

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 DE DERECHO

DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. ABOGADO.

DIRECTOR

Ignacio García-Perrote Escartín

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO LABORAL DE URÍA MENÉNDEZ. ABOGADOS.

SECRETARÍA TÉCNICA

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.

Sumario:

EDITORIAL:

- [5] **Coincidencia de las vacaciones anuales con la incapacidad temporal: una vuelta de tuerca**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

- [13] **La noción de trabajo autónomo económicamente dependiente: puntos críticos**

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

- [49] **Nuevas señas de identidad para el despido colectivo (un análisis de la reciente doctrina judicial)**

ANA DE LA PUEBLA PINILLA

- [75] **Competencia judicial y ley aplicable a un conflicto colectivo sobre cesión internacional de trabajadores. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2007 (recurso 76/2006)**

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

- [163] **V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL**
JESÚS R. MERCADER UGUINA

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

- [197] **VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS**
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

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

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

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

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

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

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

[269] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

COINCIDENCIA DE LAS VACACIONES ANUALES CON LA INCAPACIDAD TEMPORAL: UNA VUELTA DE TUERCA

Como es sobradamente conocido, *Otra vuelta de tuerca* es una novela de HENRY JAMES que debe su nombre a su traductor al castellano, pues el título inglés era *The Turn of The Screw*. Una historia sencilla, que trata sobre la aventura de una mujer joven que es contratada para cuidar a un par de niños en una casa de campo que es, aparentemente, habitada por seres fantasmales. Y digo “aparentemente”, porque a eso parece jugar el autor: a sembrar dudas y dejarlas así, para que el lector las resuelva a su manera. La STS de 3 de octubre de 2007 parece quererse situar en esta línea de sembrar ciertas dudas sobre cuál es el fundamento y real finalidad del derecho a las vacaciones retribuidas consagrado constitucionalmente. Cuando, tras la interpretación dada por el Tribunal Constitucional sobre dicho derecho, parecían haberse esfumado los fantasmas que lo vinculaban con la estricta recuperación física del trabajador, el citado vuelve a alumbrar de alguna manera dichas apariciones.

La interpretación en el Estado constitucional exige del juez no sólo la aplicación estricta de la norma positiva sino la adecuación a ciertos valores y principios establecidos por la Constitución. Así, de la interpretación de la ley como una actividad de conocimiento del juez, se pasa a la interpretación como aplicación de valores y principios constitucionales, determinados y concretados conforme la Constitución ha establecido. Esta conexión entre valores y normas en la definición de los contenidos de la legalidad ordinaria tiene un claro exponente en la STC 192/2003, de 27 de octubre. Ésta declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (sentencia fundada en Derecho) en un caso en el que se despidió al recurrente en amparo por trasgresión de la buena fe contractual, al haber trabajado en vacaciones, lo que el Tribunal Constitucional considera que no es acorde con la libertad y dignidad de la persona ni con el respeto a su vida privada. Tras recordar su doctrina en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que éste “exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho”, así como que las resoluciones judiciales sean conformes con la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, de todos los poderes públicos y, por consiguiente, también de los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial (artículos 9.1 y 117 CE), el Tribunal aborda el problema de si el despido de un trabajador por haber realizado un trabajo durante el tiempo de sus vacaciones resulta o no acorde con la configuración actual del

derecho a vacaciones anuales retribuidas en nuestro ordenamiento jurídico laboral y, con lo que es más importante aun, con la primacía de la libertad de la persona y el respeto a su vida privada que la Constitución garantiza.

Uno de los perfiles, la coincidencia entre vacaciones anuales e incapacidad temporal, fue objeto de comentario en esta misma sección: “Incapacidad temporal y vacaciones: las plurales interpretaciones del Tribunal Supremo de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades en el asunto Merino” (*Justicia Laboral*, 2006, núm. 28). Como es sabido, la doctrina judicial había venido entendiendo que la circunstancia de que durante las vacaciones el trabajador pase a situación de incapacidad temporal o maternidad no genera el derecho de éste a solicitar un nuevo señalamiento del período de vacaciones pues se trata de un riesgo que ha de asumir el propio trabajador. En el caso inverso, –esto es, cuando el trabajador se encuentra en incapacidad temporal o maternidad en el momento previsto para el inicio de las vacaciones– la solución depende de las circunstancias concurrentes –posibilidad de disfrute en otro momento, existencia o no de turnos...– de modo que en unos casos se postergará el inicio de las vacaciones hasta que finalice la suspensión del contrato y, en otros, el trabajador comenzará a consumir sus vacaciones aunque esté en situación de maternidad o incapacidad. En los casos en que está previsto que todos los trabajadores disfruten de sus vacaciones en un mismo período, si al llegar ese momento el trabajador está en situación de incapacidad o maternidad se ha venido entendiendo que no procede ampliar el periodo de vacaciones o fijar una nueva fecha para el descanso. Sin embargo, esta doctrina debió revisarse, al menos en lo que respecta a la coincidencia entre vacaciones y maternidad, a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 2004 en la que se alcanza una solución distinta y se afirma que una trabajadora debe poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla. El Tribunal Supremo resolvió en el mismo sentido, acogiendo ya la doctrina del TJCE, en las SSTs de 10 de noviembre de 2005 y 21 de marzo de 2006. Posteriormente, el propio Tribunal Constitucional y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ratificaría dicha dirección interpretativa al dotar de nueva redacción al artículo 38.3 ET.

