con resultado distinto. Concretamente, el Tribunal no aprecia obstrucción sancionable en el hecho de que, ante el requerimiento de la Inspección de Trabajo, la empresa comparezca ante ella, reconozca haber contratado a un trabajador extranjero para el día en que tuvo lugar la visita inspectora, pero en cambio no aporte la documentación identificativa de dicho trabajador, bajo la alegación de que éste se había ausentado y la entidad carecía de tales documentos. Sirviéndose de las palabras de la STS de 27 de enero de 1998, el Tribunal afirma que la infracción consistente en acciones u omisiones que perturben, retrasen o impidan el ejercicio de las funciones inspectoras viene referida a una "actividad que *puede* y debe hacer, y no obstante su petición en forma no la haga".

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) Relación laboral. Existencia. a) Clínica dental. Odontólogos. b) Prestación de servicios para Comunidad Autónoma. B) Recargo de prestaciones. Vicios del expediente administrativo. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Conflicto colectivo. Interpretación de una norma aplicable a personal con diferentes relaciones de empleo. B) Impugnación de un acuerdo entre una universidad y los sindicatos. C) Relación laboral. Inexistencia. a) Abogado con despacho que presta servicios a una mercantil en régimen de "iguala". b) Reclamación de cantidad de consejero delegado. D) Relación ya extinguida con la Administración. Acción que pretende la declaración laboral de esa relación. **4. Demanda.** A) Modificación sustancial. B) Reconvención. **5. Acumulación. Acciones. 6. Excepciones.** A) Caducidad. B) Cosa juzgada. C) Falta de acción. D) Falta de legitimación activa. E) Inadecuación de procedimiento. F) Prescripción. **7. Práctica de la prueba. *Ficta confessio*. 8. Sentencia. Incongruencia. Existencia. 9. Despido. Salarios de tramitación.** A) Limitación. B) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización. C) Responsabilidad del Estado. D) Fecha a la que se adeudan cuando existe auto aclaratorio de la sentencia. E) Descuento de lo percibido en otro empleo. Carga de la prueba. **10. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso. a) Afectación general. b) Cuantía litigiosa. c) Resoluciones recurribles. B) Cuestión nueva. Caducidad. **11. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Falta de contenido casacional. B) Imposibilidad de revisión de hechos probados. C) Cuestión nueva. D) Contradicción. E) Sentencia de contraste. F) Escrito de preparación. G) Escrito de interposición. H) Infracción de ley. **12. Recurso de casación. Defectos en la formalización. 13. Recurso de revisión.** A) Documentos que habilitan el recurso. B) Maquinación fraudulenta. C) Sentencia absolutoria en el orden penal. **14. Ejecución de sentencia. Intereses de demora.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral y que han sido publicadas en los números 13 al 16 (ambos inclusive) del año 2007 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Relación laboral. Existencia

a) Clínica dental. Odontólogos

La **STS de 7 de noviembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1895, manifiesta la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las demandas formuladas por unos odontólogos que prestaban sus servicios en una clínica dental. El procedimiento se había iniciado ante la jurisdicción social, en virtud de demanda de oficio de la Inspección de Trabajo. El TS considera laboral la relación mantenida por los odontólogos con la clínica dental y manifiesta que, al aplicar los indicios más habituales de la doctrina jurisprudencial de dependencia y ajenidad: "(...) el resultado de esta labor conduce de manera inequívoca a la calificación de dicha relación de servicios como contrato de trabajo (...)".

b) Prestación de servicios para Comunidad Autónoma

La **STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2007,** I.L. J 2398, declara la competencia del orden social para conocer de una demanda de despido. La actora había iniciado su prestación de servicios en juzgados de guardia y en servicios de atención social para una Comunidad Autónoma. La sentencia considera el carácter laboral de la relación mantenida por la demandante con la Comunidad Autónoma, al haber estado sometida la actora a la organización y dirección de aquélla, durante su prestación de servicios.

B) Recargo de prestaciones. Vicios del expediente administrativo

La **STS de 26 de septiembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1965, manifiesta 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. La empresa demandante solicitaba la nulidad de la resolución del INSS que declaraba la responsabilidad empresarial, ya que entendía que existían vicios formales en el procedimiento de recargo al haberse iniciado éste por una comunicación de la Inspección de Trabajo de fecha anterior al acta de infracción.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Conflicto colectivo. Interpretación de una norma aplicable a personal con diferentes relaciones de empleo

En la **STS de 26 de septiembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1819, se declara la incompetencia del orden social para conocer de un conflicto colectivo sobre la interpretación de un Decreto aplicable al personal adscrito a instituciones sanitarias de la Generalitat Valenciana. El TS manifiesta que al afectar la interpretación de la norma tanto a personal laboral, como estatutario y funcionarial, el orden jurisdiccional competente es el contencioso-administrativo.

B) Impugnación de un acuerdo entre una universidad y los sindicatos

Para conocer de la impugnación de un acuerdo suscrito entre una universidad y los sindicatos sobre la transformación en laborales de los contratos administrativos de diverso personal docente, es incompetente el orden social de la jurisdicción. Así lo ha declarado la **STS de 5 de diciembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2096, ya que, aunque el acuerdo se alcanzó en negociación colectiva, al aplicarse en el seno de la administración pública la jurisdicción competente debía ser la contencioso-administrativa.

C) Relación laboral. Inexistencia

a) Abogado con despacho que presta servicios a una mercantil en régimen de "iguala"

La **STS de 19 de noviembre de 2007,** Sala de lo Social, I.L. J 2172, declara la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la terminación de la relación de servicios mantenida por un abogado con un grupo de empresas en régimen de iguala. El TS pone de manifiesto la dificultad de que en este tipo de supuestos concurran las notas de dependendencia y ajenidad, ya que la asistencia letrada en procedimientos judiciales "(...) se caracteriza por la gran autonomía y libertad de carácter profesional y científica que la misma implica (...)".

b) Reclamación de cantidad de consejero delegado

La **STSJ de Aragón de 17 de octubre de 2007,** I.L. J 2413, estima la incompetencia del orden social para conocer de una reclamación de cantidad. El actor había sido designado miembro del consejo de administración y consejero delegado de la sociedad demandada. Además, el actor era titular de participaciones sociales de la demandada. La sentencia considera el carácter mercantil y no laboral de la relación, en tanto 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.

D) Relación ya extinguida con la Administración. Acción que pretende la declaración laboral de esa relación

La **STS de 27 de noviembre de 2007,** Sala de lo Social, I.L. J 2191, manifiesta la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de una demanda sobre la declaración de laboralidad de una relación mantenida con la Junta de Castilla y León, finalizada años atrás, a los efectos de obtener los méritos necesarios para la cobertura de una nueva plaza en la citada Administración. El TS señala que lo que se plantea era una cuestión prejudicial para acreditar un mérito en un concurso, siendo el orden contencioso-administrativo el competente para conocer la citada cuestión.

4. DEMANDA

A) Modificación sustancial

La **STS de 18 de septiembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1838, entiende que no se ha producido una modificación sustancial de la demanda en el acto del juicio. La modificación de salario y antigüedad efectuada por la parte actora se realizó de conformidad con el artículo 85.1 LPL, en base a la prueba documental aportada por dicha parte y sin ocasionar indefensión a la demandada, que pudo haber combatido dicha prueba documental en el acto del juicio.

B) Reconvención

La **STSJ de Aragón de 18 de septiembre de 2007,** I.L. J 2379, niega que sea necesario acudir a la vía de la reconvención y aprecia la excepción de compensación de deudas interpuesta por la sociedad demandada, al tratarse de una deuda en la que concurren los requisitos establecidos en el artículo 1196 del CC: existencia, liquidez y exigibilidad. Declara por tanto el TSJ que dicha excepción tiene su adecuado encaje en el artículo 85.2 LPL.

5. ACUMULACIÓN. ACCIONES

La **STS de 11 de octubre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1868, declara de oficio la nulidad de actuaciones por haber acumulado indebidamente dos acciones, la principal relativa a la impugnación de un convenio colectivo y la subsidiaria relativa a que se excluya a la federación sindical demandante de la aplicación de dicho convenio. El Alto Tribunal considera que se trata de una indebida acumulación de acciones que contraviene el artículo 73 LPL y, de forma específica, su artículo 27.2, que impide acumular a otras en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvención, las acciones de impugnación de convenios colectivos. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 15 de octubre de 2007,** I.L. J 2313, sigue el criterio del TS relativo a que en caso de acumulación de la acción de extinción contractual *ex* artículo 50 ET y la de despido, aunque se analicen ambas acciones conjuntamente, se resolverá con preferencia la demanda primero interpuesta en el tiempo.