La doctrina del Tribunal Supremo pareció, en un primer momento, aplicable no sólo a las situaciones de maternidad sino, en general, a todas las de incapacidad temporal, puesto que en alguna de sus sentencias se llegó a afirmar que “la coincidencia en el tiempo de una baja por incapacidad temporal, devenida bien sea de enfermedad común o por maternidad, con el período preestablecido en la empresa para el disfrute de vacaciones, responde a la protección y defensa de un interés jurídico completamente distinto al que es propio del descanso por vacación anual. En el primer caso lo que se pretende es la atención médica y la curación de un determinado proceso patológico, (...) intereses u objetivos estos que son claramente distintos del que se protege con la vacación anual y que no es otro que el de propiciar una recuperación, tanto física como psíquica, tras la prestación, continuada o no, de servicios durante todo el año a la empresa” (STS de 10 de

noviembre de 2005). Duda que se incrementó tras lo decidido en relación con la situación de la empresa IVECO-PEGASO, donde se apreció la existencia de una condición más beneficiosa para los trabajadores que se encontrasen ante la citada situación de concurrencia de situaciones (STS de 10 de octubre de 2007, que reitera lo decidido en las anteriores SSTs de 5 de junio de 2007 y 27 de junio de 2007, entre otras).

La Sala General del Tribunal Supremo ha resuelto definitivamente estas dudas en la STS de 3 de octubre de 2007, al afirmar que no procede reconocer el derecho de los trabajadores a disfrutar de un nuevo período de vacaciones, distinto del acordado inicialmente, cuando dicho período coincida con días de IT por enfermedad común. La sentencia tiene un voto particular que, por el contrario, estima el derecho, sobre todo si –como sucede en este caso– no se plantean problemas organizativos para la empresa y tras la reincorporación al trabajo queda suficiente tiempo, dentro del año natural, para su disfrute. Puede afirmarse que la sentencia, que posee un indudable rigor y una extraordinaria técnica jurídica, peca de una cierta insensibilidad constitucional a la hora de efectuar el planteamiento que le sirve de base.

El citado pronunciamiento se plantea determinar si los trabajadores que prestan servicios en el sector de grandes almacenes tienen derecho a un período de vacaciones distinto del acordado inicialmente, en caso de coincidencia o superposición del mismo con días de IT por enfermedad común. En concreto, los trabajadores piden que, dentro del mismo año natural, se les señalen nuevos días de vacaciones, dado que no pudieron disponer de las vacaciones concedidas, por las razones señaladas. La respuesta del Tribunal es fundada en diversos razonamientos.

Una primera batería argumental se centra en el hecho de que la regulación del instituto de las vacaciones anuales pagadas está formada por una combinación o mosaico de normas procedentes de distintas fuentes, esto es, un “complejo o combinado normativo”. Así, dentro del conjunto de disposiciones sobre vacaciones del trabajador hay que contar, en primer lugar, el artículo 40.2 CE. De acuerdo con éste, “los poderes públicos (...) garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, (y) las vacaciones periódicas retribuidas”. Si nos atenemos, como parece obligado, a la dicción del propio artículo 40.2 CE, el instituto de las vacaciones periódicas retribuidas está inspirado en un objetivo de “seguridad e higiene en el trabajo”.

En el plano internacional, el derecho del trabajador a vacaciones periódicas retribuidas ha sido contemplado en diversas normas. Así, el artículo 7.1 de la Directiva 93/104 incluye un precepto imperativo sobre la duración del período mínimo de vacaciones (“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas...”), reconociendo que corresponde al derecho interno el detalle de su régimen jurídico (“... de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales”).

Una regulación más extensa contiene el Convenio 132 OIT, relativo a las vacaciones anuales pagadas. Este Convenio OIT incluye también una remisión genérica a la “práctica

nacional” (artículo 1), acompañada esta vez de numerosas remisiones específicas. Pero, a diferencia de la Directiva 93/104, en el Convenio OIT 132 encontramos una ordenación bastante completa, de mínimos en unos preceptos y supletoria de la legislación o “práctica” nacional en otros, de distintos aspectos normativos de la institución. Para el adecuado enfoque de la cuestión sometida a enjuiciamiento puede ser útil analizar tres preceptos de esta norma internacional (artículos 5.4, 6.2 y 10), aunque, como se verá, algunos de ellos no se refieran directamente a nuestro tema. El artículo 5 del Convenio 132 OIT regula el llamado “período de calificación” o “período mínimo de servicios para tener derecho a vacaciones anuales pagadas”. El apartado 4 de dicho artículo dice lo siguiente: “En las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado, las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios”. Por su parte, el artículo 6.2 establece que “los períodos de incapacidad de trabajo resultantes de enfermedad o accidente no podrán ser contados como parte de las vacaciones pagadas anuales prescritas como mínimo” en el propio Convenio 132 OIT (artículo 3.3: “tres semanas laborables por un año de servicios”). En fin, el artículo 10 prevé que la “época en que se tomarán las vacaciones”, salvo “práctica nacional” distinta, “se determinará por el empleador, previa consulta con la persona empleada interesada o con sus representantes”, teniendo en cuenta “las exigencias del trabajo y las oportunidades de descanso y distracción de que pueda disponer la persona empleada”. Esta disposición del Convenio 132 OIT, que tiene vocación supletoria y que resulta claramente mejorada para los intereses de los trabajadores en nuestro derecho interno, sí se refiere directamente a la cuestión controvertida en el pleito, poniendo de relieve los distintos intereses –“exigencias” de la organización del trabajo, de un lado, y “oportunidades de descanso y distracción” de otro– que deben ser coordinados en el señalamiento de los días de vacaciones.

Los preceptos del Estatuto de los Trabajadores sobre “vacaciones anuales” incluyen los siguientes aspectos normativos: 1) el ya aludido período mínimo legal (“treinta días naturales”) (artículo 38.1); 2) la fijación de la época o “período o períodos de su disfrute” por “acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones” (artículo 38.2, párrafo 1º); 3) la previsión “en caso de desacuerdo entre las partes” de un procedimiento jurisdiccional “sumario y preferente” para fijar la fecha de disfrute (artículo 38.2, párrafo 2º), y 4) la publicación en cada empresa del “calendario de vacaciones”, debiendo el trabajador conocer “las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute” (artículo 38.3).

Estos preceptos legales, junto con los reseñados en el fundamento anterior, constituyen las piezas normativas del régimen general o común a todos los trabajadores sobre vacaciones anuales retribuidas. En él se reservan, señala el Tribunal Supremo, importantes atribuciones a la regulación sectorial de los convenios colectivos y los acuerdos de empresa, tanto en la determinación de la duración del período de vacaciones por encima del mínimo legal como en la especificación de las fechas de disfrute. Debe tenerse en cuenta

que algunos aspectos se pueden regular mediante pacto individual y que, en la práctica de algunas empresas, la fijación de un nuevo período de disfrute ha respondido a veces a la incorporación al contrato de trabajo de una condición más beneficiosa. En este caso, incide el convenio colectivo de sector y el acuerdo de empresa que fija el calendario de vacaciones para los trabajadores del centro donde están adscritos los demandantes.

Una segunda línea, más criticable a nuestro juicio, se sitúa en el fundamento y finalidad del derecho a las vacaciones. Dice el Tribunal Supremo que “la finalidad de las vacaciones anuales pagadas está estrechamente unida a la defensa de la salud del trabajador”. Así lo acreditan, según parece, el tenor literal del artículo 40.2 CE y la inclusión de éstas en la Directiva comunitaria 93/104. Como dice el preámbulo de esta última, “para garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores de la Comunidad, éstos deberán poder disfrutar de períodos mínimos de descanso –diario, semanal y anual– y de períodos de pausa adecuados”. Continúa el Tribunal su razonamiento afirmando que “el descanso anual o periódico que garantiza el instituto de las vacaciones tiene por objeto reparar no sólo la fatiga energética, resultante de un esfuerzo físico y mental continuado, sino también la fatiga ambiental, resultante de las diversas constricciones que pueden derivarse del trabajo, del medio de trabajo y del modo de vida que su realización conlleva. Como dice el artículo 10 del Convenio 132 OIT, con las vacaciones se trata de procurar al trabajador ‘oportunidades’ de ‘descanso’ y también, en lo posible, de ‘distracción’. El tiempo de vacaciones ha de ser, por tanto, tiempo libre o tiempo de ocio, en la acepción primera del Diccionario de la Real Academia Española (‘cesación del trabajo, inacción o total omisión de la actividad’)”.