6. EXCEPCIONES

A) Caducidad

La **STS de 24 de septiembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1884, confirma el criterio mantenido en anteriores sentencias, según el cual, el incumplimiento del plazo de resolución de 135 días en un procedimiento de recargo de prestaciones no produce la caducidad del procedimiento prevista en el artículo 44.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La razón es que dicho procedimiento no persigue la imposición de una sanción al empresario infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o sus beneficiarios. La **STS de 25 de septiembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2085, declara la caducidad de la acción de reconocimiento de un error judicial interpuesta por el actor, porque dicho plazo de caducidad no quedó interrumpido por la interposición ante el TC de un recurso de amparo, al no ser este recurso exigible en modo alguno.

B) Cosa juzgada

La **STS 10 de octubre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1800, desestima la excepción de cosa juzgada material porque los objetos de los dos procesos alegados eran muy distintos: en un caso, la validez de un laudo arbitral y, en el otro, cómo hacer efectiva una determinada norma convencional, cuestión que no fue resuelta en el anterior proceso. Por tanto, lo decidido en la primera sentencia firme no puede extenderse en otro proceso a cuestiones que no fueron objeto de estudio y resolución por aquélla. Sin embargo, la **STSJ de Aragón de 25 de septiembre de 2007,** I.L. J 2382, estima dicha excepción al existir absoluta identidad en ambos procesos entre los demandantes y demandados, los hechos expuestos por éstos como fundamento de la pretensión, las normas alegadas, así como los razonamientos jurídicos de los litigantes, con la única excepción del período de tiempo al que se refieren las peticiones de condena al pago de determinadas cantidades líquidas, que es distinto en cada uno de los dos procesos.

C) Falta de acción

La ya citada **STS de 10 de octubre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1800, desestima la excepción de falta de acción de la parte actora, por entender que la resolución administrativa que dio origen al procedimiento accedió a las pretensiones de la actora sólo de una forma cautelar. Por tanto, para encontrar una solución definitiva, la actora debía presentar demanda para determinar el sentido y alcance de una determinada norma convencional, lo que hizo a través del conflicto colectivo al que pone fin esta sentencia.

D) Falta de legitimación activa

La **STS de 23 de octubre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1978, confirma, por falta de contradicción, la sentencia recurrida que aceptó la excepción de falta de legitimación activa del abogado del estado para impugnar un convenio colectivo por ilegalidad, por cuanto los únicos sujetos legitimados para ello son los que prevén los artículos 161 y 163.1.a)

LPL. Por su parte, la **STS de 6 de noviembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2003, acepta la excepción de falta de legitimación activa de una asociación que ejercita demanda de revisión contra una sentencia firme dictada en un conflicto colectivo, al no haber acreditado su condición de sucesora de la asociación demandada en dicho conflicto colectivo, y, por tanto, su condición de parte perjudicada por dicha sentencia, como exige el artículo 511 LEC. Finalmente, las **SSTS de 2, 4, 10, 31 de octubre y 14 de noviembre de 2007,** todas de la Sala Cuarta, I.L. J 1875, 1967, 2023, 1943 y 2244, reconocen la legitimación activa de cualquier trabajador incluido en un ERE, aunque no lo hubiera impugnado, para accionar por despido por la falta de readmisión tras la anulación judicial de la resolución administrativa que autorizó el ERE.

E) Inadecuación de procedimiento

La **STS de 7 de noviembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2014, aprecia la excepción de inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo: el verdadero objeto del proceso no era interpretar un determinado artículo del convenio colectivo de aplicación, sino determinar si el salario que, por encima de dicho convenio, abonaba la empresa demandada, era o no compensable o absorbible, lo que constituye un problema que afecta a cada trabajador de forma individualizada, según las circunstancias concurrentes en cada caso, y no un problema colectivo y abstracto. Por el contrario, la ya citada **STS de 10 de octubre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1800, desestima dicha excepción por cuanto en este caso el objeto del proceso sí era la interpretación de un determinado artículo del convenio colectivo de aplicación, lo que constituye el objeto propio del conflicto colectivo interpuesto.

F) Prescripción

En materia salarial, las **SSTS de 25 de julio, 10, 15 y 19 de octubre, 20 de noviembre y 13 y 26 de diciembre de 2007,** todas de la Sala Cuarta, I.L. J 1889, 2088, 2024, 2091, 2264, 2277 y 2273, y las **SSTSJ de Murcia de 12 de septiembre de 2007,** I.L. J 2401 y 2402, declaran que, por aplicación del artículo 59.2 ET, en las reclamaciones de diferencias salariales interpuestas por trabajadores con el contrato suspendido en virtud de pacto de prejubilación, debe considerarse prescrita la deuda únicamente durante el período anterior al último año a contar desde la reclamación, al ser obligaciones de tracto sucesivo. También en materia salarial, las **SSTS de 17 y 26 de septiembre, 4 de octubre, 14 y 20 de noviembre y 11 de diciembre de 2007,** todas de la Sala Cuarta, I.L. J 1845, 1836, 1949, 2198, 2199 y 2154 establecen que el *dies a quo* para la reclamación de una cantidad reconocida en unos acuerdos de modificación de un convenio colectivo es la fecha en que aquéllos comenzaron su vigencia, y no en la fecha de la entrega a cuenta que la administración hizo al amparo de una previsión transitoria contenida en el citado convenio colectivo. La **STS de 29 de octubre de 2007,** Sala Cuarta. I.L. J 2078, reitera la doctrina unificada en relación con la interrupción de la prescripción de las acciones de reclamación individuales por la interposición de un conflicto colectivo vinculado a ellas, de modo que el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción coincide con la fecha de la firmeza de la sentencia colectiva. La **STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2007,** I.L.

J 2439, declara que la interposición de papeleta de conciliación y posterior demanda judicial, aunque desistida posteriormente, interrumpe la prescripción de una reclamación de cantidad por la realización de horas extraordinarias. Además, el *dies a quo* a partir del cual debe efectuarse el cómputo de dicha prescripción no es el último día de cada mes en el que se efectuaron dichas horas extraordinarias, sino el primer día del año siguiente a su realización, ya que se reclama el pago de horas extraordinarias derivadas del cómputo anual, es decir, las realizadas por encima de la jornada anual máxima indicada en el convenio colectivo. Por su parte, la **STSJ del País Vasco de 11 de septiembre de 2007,** I.L. J 2459, establece que el cómputo del plazo de prescripción de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios causados por el retraso en la reincorporación de un trabajador excedente se inicia en la fecha de la firmeza de la sentencia que estima su demanda de reincorporación. Finalmente, en materia de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, la **STSJ de Murcia de 17 de septiembre de 2007,** I.L. J 2403, declara que el plazo de prescripción de la acción para su reclamación no se inicia en la fecha del accidente, sino en la fecha de reconocimiento último de la prestación sobre la que se solicita dicho recargo.

7. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. *FICTA CONFESSIO*

Declara la **STSJ de Cataluña de 22 de noviembre de 2007,** I.L. J 2318, que la sentencia de instancia no razonó debidamente el no ejercicio de la facultad de dar por confesa a la demandada. Es cierto que la *ficta confessio* es una facultad del Juzgador que no opera de forma automática por la mera incomparecencia de la parte demandada. Sin embargo, como razona la sentencia, "(...) es necesario atender en cada caso (...) a las posibilidades reales de prueba existentes en cada caso, de forma que la facultad que se atribuye al Juez de tener por confesa o no a la parte no es omnímoda, sino que ha de atenerse a criterios de razonabilidad según las circunstancias concurrentes en el caso concreto. (...)". Y como quiera que en el caso analizado los hechos en los que la parte actora basaba su pretensión no podían calificarse de poco verosímiles, el hecho de que no se lograra la práctica de una prueba convincente debe perjudicar a la parte que no compareció, cuando pudo hacerlo y demostrar lo que a su derecho conviniera.

8. SENTENCIA. INCONGRUENCIA. EXISTENCIA

Un claro ejemplo de incongruencia por error es el contemplado en la **STS de 14 de noviembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2031. Dicha sentencia estima la alegada incongruencia, pues la sentencia recurrida no resuelve las pretensiones de la demanda y razona de forma equivocada sobre cuestiones que nada tienen que ver con lo discutido –desviándose del objeto del debate–, con la consiguiente indefensión para las partes por vulneración del artículo 24 CE. Por su parte, la **STS de 13 de noviembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2242, también estima la existencia de incongruencia en un proceso de impugnación de convenio colectivo. Se solicitaba por los demandantes la nulidad de un convenio colectivo por concurrencia con otro posterior al amparo del ámbito funcional y territorial de aplicación. En este sentido y al amparo de la jurisprudencia existente, la sentencia recurrida

incurre en incongruencia y vulnera el artículo 24 CE, por cuanto aun cuando los demandantes sólo pidieran la nulidad del convenio colectivo, en tal pretensión debe quedar incluida la cuestión relativa a la posible ineficacia aplicativa de tal convenio, de forma que al no estimarse la nulidad existía una obligación implícita de pronunciarse sobre esa ineficacia. Es por lo tanto incongruente la resolución que se ha limitado a desestimar la pretensión por no existir en sí misma la nulidad de la norma convencional.

9. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Limitación

Uno de los requisitos para que se paralicen los salarios de tramitación, es que el empresario comunique al trabajador que reconoce la improcedencia del despido. Según la **STS de 18 de septiembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1812, al no existir en la norma una exigencia de forma concreta para llevar a cabo esa comunicación, debe concluirse que el reconocimiento de la improcedencia puede ser expreso o tácito. En el supuesto enjuiciado, el trabajador recibió la comunicación a través del juzgado, en términos tales que no cabía dudar del contenido de la actuación empresarial. En consecuencia, se produjo en este caso ese reconocimiento tácito de la improcedencia del despido, que debe conllevar la limitación de los salarios de tramitación. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2007,** I.L. J 2399, analiza un supuesto en el que la empresa demandada realizó en plazo el correspondiente depósito judicial para limitar el devengo de los salarios de tramitación, aun cuando después –en la fecha de la conciliación administrativa previa– completó la cuantía del citado depósito, ingresándola en la cuenta del trabajador, al haberse detectado un error de cálculo, que fue denunciado en la papeleta de conciliación. Siendo éstos los hechos que concurren en el caso, el TSJ declara que se adeudan los salarios de tramitación hasta la fecha en que se completó la cuantía del depósito judicial.

B) Interpretación de error excusable en el cálculo de la indemnización

La **STS de 19 de junio de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1958, resume la doctrina jurisprudencial sobre error excusable y, desestimando el recurso, declara la inaplicación de dicha doctrina al caso enjuiciado.Y ello, porque existía una diferencia sustancial entre el salario declarado probado en la instancia y el que se utilizó por la empresa para calcular la indemnización por despido, salario que no fue impugnado en trámite de suplicación por la demandada. Las razones que apoyan la justificación del error excusable según la Sala se transcriben a continuación: "(...) Una es la complejidad de la estructura del salario, integrado frecuentemente por conceptos diversos, cuya percepción puede producirse o no, o puede depender en su cuantía o en su periodicidad, de circunstancias variables. Otra razón es la propia complejidad de las regulaciones jurídicas de la retribución del trabajo, donde la línea divisoria entre las percepciones salariales y las extrasalariales no siempre está nítidamente trazada, y de la indemnización básica de despido, que plantea el problema no siempre fácil de cómo se ha de computar el tiempo de servicio. Una ter-

cera razón en que se apoya la doctrina del error excusable es la eventualidad de padecer algún error aritmético en el cálculo de la indemnización básica de despido, no descartable incluso cuando se ha aplicado la diligencia que cabe exigir al empleador (...)". De otro lado, la **STS de 1 de octubre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2052, declara que no procede la exención de los salarios de tramitación al no existir error excusable en el cálculo de la indemnización. En este supuesto no existe complejidad en la estructura del salario, no se trata de un error aritmético ni tampoco de analizar conceptos de naturaleza extrasalarial. Simplemente, la empresa tomó indebidamente como referencia el salario neto del trabajador para el cálculo de la indemnización, en lugar de su retribución bruta. Es destacable también la **STS de 19 de octubre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2028. En ella se analiza si es posible que en un pleito de despido, en el que se ha reconocido la improcedencia y depositado la indemnización, (i) la parte actora discuta su categoría y consiguiente retribución y (ii) si esto puede afectar al parámetro de la oferta a los efectos de extender el devengo de los salarios de tramitación. La respuesta del TS a la primera cuestión es positiva; sin embargo, la sentencia declara que esa eventual reclamación en el pleito de despido "(...) no puede privar de efecto a la consignación realizada por el empresario, de acuerdo con las cantidades salariales que el trabajador ha venido percibiendo conforme a la categoría profesional fijada en el contrato y correctamente se hacen constar en la nómina, sin que hubiese existido discusión alguna al respecto durante la vigencia del vínculo contractual (...)". La **STS de 15 de noviembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2010, por el contrario, determina que no existe error excusable a los efectos de limitar el devengo de salarios de tramitación, en un supuesto en el que la empresa, a fin de calcular y depositar la indemnización por despido, no tuvo en cuenta la efectiva fecha de antigüedad del trabajador en la empresa; dicha fecha debe ser la del inicio de la relación a través del primer contrato eventual que se suscribió (mediante una empresa de trabajo temporal), pues se constata una contratación abusiva del empleado sin solución de continuidad.

C) Responsabilidad del Estado

Con fundamento en dos sentencias anteriores (SSTS de 30 de septiembre y 30 de diciembre de 1998) la **STS de 28 de noviembre de 2007,** Sala Cuarta. I.L. J 2234, vuelve a confirmar doctrina y declara que la responsabilidad del Estado por el exceso temporal de los 60 días hábiles desde la presentación de la demanda debe computarse hasta la fecha de notificación de la sentencia y no hasta la fecha en que ésta fue dictada, y ello porque al empleado deben abonársele los salarios hasta la fecha en que la sentencia se notifique.

D) Fecha a la que se adeudan cuando existe auto aclaratorio de la sentencia

Resulta muy interesante la **STS de 10 de octubre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1799, por cuanto, aun cuando no unifica doctrina por falta de contradicción, razona sobre una cuestión ya abordada en STS de 4 de marzo de 2002: si para determinar la fecha a la que se adeudan los salarios de tramitación hay que estar a la fecha de notificación de la sentencia o a la fecha de notificación del auto que aclara esa sentencia. El TS señala que esta fecha límite está unida a la opción entre la readmisión o la extinción indemnizada del contrato, pues es en ese momento cuando se concreta el contenido efectivo y real de la condena. Por ello, el TS entiende que si el auto que aclara la sentencia no modifica los datos del fallo

que repercuten en la opción (o no se admite la aclaración), los salarios de tramitación no deberían ampliarse hasta la fecha de notificación del auto. Por el contrario, si el auto modifica sustancialmente alguno de los extremos que se tienen en cuenta para el ejercicio de la opción "(...) es obligado reabrir de nuevo el plazo para efectuar esa opción, lo que a su vez determina que los salarios de trámite tengan que ser abonados hasta la notificación del auto (...)".

E) Descuento de lo percibido en otro empleo. Carga de la prueba

Al amparo de lo previsto en los artículos 217 LEC y 56.1.b) ET, sobre la empresa recae la carga de acreditar la cuantía de la retribución que el empleado demandante haya obtenido en otro empleo durante el período de devengo de los salarios de tramitación. Así lo declara la **STS de 10 de octubre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2022, por cuanto la empresa que opone dicho abono puede acudir a distintos medios de prueba para intentar acreditar tal cuestión (entre otros, requerir la aportación de nóminas al actor, solicitar al Juzgado requerimiento a la nueva empleadora a tales efectos y a la TGSS en relación con la acreditación de las bases de cotización), lo que en el supuesto enjuiciado no hizo.

10. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Afectación general

La **STS de 6 de noviembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1998, afirma que para apreciar la afectación general regulada en el artículo 189.1.b) LPL no es necesario que se hayan incoado muchos procesos judiciales en relación con una determinada cuestión; basta con la existencia de una situación de conflicto generalizado que alcance a un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social, aunque los procedimientos judiciales no se hayan iniciado. Asimismo, las **SSTS de 11 de octubre y de 19 de diciembre de 2007,** ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1922 y 2221, respectivamente, sintetizan la doctrina del TS en relación con la afectación general. Del contenido de estas sentencias se desprende que el requisito de la afectación general se cumple cuando: (i) sea notoria; (ii) haya sido alegada y probada en el juicio, y (iii) el asunto posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes.

b) Cuantía litigiosa

La **STS de 19 de septiembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1848, afirma que cuando se trata de cuestiones declarativas o de condena no dineraria, para determinar la procedencia o no del recurso en función de la cuantía hay que estimar el valor económico del pleito, es decir, los efectos económicos que puede alcanzar el cumplimiento de la declaración, recurriendo si es preciso a la técnica de la "anualización" del importe. En el caso concreto

analizado por esta sentencia se concluye que no debe admitirse el recurso de suplicación cuando el objeto del procedimiento judicial es el reconocimiento del derecho a disfrutar de cinco días adicionales de vacaciones, pretensión cuyo "(...) valor económico anual no supera el importe que fija el artículo 189 LPL para la procedencia del recurso de suplicación (...)". En este mismo sentido se pronuncian las **SSTS de 10 de octubre, 5 de noviembre y 17 de diciembre de 2007,** todas de la Sala Cuarta, I.L. J 2088, 2008 y 2341, respectivamente.

c) Resoluciones recurribles

Declara la **STS de 10 de octubre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1988, que es recurrible en suplicación la sentencia que deniega una lesión permanente no invalidante a un trabajador ya que se trata del "(...) reconocimiento o denegación del derecho a obtener una prestación de la Seguridad Social (...)". Por el contrario, confirma la **STS de 10 de octubre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1903, que no es recurrible en suplicación la sentencia que resuelve como pretensión principal una clasificación profesional, aunque esta pretensión vaya acompañada de una reclamación de diferencias retributivas.