Lo sorprendente es que se afirme que “es cierto que determinadas distracciones u ocupaciones del tiempo libre no son compatibles con una situación de incapacidad temporal. Pero no parece dudoso que, a diferencia de lo que sucede con el supuesto singular de la maternidad, una enfermedad o accidente concurrentes o sobrevenidos en el período de vacaciones no alteran el estado de ‘inacción o total omisión de actividad’ que caracterizan a este último, ni desvirtúan normalmente el efecto de reparación de la fatiga producida por el trabajo prolongado que constituye la finalidad de las vacaciones. Por referirnos al caso de la sentencia recurrida, no parece que los demandantes necesiten reparar la fatiga acumulada en el trabajo cuando han estado ausentes del mismo varios meses, aunque sea como lo es por causa plenamente justificada. Es cierto que los proyectos personales de vacaciones del trabajador se pueden torcer por una situación de incapacidad temporal. De ahí que por convenio colectivo o por acuerdo individual se procure a veces compensar el tiempo coincidente de incapacidad temporal, a veces con el requisito de que ésta haya venido acompañada de internamiento hospitalario. Pero los proyectos de vacaciones y en general los proyectos humanos se pueden torcer también por otras muchas causas imprevisibles o inevitables. Así las cosas, se trata de determinar si el deber legal del empresario correlativo al derecho a vacaciones del trabajador alcanza a hacerse cargo de todas o algunas de estas posibles incidencias”.

Sorprende que se conecte con la doctrina del Tribunal Constitucional que en la sentencia antes citada afirmaba categóricamente que “la concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la

reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente” y porque “una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el artículo 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y, para lo que importa ahora, la cláusula legal de la buena fe”, de suerte que “la resolución judicial que desconoce tales principios constitucionales al interpretar y aplicar esta cláusula, no puede entenderse, por tanto, fundada en Derecho”.

Señala, por último, el Tribunal Constitucional que “la obligación legal del empresario de respetar el derecho a vacaciones del trabajador es una obligación de medio y no de resultado, que se ciñe, salvo ampliación convencional o contractual de su contenido, a la libranza de las fechas fijadas en un acuerdo individual de vacaciones o en un acuerdo colectivo de planificación y fijación del calendario de vacaciones. Así lo establece implícitamente el artículo 38 ET. Estos acuerdos bilaterales de determinación de la fecha de disfrute de las vacaciones tienen un claro propósito de ajuste o compromiso entre el interés productivo del empresario y el interés del trabajador a desarrollar actividades de tiempo libre en el período de vacaciones. Como sucede en todo ajuste o compromiso, puede haber sacrificios y cesiones de preferencias por una u otra parte. Entre los sacrificios posibles para el empresario figura la imposibilidad de contar con el trabajador durante los días señalados de vacaciones; entre los sacrificios posibles para el trabajador figura la asunción del riesgo de incapacidad temporal una vez que el período de vacaciones ha sido fijado regularmente”.

Concluye la sentencia señalando que “en todo caso, las anteriores consideraciones no quedan afectadas ni por las previsiones comunitarias ni por la doctrina constitucional, no sólo porque la cuestión debatida es una cuestión de legalidad y no de constitucionalidad, sino porque, según el propio Tribunal Constitucional, el trabajador que por causas no achacables al empleador, especialmente debido a una IT no pueda disfrutar de sus vacaciones en el período determinado ni dentro del plazo máximo, pierde el derecho a ellas, lo que significa que no puede disfrutarlas en un momento distinto”. El razonamiento, con todo, resulta obvio y, en alguna medida, contradictorio. Obvio por cuanto, efectivamente, el Tribunal Constitucional no puede atender a cuestiones de mera legalidad ordinaria. Y, en cierta medida, contradictorio, pues el Tribunal Supremo parece deducir de la jurisprudencia constitucional una posible línea interpretativa de la legalidad ordinaria.

Por el contrario, el voto particular, considera que debía haberse reconocido el derecho reclamado teniendo en cuenta que tras el alta médica y la reincorporación efectiva a la empresa, quedaba suficiente período de tiempo dentro del año natural, para poder disfrutar de sus vacaciones anuales, sin alterar las necesidades organizativas de la empresa. Considera el voto particular que el criterio mayoritario no tuvo en cuenta la propia naturaleza del derecho que se protege que debe contemplarse no sólo enmarcado en la

Editorial

relación individual de trabajo sino dentro de un contexto socio-jurídico del Estado social y democrático de derecho. Finalmente, entiende que el razonamiento se apoya no sólo en una interpretación más amplia de las normas y doctrina constitucional citadas por el criterio mayoritario sino también por sentencias del propio Tribunal Supremo.