B) Cuestión nueva. Caducidad

La **STS de 4 de octubre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2015, declara que se puede analizar en sede de suplicación una cuestión nueva no planteada en la instancia siempre que se trate de una materia de derecho necesario que afecte de forma relevante al orden público procesal y siempre que en el proceso hayan quedado probados con claridad los hechos en los que se basa la mencionada cuestión nueva. En el supuesto analizado por esta sentencia se discute si la caducidad de la acción puede examinarse en sede de suplicación cuando no se alegó en instancia. Según el TS "(...) sólo se puede formular válida y eficazmente tal alegación en el recurso, cuando en la sentencia de instancia hayan quedado plenamente acreditados los hechos sobre los que se funda dicha caducidad (...)".

11. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Falta de contenido casacional

La **STS de17 de septiembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1846, destaca la inexistencia de interés casacional en unificación de doctrina respecto de la calificación de conductas en materia de despido disciplinario, ante la dificultad de apreciar las identidades fácticas que impone el artículo 217 LPL. En concreto, afirma esta sentencia que "(...) la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 del ET no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico (...)". En este mismo sentido se pronuncia la **STS de 18 de diciembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2100.

B) Imposibilidad de revisión de hechos probados

Declara la **STS de 5 de noviembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1894, que la finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina impide que se revisen los hechos probados de las sentencias recurridas o abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba.

C) Cuestión nueva

La **STS de 1 de octubre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2052, inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina por fundamentarse en una cuestión nueva no planteada en las instancias judiciales anteriores. Declara la Sala que "(...) el carácter extraordinario del recurso de casación determina que será causa de inadmisión del recurso el que las normas citadas como fundamento de los motivos de impugnación no guarden la necesaria relación con las cuestiones debatidas en el nivel jurisdiccional en el que se dictó la sentencia recurrida (...)".

D) Contradicción

La **STS de 27 de noviembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2137, afirma que el requisito de la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de controversias, sino de una oposición de pronunciamientos recaídos en conflictos sustancialmente iguales y cuya identidad se debe establecer teniendo en cuenta los términos en que el debate se haya planteado en sede de suplicación.

E) Sentencia de contraste

La **STS de 17 de diciembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2294, señala que la sentencia de contraste no puede ser admitida para acreditar la contradicción que se alega por no gozar de firmeza en el momento de publicación de la sentencia recurrida. En este mismo sentido se pronuncia la **STS de 22 de noviembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2069.

F) Escrito de preparación

Afirma la **STS de 11 de diciembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2281, que constituye un defecto procesal insubsanable el que el escrito de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina no exponga el núcleo básico de la contradicción y no cite la sentencia o sentencias con la que la contradicción se produce.

G) Escrito de interposición

En las **STSS de 10 y 16 de octubre de 2007,** ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1951 y 1952, se declara que el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina debe contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada. La parte recurrente debe establecer la identidad de los supuestos a partir de los que afirma la existencia de contradicción, mediante una argumentación y un examen que sean sufi-

cientes para ofrecer a la parte recurrida y a la Sala los términos en que el recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos, lo que exige una comparación de los hechos de las sentencias, de sus fundamentos y del objeto de las pretensiones.

H) Infracción de ley

Las **SSTS de 4 de octubre y de 26 de diciembre de 2007,** ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1867 y 2354, consideran que el fundamento de la infracción de ley, como uno de los requisitos esenciales del recurso de casación para la unificación de doctrina, exige la denuncia razonada de los preceptos que se entienden infringidos por las sentencias recurridas. Asimismo, estas sentencias destacan que la obligación legal de fundamentar en el recurso la infracción legal denunciada no se cumple con indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que es requisito ineludible para su correcta observancia razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia.

12. RECURSO DE CASACIÓN. DEFECTOS EN LA FORMALIZACIÓN

La **STS de 14 de noviembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2058, desestima el recurso de casación por no señalar el concreto precepto legal infringido por la resolución impugnada y por no fundamentar dicha infracción. Por su parte, la **STS de 18 de octubre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1914, desestima el recurso de casación interpuesto por haber sido fundamentado en la infracción de una norma de convenio colectivo estatutario que previamente había sido declarada nula por una sentencia firme.

13. RECURSO DE REVISIÓN

A) Documentos que habilitan el recurso

Resumiendo la doctrina jurisprudencial en la materia, la **STS de 25 de septiembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1963, determina los requisitos para que los "documentos recobrados" puedan sustentar la pretensión revisora. A saber: (i) que ya existieran en el momento de dictarse la sentencia que se pretende revisar, y no los posteriores o sobrevenidos a ella; (ii) que hayan sido retenidos por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiese dictado el fallo, y (iii) que sean decisivos, esto es, que su sola presencia procesal hubiera determinado un signo distinto para el pronunciamiento. Tras este resumen, el TS desestima el recurso de revisión interpuesto por entender que no tiene la consideración de "documento recobrado" una sentencia recaída con posterioridad a la que se pretende impugnar. Por su parte, la **STS de 29 de septiembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 1888, admite el recurso de revisión interpuesto por un trabajador al que se le denegó indebidamente una prestación de Seguridad Social. Entiende el TS que tiene encaje en el artículo 510.1 LEC un justificante médico decisivo aportado en su día al expediente administrativo y que, pese a que el trabajador lo solicitó como prueba documental, la administración demandada no lo incluyó entre la prueba que aportó al juicio.

B) Maquinación fraudulenta

La **STS de 20 de octubre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2228, define lo que debe entenderse por maquinación fraudulenta y señala que se trata de "(...) un artificio puesto en práctica con intención maliciosa de llevar a la parte contraria, mediante engaño, a un situación desfavorable, que le acarrea una real indefensión, integrándose en este concepto la intencionalidad de la conducta y la eficiencia en la producción del resultado (...)". En el supuesto analizado, el TS admite el recurso de revisión por considerar acreditado que en el procedimiento por despido el actor buscó de manera maliciosa y fraudulenta la incomparecencia de la empresa al omitir intencionadamente el domicilio en el que podía ser citada. Por el contrario, la **STS de 5 de diciembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2350, considera que no existe maquinación fraudulenta cuando el actor identifica como domicilio de la empresa a efectos de notificaciones su domicilio social y no su sede administrativa.

C) Sentencia absolutoria en el orden jurisdiccional penal

La **STS de 4 de diciembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2356, recuerda que, en virtud del artículo 86.3 LPL, los presupuestos para que una sentencia dictada en el proceso penal actúe como motivo de revisión de una sentencia dictada en el proceso laboral son: que la sentencia absolutoria penal se deba a la inexistencia de hecho punible o a que el sujeto no hubiera participado en el mencionado hecho. A continuación, el TS desestima el recurso de revisión por considerar que en el caso de autos la absolución en el procedimiento penal se debió a inexistencia de pruebas suficientes sobre los hechos imputados y por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

14. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. INTERESES DE DEMORA

Las **SSTS de 3 y 24 de octubre de 2007,** ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1861 y 1974, afirman que la fecha inicial para el cómputo de intereses de demora cuando la deudora sea una administración pública es el de la sentencia de instancia y no la de los tres meses siguientes a la fecha de notificación de la sentencia de instancia que prevé la Ley General Presupuestaria. Afirma el TS que el plazo de tres meses concedido por la Ley General Presupuestaria "(...) no significa que ese tiempo haya de ser excluido del cómputo de los intereses, sino que tiene como finalidad facilitar a la Administración el control del gasto y conceder la autorización pertinente para el abono de la deuda, pero nada más (...)". Por otro lado y, en supuestos de insolvencia empresarial, la **STS de 7 de noviembre de 2007,** Sala Cuarta, I.L. J 2035, determina que la fecha inicial para el cómputo de intereses de demora en ejecución de sentencia para la Entidad Gestora responsable subsidiaria en el pago de prestaciones es la de la notificación del Auto que declare la insolvencia empresarial.

Lourdes Martín Flórez
Marta Navarro Garrote
Álvaro Navarro Cuéllar
Luis Pérez Juste

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Sumario:

Consideraciones preliminares. 1. El recargo de prestaciones por omisión de las medidas de seguridad. A) El expediente administrativo del recargo de prestaciones: inexistencia de caducidad por el transcurso del plazo de 135 días. B) Naturaleza del recargo de prestaciones. C) Requisitos. D) Criterios para fijar el porcentaje. E) *Non bis in idem*. **2. La responsabilidad del empresario en materia de prevención de riesgos laborales.** A) Alcance del deber de seguridad. B) Indemnización por daños y perjuicios. a) Aplicación del principio de reparación íntegra del daño. b) Fijación de la cuantía. C) Responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y subcontratista. a) Identificación de los conceptos de centro de trabajo y lugar de trabajo. b) Alcance: responsabilidad *in vigilando*.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente comentario jurisprudencial compendia las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de seguridad en el trabajo recogidas en las crónicas XIII a XVI de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* del año 2007.

En esta ocasión, la mayoría de los pronunciamientos versan sobre el plazo de caducidad del expediente administrativo del recargo de prestaciones. Al margen de esta cuestión, la naturaleza del recargo y la delimitación de la responsabilidad empresarial siguen centrando la atención de los tribunales.

1. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) El expediente administrativo del recargo de prestaciones: inexistencia de caducidad por el transcurso del plazo de 135 días

La principal cuestión de un importante grupo de sentencias se refiere a si existe o no plazo de caducidad en el procedimiento administrativo para la imposición del recargo de prestaciones regulado en el artículo 6.1 del RD 1300/1995, sobre reconocimiento

de incapacidades laborales, y el artículo 14.1. de su Orden de desarrollo de 18 de enero de 1996, una vez superado el plazo de 135 días sin que exista resolución administrativa al respecto. Todas las sentencias que se pronuncian al respecto coinciden en rechazar la caducidad del expediente –(**SSTS, de 25 de septiembre de 2007,** I.L. J 1842, **de 24 de septiembre de 2007,** I.L. J 1884, **de 1 de octubre de 2007,** I.L. J 1919, **de 26 de septiembre de 2007,** I.L. J 1965, **de 6 de noviembre de 2007,** I.L. J 2012, **de 14 de noviembre de 2007,** I.L. J 2041, **de 18 de octubre de 2007,** I.L. J 2165 y **de 20 de diciembre de 2007,** I.L. J 2359, y **del TSJ de Murcia de 17 de septiembre de 2007,** I.L. J 2403, y **de Cataluña de 5 de octubre de 2007,** I.L. J 2436 y **de 20 de septiembre de 2007,** I.L. J 2450)– siguiendo un mismo argumento jurídico.

El argumento utilizado es que la inactividad de la administración no puede perjudicar al trabajador que, no se olvide, no interviene en el expediente, no siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que la caducidad que establece se produce únicamente en los procedimientos en los que se ejerciten potestades sancionadoras y el recargo no tiene esa naturaleza. Por lo tanto, de no dictarse la resolución administrativa, el trabajador afectado podrá instar la vía judicial para el reconocimiento de su derecho puesto que el efecto del vencimiento del plazo máximo de resolución de un expediente administrativo no exime del cumplimiento de la obligación de resolver, con la consecuencia de dejar abierta la vía jurisdiccional. En la misma línea ha de mantenerse la obligación de resolver de la entidad gestora.

B) Naturaleza del recargo de prestaciones

Según los fallos del TS, en **SSTS de 24 de septiembre de 2007,** I.L. J 1884; **de 14 de noviembre de 2007,** I.L. J 2041, y **de 18 de octubre de 2007,** I.L. J 2165, el recargo de prestaciones no se puede delimitar como una sanción o gravamen al empresario sino como una indemnización, pues el reconocimiento de un derecho patrimonial a la víctima se deriva de la potestad sancionadora de la Administración, sino de un incumplimiento por parte del empresario de la deuda de seguridad inherente al contrato de trabajo. Por ello, tiene más bien una función disuasoria, lo que lo diferencia de la indemnización típica con función resarcitoria y de la multa o sanción administrativa de contenido punitivo.

C) Requisitos

Las **SSTSJ de Cataluña de 20 de septiembre de 2007,** I.L. J 2450 y **de 5 de octubre de 2007,** I.L. J 2436, y **de Cantabria de 29 de diciembre de 2007,** I.L. J 2325, señalan los requisitos de aplicación del recargo. Así, dado su cierto carácter punitivo, ha de aplicarse restrictivamente. A su vez, ha de concurrir una adecuada relación causal entre el siniestro productor del resultado lesivo y la conducta del empresario. Y, por último, es necesario que dicha conducta consista en una omisión de las medias de seguridad, ya sea por una falta de medidas preventivas o bien por una inutilización o deficiente funcionamiento, pudiendo afectar la omisión tanto a las medidas generales como a las particulares de seguridad, atendidas las características de la relación laboral y sus condiciones de trabajo.

Con todo, para imponer la responsabilidad a la empresa es preciso un elemento de voluntariedad a título de dolo, culpa o, al menos, negligencia. *A sensu contrario,* no responde por el recargo si prueba que ha adoptado todas las medidas oportunas y han instruido adecuadamente al trabajador sin que éste las ha utilizado o bien porque el evento acontece de manera fortuita, de forma imprevista o imprevisible o porque haya concurrido una imprudencia temeraria del trabajador.

D) Criterios para fijar el porcentaje

Varias sentencias se pronuncian respecto de los criterios que se pueden tener en cuenta a la hora de fijar el porcentaje de esta figura. Así, habrá que tener en cuenta si existían o no medidas de seguridad y, en el caso de que así fuese, sus posibles deficiencias –**STS de 26 de septiembre de 2007,** I.L. J 1965–; la adecuada formación e instrucción del trabajador –**STSJ de Cantabria de 29 de diciembre de 2007,** I.L. J 2325– o la existencia de las dificultades reales para identificar un riesgo, que se hace además efectivo a través de la intervención de un tercero –**STSJ de Cantabria de 11 de octubre de 2007,** I.L. J 2311–.

E) *Non bis in idem*

El Tribunal, en **STSJ de Cantabria de 5 de octubre de 2007,** I.L. J 2436, ratifica la doctrina que sostiene que el incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales es susceptible de provocar diversas responsabilidades penales, civiles y administrativas, siendo la figura del recargo independiente y compatible con todas ellas. Por ello, no se tiene por qué paralizar su expediente por el hecho de que la resolución administrativa sea impugnada en la vía contencioso-administrativa y que haya que esperar a que ésta sea firme para aplicar el recargo. La incompatibilidad se dará en todo caso entre la responsabilidad administrativa y la penal por la aplicación del principio *non bis in idem*, doctrina que no se aplica al recargo de prestaciones.

2. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A) Alcance del deber de seguridad

Respecto del contenido de la deuda de seguridad del empresario, las **SSTSJ de Cataluña de 20 de septiembre de 2007,** I.L. J 2450 y **de Cantabria de 29 de diciembre de 2007,** I.L. J 2325, recuerdan el alcance del deber de seguridad o deuda de seguridad que el empresario tiene con sus trabajadores.

En este sentido, los artículos 4.2.d) y 19.1 del ET, establecen como un derecho básico de la relación laboral el deber de seguridad de los trabajadores en la prestación de sus servicios, así como su derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene. A su vez, los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 de la LPRL especifican el contenido de deber de protección del empresario, siendo un deber incondicionado y prácticamente ilimitado,

que comprende, incluso, los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador o de un tercero y que implica que debe organizarse el trabajo y procurarse de los medios de seguridad en las instalaciones de trabajo en la forma más adecuada para aminorar el riesgo o evitar sus consecuencias. No obstante, ello no quiere decir que por el hecho de que acaezca el accidente haya necesariamente una violación de las medidas de seguridad pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar, en todo caso, aquella consecuencia cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones.

Un ejemplo concreto de hasta dónde puede llegar este deber de seguridad lo encontramos en la **STSJ de Cataluña de 5 de octubre de 2007,** I.L. J 2436, que incluye dentro de éste la obligación del empresario de una acción permanente con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes y que le obliga a tener en cuenta la evolución de la técnica y sustituir los elementos peligrosos por aquellos que entrañen poco o ningún riesgo y eviten, de esta manera, el resultado lesivo.

B) Indemnización por daños y perjuicios

a) Aplicación del principio de reparación íntegra del daño

En relación con si se ha de deducir o no del capital coste de la pensión de invalidez el recargo de prestaciones, la **STS de 3 de octubre de 2007,** I.L. J 2086, se manifiesta en sentido negativo. Para ello, parte de la delimitación del daño como un único objeto indemnizable debiendo deducir de la cifra en la que se cuantifique todas y cada una de las compensaciones económicas reconocidas, salvo las que figuren unidas al recargo dado su carácter sancionador y su finalidad disuasoria y coercitiva.

Ello es así por la aplicación del principio del derecho a la reparación íntegra que obliga a todo aquel que causa un daño a repararlo, lo que en el ámbito laboral, a falta de norma que baremice las indemnizaciones o establezca topes, en principio la indemnización procedente deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios que como consecuencia del accidente se sufra. Asimismo, este principio exige la proporcionalidad entre el daño y la reparación por lo que ésta no deberá exceder el daño o perjuicio sufrido puesto que en caso de que no fuese así estaríamos ante un enriquecimiento injusto por parte del trabajador.

A su vez, recuerda que la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada de la relación de trabajo al tratarse de una dualidad de pretensiones que son compatibles entre sí. Así la indemnización vía artículo 1902 del Código Civil es independiente de cualquier otra cantidad ya percibida por el trabajador, sin que pueda minorarla puesto que responden a fundamentos distintos, tratándose, además, de un sistema coherente de complementariedad en las indemnizaciones hasta lograr la reparación íntegra del daño.

b) Fijación de la cuantía

De nuevo, hay que mencionar el fallo del TS, en **STS de 3 de octubre de 2007,** I.L. J 2086, ya que fija los criterios que habrá que tener en cuenta para cuantificar la indemnización como son la naturaleza de los hechos, el grado de culpabilidad, la dependencia económica, las sumas ya percibidas y los criterios legales que pueden ser de referencia, que, en el ámbito laboral, alcanzarán sin limitación a los daños derivados del accidente, aunque los tribunales podrán acudir analógicamente a otras normas del ordenamiento jurídico que establezcan módulos indemnizatorios.

C) Responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y subcontratista

a) Identificación de los conceptos de centro de trabajo y lugar de trabajo

Según la doctrina del TS, en su **STS de 10 de diciembre de 2007,** I.L. J 2205, a efectos de la aplicación de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales hay que identificar ambos conceptos, tal y como se desprende del artículo 2 del RD 171/2004, de 30 de enero, que desarrolla el artículo 24 de la LPRL. En este ámbito, el estricto concepto de centro de trabajo del artículo 1.5 ET no resulta aplicable siendo más adecuado la referencia a lugar de trabajo. Así se entenderá por centro de trabajo cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo, siendo empresario titular del centro de trabajo la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo.

Por ello, si a una empresa se le ha adjudicado una obra para su ejecución y decide subcontratarla lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir, al igual que los beneficios de la contrata, de forma que responde solidariamente por la falta de información que le era exigible en relación con los trabajadores de la empresa subcontratista.

b) Alcance: responsabilidad *in vigilando*

Las **SSTSJ de Cantabria de 11 de octubre de 2007,** I.L. J 2311 y **de 29 de diciembre de 2007,** I.L. J 2325, se pronuncian sobre la extensión de la responsabilidad del empresario principal por el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de los contratistas o subcontratistas. Para el Tribunal, lo importante es que el hecho se haya producido dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal por lo que deberá responder en la reparación del daño causado.

Hay que tener en cuenta que el trabajo tiene lugar bajo el control y la inspección de la empresa principal, en sus lugares, centros o dependencias, y además los frutos le repercuten, produciéndose una situación en la que participan trabajadores de varias empresas. A su vez, el empresario asume una deuda de seguridad con todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control, incluidos los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista, que no es sino la aplicación del principio:

> "Quien está en condiciones de obtener un beneficio debe estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo."

Todo ello es manifestación de la responsabilidad *in vigilando* del empresario, lo que no implica que estemos ante un control máximo y continuado, pero sí efectivo, puesto que es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al trabajador de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral.

Dentro de éste queda comprendida la obligación de informar al resto de empresarios de los riesgos existentes o previsibles en función de la imposibilidad de identificar el riesgo por un técnico cualificado, información que ha de ser suficiente y adecuada con los riesgos existentes.

José Luis Goñi Sein
Margarita Apilluelo Martín
Manuel González Labrada
Elisa Sierra Hernáiz

Notas bibliográficas
(Libros y Revistas)

N. MENDOZA NAVAS
Prevención de riesgos laborales: la regulación convencional

[Editorial Bomarzo (Colección Estudios), Albacete, 2007]

GEMMA MARÍA SOBRINO GONZÁLEZ

Desde la promulgación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, son numerosos los estudios que han abordado esta materia. Sin embargo, la obra de la profesora Natividad MENDOZA rompe con las investigaciones tradicionales al centrar su monográfico en uno de los aspectos esenciales de esta disciplina como es el tratamiento convencional de la salud y seguridad en el trabajo. Novedosamente, la obra se realiza desde una vertiente doctrinal sustentada, además, en el análisis de los convenios colectivos publicados en el Boletín Oficial del Estado desde la entrada en vigor de la Ley 31/1995, logrando así un trabajo de conjugación entre lo conceptual y lo analítico totalmente innovador en el estudio de la salud y seguridad en el trabajo.

Prevención de riesgos laborales: la regulación convencional se estructura en dos partes. La primera de ellas analiza la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva desde una perspectiva formal. Y la segunda estudia los derechos de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral, haciendo especial hincapié en aquellas cuestiones referidas a los equipos de trabajo y medios de protección, formación, vigilancia de la salud y participación de los trabajadores en este orden.

A su vez, cada una de las partes en que se vertebra la obra de la profesora MENDOZA se encuentra dividida en capítulos. De modo que la primera parte de la referida monografía consta de dos capítulos. El primero de ellos estudia básicamente la terminología en materia de seguridad y salud poniendo de manifiesto en reiteradas ocasiones cómo los convenios colectivos asumen un lenguaje propio sobre las disposiciones que expresamente deroga la Ley 31/1995; y, a su vez, apuntando también el hecho de que la negociación colectiva no exprese la debida atención a la redacción de los preceptos que regulan este aspecto de las relaciones de trabajo.

El segundo capítulo, titulado "Situación de la seguridad y salud en el trabajo en la negociación colectiva", se detiene en la ubicación de la seguridad y salud en el trabajo en los diferentes apartados de la muestra de convenios colectivos revisados. Natividad MENDOZA clasifica los convenios colectivos alrededor de tres categorías en función del modo en que éstos tratan esta cuestión. El primer modelo sería aquel en el que los convenios colectivos contienen un espacio autónomo dedicado a la seguridad y la salud en el trabajo, aunque en ellos también se incluyen ciertas medidas que carecen de proximidad alguna con la materia, como es el caso de la conciliación de la vida laboral y familiar, robos, deterioro de mercancías o seguros. El segundo modelo se correspondería con los convenios colectivos en los que la prevención de riesgos laborales comparte título con otras materias con las que tampoco guarda conexión directa, observándose apartados denominados "salud laboral e igualdad de oportunidades", "formación y seguridad y salud laboral", "salud laboral y derechos sindicales" o "productividad, absentismo y seguridad e higiene". Finalmente, el tercer modelo sería aquel en el que la prevención de riesgos laborales no cuenta con un espacio independiente y claramente

identificado, analizándose en capítulos que detallan otras circunstancias particulares de la relación de trabajo como son jornada, movilidad funcional, acción social o derechos sindicales.

La segunda parte de la obra que nos ocupa consta de cinco capítulos, todos ellos dedicados a los derechos de los trabajadores en materia de seguridad y salud. El capítulo primero contiene una visión general de la prevención de riesgos laborales en la norma para alcanzar la conclusión de que la mayoría de los convenios colectivos o bien eluden esta cuestión, o bien reproducen el contenido literal establecido en la Ley 31/1995.

El capítulo segundo lleva por título "Equipos de trabajo y medios de protección". Sobre este particular la autora subraya que los preceptos relacionados con esta materia se ubican, en numerosas ocasiones, en capítulos de los convenios que tratan cuestiones tales como excedencias, derechos sindicales o régimen económico. Lo que denota cómo la negociación colectiva apenas aporta elementos de interés llegando incluso a proponer regulaciones por debajo de los mínimos fijados legalmente e incluso planteando este derecho como un deber del trabajador.

El tercer capítulo versa sobre la formación del trabajador en materia de seguridad y salud. La autora señala cómo, por lo general, la negociación colectiva se remite a la disposición general (artículo 14 Ley 31/1995) o reproduce textualmente los preceptos de la Ley que regulan la formación, e incluso se presenta como una obligación, o aparece ligada a la cualificación profesional del trabajador o al progreso económico y a la competitividad de la empresa. A pesar de tratarse de un principio de la acción preventiva cuya prestación constituye un deber del empresario a quien corresponde garantizar el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud.

El cuarto capítulo está dedicado a la vigilancia de la salud, recogida en el artículo 22 de la Ley 31/1995. La profesora Natividad MENDOZA resalta que esta materia generalmente se contempla en apartados de los convenios que no guardan relación con la salud y seguridad en el trabajo como son beneficios sociales o complementos de acción protectora de la Seguridad Social. Además, destaca que no siempre se respeta lo establecido en el referido precepto, señalando que en ocasiones los reconocimientos médicos son impuestos con carácter obligatorio, que no siempre se programa una vigilancia periódica de la salud o que no se respeta la confidencialidad que exige la norma en estos procesos.

Por último, el quinto capítulo examina los derechos y órganos específicos de participación de los trabajadores en materia de seguridad y salud, delegados de prevención y comité de seguridad y salud, en concordancia con la Ley 31/1995, que dicta, entre otros, la capacidad de "(…) la negociación colectiva para articular de manera diferente los instrumentos de participación de los trabajadores en la empresa, incluso desde el establecimiento de ámbitos de actuación distintos a los propios del centro de trabajo, (…)".

A. BENAVIDES VICO

Manual práctico de contratación laboral. Cómo formalizar el contrato adecuado

[Lex Nova, Valladolid, mayo 2008, 446 páginas]

LEX NOVA

El contrato de trabajo se configura como uno de los elementos esenciales en los que se manifiesta la relación laboral; además, constituye una de las medidas de gestión laboral más importantes por su habitualidad. Al año se formalizan en nuestro país más de catorce millones de contratos de trabajo, por lo que su repercusión en la administración y gestión del personal de la empresa es muy importante.