Se ha dicho que la novela de JAMES encierra un aviso sobre la presencia del mal más allá de la imaginación, una refinadísima historia sobre los inconvenientes de la bondad, o, en fin, una metáfora sobre la escritura. Infinitas interpretaciones para un texto que, como cualquiera, permite, también, infinitas aproximaciones. La sentencia objeto de comentario ofrece, también, diversas lecturas...

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

La noción de trabajo autónomo económicamente dependiente: puntos críticos

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

Resumen

LA NOCIÓN DE TRABAJO AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE: PUNTOS CRÍTICOS

Una de las principales novedades del recientemente aprobado Estatuto del Trabajo Autónomo es la introducción en nuestro sistema jurídico del trabajo autónomo económicamente dependiente (TRADE). El TRADE se sitúa a medio camino entre el trabajo autónomo y el trabajo subordinado. Esta circunstancia podría suponer un serio

reajuste de las fronteras del Derecho del Trabajo. Por ello, el Estatuto realiza un ingente esfuerzo para delimitar la categoría. El estudio que sigue intenta resolver los principales problemas interpretativos que de ello derivan y, también, valorar si el sistema definitorio que se utiliza es adecuado para los fines que se persiguen.

Abstract

THE NOTION OF ECONOMICALLY DEPENDENT AUTONOMOUS WORK: CRITICAL POINTS

One of the main novelties of the recently approved Statute of the Autonomous Work is the introduction in our juridical system of the economically dependent autonomous work (TRADE). The TRADE is located halfway between the autonomous work and the subordinate work. This circumstance could suppose

a serious readjustment of the frontiers of the Right of the Work. For it, the Statute carries out an enormous effort to define the category. The following study tries to solve the main interpretative problems derivated of it and, also, to value if the definitory system that it is used is adequated to the persecuted aims.

Sumario:

I. Trabajo autónomo y trabajo subordinado: una relación problemática. II. El trabajo autónomo económicamente dependiente en la Ley 20/2007. A) De las propuestas doctrinales a su concreción legal. B) La delimitación del trabajo autónomo económicamente dependiente como problema. C) La noción legal de trabajo autónomo económicamente dependiente: elementos; sistemática de la exposición. **III. La dependencia económica.** A) La figura del “cliente”. B) La determinación cuantitativa de la dependencia económica. **IV. La actividad desarrollada por los trabajadores autónomos económicamente dependientes.** A) Las condiciones legales de la actividad del TRADE. B) Reglas especiales. **V. Las situaciones excluidas. VI. Las circunstancias del nacimiento de la relación de trabajo autónomo económicamente dependiente: intercambio de información contractual y formalización del contrato.** A) Entrada en vigor del Estatuto del Trabajo Autónomo y tratamiento de los trabajadores autónomos económicamente dependientes preexistentes. B) La adquisición sobrevenida de la condición de TRADE. C) El nacimiento del contrato: el tratamiento de la forma. **VII. A modo de conclusiones. VIII. Bibliografía citada.**

I. TRABAJO AUTÓNOMO Y TRABAJO SUBORDINADO: UNA RELACIÓN PROBLEMÁTICA

Hasta la publicación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo –en adelante, LETA–, las prestaciones de servicios en régimen de alteridad se dividían entre las de carácter autónomo y las de naturaleza subordinada. Esta diferenciación tenía –y tiene– precisas virtualidades jurídicas, tanto desde el punto de vista formal como, sobre todo, desde una perspectiva material. En efecto, las prestaciones subordinadas son el objeto de un sector del Ordenamiento, el Derecho del Trabajo, que si, desde el primer punto de vista, presenta un elevado grado de “codificación”, desde el segundo se caracteriza por la existencia de una serie de principios que, aun erosionados por el transcurso del tiempo, continúan girando en torno a la protección de quien las desarrolla. Por su parte, las prestaciones autónomas quedan fuera de tal Ordenamiento especial, sin que antes de la LETA, existiera para ellas un régimen jurídico organizado: “las referencias normativas” al trabajo autónomo, indica su Exposición de Motivos, “se hallan dispersas a lo largo de todo el ordenamiento jurídico”. Pero, además de esta diferencia formal, cabe destacar otra mucho más importante, de naturaleza material: la sujeción de la regulación de las presta-

ciones por cuenta propia a los criterios del Derecho común de contratos y, muy señaladamente, al libre juego de la autonomía de la voluntad.