En nuestro ordenamiento jurídico laboral existen variadas modalidades de contratos de trabajo, constituyendo la selección de un

tipo u otro de contrato a formalizar una decisión de enorme trascendencia en el ámbito de la gestión laboral de la empresa, puesto que esta decisión puede tener importantes repercusiones tanto por la inadecuación del contrato a los requisitos de la correspondiente modalidad contractual como, desde un punto de vista de la reducción de costes, por la posible aplicación de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social así como en determinadas subvenciones que se generan en distintos tipos de contratos.

En el presente libro, tras analizar las características y requisitos del contrato de trabajo y de la relación laboral para diferenciarla de otro tipo de posibles relaciones jurídicas, se relacionan una serie de prestaciones de servicios excluidas del marco de la relación laboral, así como de las relaciones laborales de carácter especial, enumerándose éstas.

Por otro lado, se estudian los requisitos de capacidad que deben cumplir el empresario y el trabajador para poder formalizar válidamente un contrato de trabajo. Junto a ello, además, se realiza un pormenorizado análisis del posible período de prueba que se puede contemplar en los contratos de trabajo.

Constituye la parte esencial y básica del manual el análisis práctico, de forma muy asequible y teniendo en cuenta los criterios administrativos de la DGT y la jurisprudencia más destacada, de las distintas modalidades de contratos de trabajo, indefinidos, fomento de la contratación indefinida, fijos-discontinuos, tiempo parcial, duración determinada, fomento de empleo, así como otros tipos vigentes en nuestro marco laboral, enumerando el autor, en cada uno, sus requisitos, forma, tramitación, efectos y la existencia de posibles bonificaciones.

Por último, conviene destacar, que este libro se acompaña, además de con un extracto de la normativa básica sobre contratación laboral, con ejemplos, cuadros-resumen y modelos de los contratos y de cláusulas contractuales que facilitan la comprensión y el mejor entendimiento de la materia.

VVAA

Seguridad del producto y prevención de riesgos laborales: Guía del fabricante y del empresario

[Lex Nova, Valladolid, mayo 2008, 422 páginas]

LEX NOVA

La repercusión del derecho comunitario en el nuestro propio ha tenido y tiene una gran transcendencia en diversas materias y, sin duda, entre ellas se encuentra la que trata la prevención de riesgos laborales.

Consecuencia de esta repercusión y con el fin de conseguir una armonización de las legislaciones sobre seguridad del producto, se ha instaurado un nuevo sistema para certificar y acreditar la seguridad de los productos que circulan en la Unión Europea; de ahí la importancia de la obra que ahora se comenta, puesto que ésta ofrece una descripción detallada y sencilla de esta nueva normativa.

Para llevar a cabo este objetivo, el autor divide la obra en diez capítulos, los cuales desarrollan principalmente tres importantes materias:

En el primero de los capítulos se aborda el tema de la seguridad en el producto y las obligaciones del fabricante derivados de la Ley de prevención de riesgos laborales. En esta parte de la obra se pone de manifiesto la relevancia de la normativa, tanto nacional como comunitaria, sobre la seguridad del producto en el ámbito laboral.

El segundo se centra en los requisitos de seguridad que deben reunir las máquinas, al tiempo que se especifican una serie de medidas de seguridad que deberían ser adoptadas ante determinados peligros.

En los siguientes el autor ofrece un estudio exhaustivo de la seguridad que deben aportar diferentes aparatos como los equipos a presión, pantallas de visualización de datos, equipos de protección individual, etc.

En resumen, la presente obra se enfrenta con gran brillantez a una de las complejas realidades de nuestros días, por lo que puede considerarse de suma utilidad para los profesionales que se encuentran inmersos en este entramado, profesionales tales como los fabricantes de productos de trabajo y los empresarios que los adquieren.

Todo ello permite realizar un valoración positiva de la monografía y aconsejar su estudio.

M. CASADO ABARQUERO

La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional

[Aranzadi (Global Law Collection), Pamplona, 2008, 409 páginas]

IGNACIO GARCÍA-PERROTE

Las relaciones laborales han ido adquiriendo una dimensión internacional, consecuencia de la progresiva desaparición de las fronteras y del proceso de globalización que caracteriza los mercados actuales. Sin duda, esta internacionalización del contrato de trabajo debe tener una repercusión en los trabajos de la doctrina científica. A ello obedece la monografía *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, la cual me es muy grato reseñar.

La sistemática del libro, prologado por José Luis IRIARTE ÁNGEL (Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pública de Navarra), sigue un esquema tradicional propio de la disciplina internacional privatista: Al primer capítulo, en el que se analiza la siempre compleja cuestión de la autonomía de la voluntad de las partes para calificar la relación contractual, le siguen otros tres en los que se aborda el problema de la manifestación de la capacidad rectora de las partes en el ámbito de la competencia judicial internacional (II) y en el de la determinación del Derecho aplicable (III), finalizando el estudio con el análisis de las normas imperativas que limitan la autonomía de la voluntad de los contratantes (IV). La distribución de los temas es clara e intuitiva y el estilo empleado por la autora preciso y directo, huyendo de retóricas innecesarias. De esta forma, se acerca con amabilidad al lector a una problemática tremendamente compleja que requería ser objeto de un estudio profundo y global, como el que ahora se presenta.

En el primer capítulo la autora aborda el interesante –y ya se ha dicho que complejo– problema de la calificación del contrato de trabajo, una vez negado cualquier margen de actuación a la autonomía de la voluntad de las partes en este ámbito. El análisis no se detiene en la tradicional definición del contrato de trabajo que entiende por tal aquel por el que los trabajadores voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empresario. La autora es consciente de que esta definición, común en los países de nuestro entorno, no solventa los problemas de la calificación *ope legis*, según la cual el legislador interno, al atribuir *ex lege* carácter laboral o no laboral a una prestación de servicios de naturaleza controvertida, traza lo que ella denomina "fronteras ficticias de la laboralidad". Estas fronteras difieren de unos países a otros, razón por la cual el debate sobre la calificación del contrato de trabajo se reaviva cuando éste adquiere un carácter internacional. Para solventarlo, y tras un estudio innovador sobre los problemas de coordinación que se pueden plantear en el ámbito de la Seguridad Social, la autora aboga por una calificación territorial del contrato que, en principio, tenga en cuenta el concepto de trabajo vigente en el territorio del Estado en el que principalmente el trabajador preste sus servicios.

El segundo capítulo se detiene en un tema primordial: la manifestación de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la competencia judicial internacional. Los foros internacionales en el orden social han sido objeto de un estudio relativamente reciente (Pilar JUÁREZ PÉREZ, *Orden social y litigios internacionales: competencia judicial internacional*, Comares, Granada, 2002). Sin embargo, el valor de la aportación realizada por la autora reside, no tanto en el estudio de los foros estrictamente considerados, sino en subrayar la trascendencia que la determinación del juez internacionalmente competente puede tener sobre el Derecho que resulte aplicable a la relación laboral, así como en denunciar las restricciones innecesarias a la autonomía de la voluntad que no están justificadas por razones de protección de la parte débil de la relación contractual.

El tercer y cuarto capítulo de la monografía se destinan al estudio de la autonomía de la voluntad en la designación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional. Tras analizar los puntos de conexión empleados por la norma de conflicto, así como los principales problemas que plantean, la autora se introduce con maestría en el estudio de los mecanismos correctores de la autonomía de la voluntad o, dicho en otros términos, en el estudio de las normas imperativas e internacionalmente imperativas que limitan la capacidad rectora de las partes. Se trata de un estudio tan interesante como complejo y necesario puesto que, en el ámbito laboral internacional, la aproximación a esta categoría normativa era prácticamente inexistente y siempre desde una perspectiva teórica y abstracta. La autora, a través de un riguroso y exhaustivo análisis jurisprudencial, aporta una serie de pautas que pueden facilitar su identificación.

La ausencia de bibliografía en esta materia, la actualidad del tema, así como el rigor, precisión y claridad con los que se abordan los problemas que suscitan las relaciones laborales internacionales, hacen de esta monografía una obra de incuestionable valor doctrinal y práctico. A ello ha debido de contribuir la doble condición de la autora (profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Deusto y abogada en ejercicio). Me atrevo a decir que Marta CASADO ABARQUERO maneja con soltura la disciplina internacional privatista y –me permito afirmar con mayor seguridad– el Derecho del Trabajo y su visión, eminentemente práctica, le ha llevado a identificar problemas que hasta ahora habían sido poco advertidos por la doctrina. En definitiva, se trata de un libro que, sin duda, será un punto de referencia obligado para futuros trabajos en materia laboral internacional.

VVAA

Aspectos prácticos de la reforma de la Seguridad Social

[Lex Nova, Valladolid, mayo 2008, 416 páginas]

LEX NOVA

La elevación a rango normativo de los compromisos asumidos por el Gobierno en el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social suscrito el 13 de julio de 2006 y la repercusión que ello tiene para el día a día, hace necesaria una clarificación de la materia y con esta finalidad nace la obra de la que se da noticia.