La diferenciación entre el trabajo subordinado, sujeto al ordenamiento laboral y sus criterios tuitivos, y el autónomo, al que no son aplicables las trabas a la autonomía individual que derivan de aquél, viene siendo sumamente problemática. Debe recordarse, en este sentido, el problema básico que se plantea en las lindes entre uno y otro. Se trata de un conflicto estructural que presenta dos facetas diferentes según se mire desde la perspectiva del empresario o desde el punto de vista del prestador del servicio. Desde la primera, es claro que la existencia de un contrato de trabajo implica la aparición de un entramado normativo de tutela del trabajador. Es fácil prever, en consecuencia, que un intento de aligeramiento de costes conduce a la búsqueda de aquellas prestaciones que no se encuentren sujetas al Ordenamiento laboral: el trabajo autónomo, simulado o no, aparece así como una alternativa eficiente desde el punto de vista económico a la contratación laboral. Desde la perspectiva del prestador de servicios, el Ordenamiento laboral actúa en sentido contrario: la mayor tutela que dispensan sus instituciones lo convierte en un marco de referencia para él.

No es de extrañar, en este contexto, que haya existido tradicionalmente una cierta presión de una parte de los trabajadores autónomos en la dirección de ganar la condición de trabajadores subordinados o de obtener una tutela similar a la que éstos tienen. En el pasado, la respuesta de los operadores jurídicos frente a esta presión ha sido diferente: cauta y limitada, la del legislador; más indiscriminada, la protagonizada por los intérpretes. En cualquier caso, la situación resultante dista mucho de ser adecuada.

Desde el punto de vista normativo, esta presión ha tenido, antes de la Ley 20/2007, una respuesta general muy clara, sin perjuicio del posible establecimiento de soluciones concretas. Como criterio general, en primer término, el trabajo autónomo queda al margen del ámbito de aplicación de las reglas laborales. Éstas, ex artículo 1.1 ET, sólo se aplican a las prestaciones subordinadas, estando excluidas [artículo 1.3.g) ET] las desarrolladas por cuenta propia. Sin embargo, en un plano más concreto, se detecta cómo algunas reglas típicamente referidas en su origen al contrato de trabajo se han extendido a aquéllas. No me refiero sólo a la existencia de un

**HASTA LA PUBLICACIÓN
DE LA LEY 20/2007,
LAS PRESTACIONES DE
SERVICIOS EN RÉGIMEN
DE ALTERIDAD SE
DIVIDÍAN ENTRE
LAS DE CARÁCTER
AUTÓNOMO Y
LAS DE NATURALEZA
SUBORDINADA**

específico subsector del Derecho de la protección social referido a la seguridad social de los trabajadores autónomos sino, sobre todo, a la previsión de la extensión a ellos de instituciones y reglas típicamente laborales. En este sentido, no debe olvidarse que, conforme a la Disposición Final Primera ET, “el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente”.

Al amparo de esta idea, existen una serie de normas que extienden la tutela laboral, en todo o en parte y/o de forma directa o matizada, a las prestaciones de trabajo autónomo. Al margen los supuestos en los que ello se ha conseguido mediante la integración en el ámbito laboral a través de la figura de las relaciones especiales de trabajo o similares –v.gr., representantes de comercio o trabajadores a domicilio (MONTROYA, 1999, pág. 63; SAGARDOY, 2004, págs. 41 y ss.)–, pueden señalarse normas que extienden al conjunto del trabajo autónomo normas referidas a ciertos temas. Es el caso de algunas relacionadas con la sindicación, como el artículo 3.1 LOLS, o con la prevención de riesgos laborales, como se advierte en los artículos 3.1 y 24.5 LPRL (cfr. PALOMEQUE, 2000, págs. 49 y ss. o MONTROYA, 2005, págs. 33 y ss.) Y otras que, fijándose en algunos tipos de trabajadores autónomos, les extienden la aplicación de las normas laborales o generan para ellos un sistema de tutela que presenta, en mayor o menor grado, conexiones con el de carácter laboral. Ejemplos tradicionales de ello son los aparceros agrícolas (artículo 30 Ley 49/2003) y, sobre todo, los socios trabajadores de cooperativas (cfr., ahora y para la legislación de ámbito estatal, artículos 80 y ss. Ley 27/1999); más recientemente cabe citar la regulación del contrato de agencia mercantil (Ley 12/1992).

Por lo que se refiere a la postura de los intérpretes, éstos han desarrollado una intensa labor a la hora de delimitar las fronteras entre el trabajo autónomo y el subordinado. Sobre las cláusulas generales que legalmente definen la subordinación –ajenidad y dependencia (cfr. artículo 1.1 ET)–, la doctrina ha edificado un amplio corpus que mira a clarificarlas y los tribunales han procedido a transformar unas y otras en un sistema de indicios que permite hallar la respuesta a los supuestos concretos que se les plantean. No es mi intención describir ahora todo ello. A los efectos que aquí interesan conviene, sin embargo, destacar cómo el funcionamiento del sistema no ha sido neutral. Por el contrario, resulta orientado por el contexto general del Ordenamiento laboral. En efecto, en su configuración “clásica” el sistema de calificación ha mostrado una clara tendencia hacia la continua y permanente expansión del ámbito subjetivo del contrato de trabajo. Hasta el punto de que uno de nuestros primeros laboristas (BAYÓN, 1966, págs. 5 y ss.) ha comparado la noción de subordinación con las ondas que aparecen sucesivamente al arrojar una piedra en un estanque tranquilo. De hecho, esta expansión ha resultado imprevisible de manera que muchos supuestos que, desde un punto de vista abstracto y formal, difícilmente pueden ser considerados constitutivos de trabajo subordinado han acabado siendo considerados como tal (cfr., por todos, CALVO, 2005, págs. 54 y ss.) Y es que, como se ha indicado también muy gráficamente, el Derecho del Trabajo aparece como un “invernadero” al que aspiran a entrar quienes se encuentran en el frío “páramo” del trabajo autónomo (SAGARDOY, 2004, pág. 27).

La situación resultante dista mucho de ser satisfactoria. De una parte, la actuación normativa que se ha descrito no es suficiente para colmar las aspiraciones a una tutela razonable del trabajo autónomo. En efecto, las previsiones legislativas que acaban de ser expuestas, por su limitación temática o subjetiva, no parecen suficientes para alcanzarla. De otra parte, la tradicional tendencia expansiva del ordenamiento laboral, con la consiguiente absorción de realidades cada vez más lejanas de su núcleo fundacional, no puede mantenerse indefinidamente. Si este planteamiento ha sido aceptado en el modelo “clásico”, en el “nuevo” Derecho del Trabajo la tendencia está variando: se detecta un interés legal e interpretativo en poner coto a la expansión subjetiva e, incluso, en reducir el ámbito de aplicación; interés que conecta con las aspiraciones empresariales de flexibilidad y/o certeza y la mayor sensibilidad del ordenamiento hacia ellas (MONTROYA, 1999, pág. 65). Empiezan a aparecer barreras normativas a la expansión del contrato de trabajo, básicamente mediante el reforzamiento del papel que corresponde a la autonomía privada en su constitución (cfr., entre otros, GOERLICH, 1998). Pero, incluso aunque estas barreras no existieran, se constata cómo la tendencia expansiva por vía interpretativa no puede mantenerse indefinidamente, por muy flexible que sea la categoría de la subordinación. Forzarla, en efecto, implica, de una parte, una pérdida de los contornos del trabajo subordinado y, de otra y sobre todo, la extensión de tutelas previstas para él a situaciones diferentes para las que en principio no están pensadas (entre otros, CALVO, 2005, págs. 33 y ss.; CRUZ, 1999, págs. 184 y ss.; MONTROYA, 1999, pág. 71).

II. EL TRABAJO AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE EN LA LEY 20/2007

A) De las propuestas doctrinales a su concreción legal

No es por ello de extrañar que, frente a la tradicional abstención normativa en relación con las condiciones de prestación del trabajo autónomo, se haya venido insistiendo en la necesidad de introducir tutelas específicas para el trabajo autónomo allá donde sean necesarias, diferenciando incluso grados de tutela entre las distintas situaciones que este amplio género presenta (entre otros, RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1999, pág. 38; MONTROYA, 1999, pág. 72). De hecho, con bastante antelación a la promulgación de la LETA, la doctrina había avanzado bastante en la elaboración de una categoría general necesitada de particular tutela: los trabajadores autónomos económicamente dependientes —en adelante, TRADE—. Sobre la base de experiencias jurídicas desarrolladas en países de nuestro entorno —señaladamente, aunque no sólo, la *parasubordinazione* italiana o los cuasitrabajadores alemanes (cfr., entre otros, ZACHERT, 2003; SAGARDOY, 2004, págs. 61 y ss.; CALVO, 2005, págs. 67 y ss.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2007)—, se ha propuesto desde antiguo (por ejemplo, RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1966, págs. 161 y ss.) hasta fecha más reciente (entre otros, RUIZ CASTILLO, 1991; SANGUINETTI, 1996; CRUZ, 2005, pág. 18) la separación como categoría de aquellos autónomos que desarrollan su prestación de manera personal, coordinadamente con una empresa cliente de la que, además, dependen económicamente por obtener de ella la mayor parte de sus ingresos. E igualmente se ha propuesto el establecimiento para ellos de ciertas medidas de tutela específica, en atención a su particular implicación personal en una situación de especial dependencia (entre otros, VALVERDE, 2005), bien mediante su

inclusión en el ordenamiento laboral a través de la generación de una nueva relación especial (SAGARDOY, 2004, págs. 106 y ss.), bien dejándolos en el exterior pero dotándolos de una tutela inspirada en la que aquél dispensa (CAVAS, 2004).