Este libro constituye, por tanto, una óptima herramienta para el entendimiento de la nueva situación surgida en torno a la Seguridad Social, no sólo para los profesionales de la materia, sino para todos los ciudadanos, ya que abarca temas que afectan a muchos y muy variados sectores de la población.

La monografía ofrece una exposición clara y sistemática de la reforma de la Seguridad Social. Para ello durante once capítulos los autores han detallado y explicado de forma práctica todos los aspectos relevantes de la ley que dio lugar a la reforma (Ley 40/2007).

Las materias tratadas en esos once capítulos puede ser agrupadas de la siguiente forma:

incapacidad (temporal y permanente), jubilación, protección por muerte y supervivencia (tanto en los matrimonios como en las parejas de hecho), pensión por orfandad, modificaciones en el régimen de los funcionarios públicos, etc. Para finalizar en el capítulo undécimo se lleva a cabo un comentario de varias de las disposiciones adicionales de la citada Ley abordando temas como la protección de los trabajadores expuestos a enfermedades profesionales.

Se trata, en definitiva, del estudio de una materia imprescindible y de máxima actualidad lo que ya de por sí hace atractiva su lectura a lo que además contribuye de forma muy significativa la aportación intelectual del profesor Mercader Uguina y del letrado Trillo García junto a un grupo de juristas de reconocido prestigio.

J. ROMERAL HERNÁNDEZ

El delegado de prevención

[Lex Nova, Valladolid, junio 2008, 404 páginas]

LEX NOVA

El Delegado de Prevención constituye una figura central o nuclear en la dinámica y desarrollo de los recursos preventivos de las empresas, especialmente en las de menor dimensión donde el cumplimiento de las medidas de seguridad laboral encuentra obstáculos mayores por razones económicas y sociales relacionadas con la "cultura preventiva".

Sin embargo, y a pesar de la importancia del Delegado de Prevención en la reducción de la siniestralidad laboral y en la mejora de las condiciones de trabajo, nuestro Derecho ofrece actualmente una regulación, legal y reglamentaria, parca y diversa.

Por ello, para poder construir el régimen jurídico del Delegado de Prevención, Josefa Romeral Hernández, ha tenido que indagar en un conjunto de fuentes normativas bien heterogéneo, tanto por su procedencia como por su rango jerárquico, y así ha tenido en cuenta disposiciones estatales, y normas convencionales, sin olvidar los escasos pero muy relevantes preceptos contenidos en las normas internacionales y comunitarias.

En esta monografía se realiza, desde una deliberada amplia perspectiva, un estudio jurídico integral de la figura del Delegado de Prevención, que arranca de los orígenes y precedentes útiles de la figura para, a partir de ahí, ahondar en su naturaleza jurídica y finalidad, aplicada al vigente Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales, que se anticipa al accidente y que pretende lograr la seguridad integral mediante la integración de la prevención en todos los niveles de la empresa.

Se centra en determinar, con el máximo rigor, cuál es el papel que le corresponde al Delegado en orden al sostenimiento y consolidación de esta nueva cultura de la prevención, detectando, al tiempo, las deficiencias de su regulación, todo ello enmarcado en un contexto de democracia industrial que demanda, según la autora, procesos cada vez más interactivos entre las empresas y los trabajadores a fin de lograr un crecimiento sostenible en la responsabilidad social.

Por último, conviene destacar que la amplia experiencia de la autora en esta materia, en cuanto que además de profesora integrada en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos, es Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales, dedicándose a asesorar, durante bastantes años, a empresas en esta disciplina, le permite aportar soluciones a problemas concretos, tanto normativos como convencionales o jurisprudenciales, perfilando de un modo más conveniente y certero esta importante figura, acomodándola a las nuevas realidades productivas de nuestro país y abriendo un camino decidido en las condiciones de trabajo.

VVAA

Seguridad en el trabajo. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, Valladolid, 11ª edición, junio 2008, 474 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que ya alcanza su undécima edición, está dirigido hacia aquellas personas interesadas en ampliar sus conocimientos y especializarse en la rama de Seguridad en el Trabajo tras haber seguido el estudio oficial correspondiente a la parte obligatoria.

Asimismo, la obra constituye una óptima herramienta para ser utilizada por los técnicos en prevención de nivel superior dedicados a la disciplina de seguridad y por los técnicos proyectistas cuya función sea la de revisar lugares de trabajo, instalaciones o centros de empresa con el fin de adecuarlos a las pertinentes exigencias legislativas en la materia.

Los autores, de forma clara y minuciosa, con una exposición de fácil entendimiento para cualquier estudiante o profesional de la materia, hacen un análisis de los posibles y más habituales riesgos de distintas actividades laborales, estructuradas en catorce capítulos, los cuales vienen a ser una fiel representación de casi toda la población trabajadora. Dicho análisis se realiza tomando en consideración factores como el volumen de trabajo, número de personas expuestas al posible perjuicio y el propio riesgo o porcentaje de que éste ocurra como consecuencia del desempeño de tales funciones.

El estudio de estas profesiones no es hermético, es decir, no se cierra con la lista de actividades recogidas en los capítulos del libro, ya que muchas de las recomendaciones sugeridas para éstas son extrapolables a otras que tienen en común con las primeras equipamientos, puestos de trabajo, métodos profesionales, etc. Esto pone de relieve el amplísimo terreno abarcado por el contenido del manual.

Antes de entrar en cada materia concreta se ofrece al lector una breve, pero precisa, introducción para ponerlo en contacto con el tema que va a ser objeto de posterior estudio en las sucesivas páginas.

Las distintas cuestiones abordadas se ven complementadas, en algunos casos, con textos legales, recogidos de forma literal por razón de su importancia y cotidianidad en el uso que de ellos se hace en el ámbito preventivo.

En esta edición se incluye, un CD-ROM que, además de recoger la normativa y la documentación complementaria y de posibilitar el acceso a la información que sobre la materia se recoge en www.lexnova.es/prevención, contiene las cuestiones de evaluación, donde el alumno con medios informáticos puede utilizar poniendo, de este modo, a prueba los conocimiento adquiridos.

En definitiva, sirviéndose de la obra se hallan respuestas y soluciones fácilmente asimilables y comprensibles para el lector a los múltiples problemas y conflictos de empresas que tan cotidianamente surgen en la esfera de la seguridad de los trabajadores durante el desempeño de sus trabajos.

Finalmente, hay que resaltar el hecho de que la publicación haya alcanzado una 11ª edición como prueba del éxito conseguido dentro de un mercado tan complejo como el de la prevención de riesgos laborales.

A. PASTOR MARTÍNEZ

La vigencia del convenio colectivo estatutario. Análisis jurídico de su dimensión temporal

[Lex Nova, Valladolid, junio 2008, 511 páginas]

LEX NOVA

Dada la eterna tensión entre la estabilidad y la dinamicidad del derecho, en una materia como es la del convenio colectivo se venía haciendo necesaria la existencia de la presente obra que aborda, por primera vez en nuestra disciplina laboral de manera completa y transversal, la dimensión temporal del convenio colectivo analizando, a lo largo de sus cuatro capítulos, problemas de suma importancia como son, entre otros, los requisitos formales que determinan la vigencia del convenio colectivo, la ultraactividad, la prórroga, la denuncia o la nulidad.

PASTOR MARTÍNEZ (Doctor en Derecho y Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Barcelona), en función del objeto de la obra, comienza su trabajo atendiendo a un criterio cronológico en el que se detiene en los momentos que delimitan la dimensión temporal de la vigencia del convenio: el inicio y el final de la misma reflexionando sobre las diferentes visicitudes que pueden afectarle durante su existencia. Analiza, además, el alcance y la proyección de los efectos de la derogación en el caso de la sucesión convencional. Finaliza su magnífica obra con una serie de conclusiones que pueden resultar de gran utilidad para la orientación del lector.

Estamos, en consecuencia, ante un estudio básico para una correcta y completa comprensión de un estadio jurídico esencial ya no sólo del convenio colectivo sino del propio sistema negocial. La proyección de la vigencia del convenio colectivo en el complejo entramado de unidades y relaciones que conforman la estructura de nuestro sistema negocial, a través de una perspectiva diacrónica que permite vislumbrar una completa panorámica dinámica del sistema negocial es, sin duda, uno de los méritos de la presente obra y un claro ejemplo de la madurez y solvencia con la que el profesor Pastor Martínez realiza el análisis de la dimensión temporal de la vigencia.

La brillante utilización de todos los recursos técnicos de análisis dogmático, normativo y jurisprudencial hacen de esta obra no sólo una innovadora aportación doctrinal en el ámbito del Derecho del Trabajo, sino también un trabajo con un indudable interés práctico, constituyendo un instrumento especialmente valioso y útil para el conjunto de operadores jurídicos que en su quehacer cotidiano deben aplicar convenios colectivos.

En definitiva, todo profesional relacionado con el mundo de las relaciones laborales encontrará en este libro propuestas de resolución de los intensos e importantes conflictos que se suscitan en torno a la vigencia del convenio colectivo.

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.

N O T A S

N O T A S

N O T A S