Esta misma idea se ha venido manejando desde hace algún tiempo en el ámbito internacional y comunitario. Si, en el primero, han existido en el seno de la OIT propuestas que aún no se han concretado (cfr. BRIONES, 1998; CAVAS, 2004), diferentes estudios desarrollados en el ámbito europeo (SUPIOT, 1999, págs. 38 y ss.; PERULLI, 2003, págs. 112 y ss.) han analizado la realidad que nos ocupa y formulado propuestas en este terreno. Más recientemente, el libro verde (2006) de la Comisión sobre “Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI” abre con claridad el debate de ámbito comunitario sobre este tema (cfr. págs. 12 y ss.)

Lógica consecuencia de todo ello es que, tras una serie de iniciativas sociales y políticas desarrolladas en esta línea en la pasada legislatura (cfr. CAVAS, 2004), la idea se haya retomado en ésta (cfr. LUJÁN, 2007, págs. 24 y ss.) y haya terminado por incorporarse al nuevo Estatuto del trabajo autónomo. En su Exposición de Motivos la Ley 20/2007 que lo aprueba explica las razones. Tras argumentar la necesidad de establecer una “regulación sistemática y unitaria del trabajo autónomo” en atención a la importancia que éste alcanza en el contexto socioeconómico actual, se indica la proximidad material que, en muchos casos, presenta la situación de las personas que lo prestan y los trabajadores subordinados. Las estadísticas, puntualmente recogidas en el preámbulo, muestran cómo una buena parte de los trabajadores por cuenta propia desarrollan su actividad como personas físicas y sin utilizar asalariados o hasta un máximo de dos de éstos. Estas características, se dice, generan “un colectivo que demanda un nivel de protección social semejante al que tienen los trabajadores por cuenta ajena”. En el decurso de la Exposición de Motivos este colectivo se concreta aun más al referirse a los “trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata”.

Es precisamente en esta parte del colectivo del trabajo autónomo —que se cuantifica en alrededor de 280.000 explotaciones y que se encuentra en expansión al haber crecido en un 33% entre 2001 y 2004— en el que la LETA concentra su potencial innovador. Mientras que a los trabajadores por cuenta propia “normales” se dirige la parte del Estatuto más “recopiladora”, en la que las novedades de fondo quedan limitadas a aspectos concretos; a los TRADE se dirige la parte más “innovadora” de la nueva norma que mira precisamente al establecimiento de “una regulación garantista” para ellos. Los primeros comentaristas de la LETA coinciden en que es esta disciplina la “novedad más destacada” del texto (MERCADER/DE LA PUEBLA, 2007, pág. 93; también MOLINA, 2007, pág. 103).

B) La delimitación del trabajo autónomo económicamente dependiente como problema

El análisis de la regulación de los TRADE, contenida en el Capítulo III del Título II LETA, es desde luego interesante. Pero lo es más, a mi juicio, la reflexión sobre la propia noción de

La noción de TRADE

trabajo autónomo económicamente dependiente que constituye precisamente el objeto del presente estudio. De hecho, sin desconocer la razonabilidad del establecimiento de una tutela para este tipo de trabajadores, es fácil advertir los graves efectos colaterales que su introducción puede comportar sobre la delimitación del ámbito del ordenamiento laboral. La aparición de los TRADE sustituye la vieja “frontera” entre trabajo autónomo y subordinado por un sistema mucho más complejo y articulado en el que existen dos líneas limítrofes relevantes: la que separa los TRADE de los autónomos “normales” y la que lo hace respecto a los trabajadores por cuenta ajena. Y si el modelo tradicional, caracterizado por una sola demarcación, ha sido problemático en su aplicación práctica, es sencillo profetizar que el nuevo, con dos líneas fronterizas, está llamado a incrementar los problemas.

En este sentido, la doctrina que se había ocupado de esta figura con anterioridad ya había señalado los problemas que plantea su introducción: la dificultad para establecer criterios seguros de diferenciación y la consiguiente posibilidad de que se produzcan trasvases entre las tres categorías y, sobre todo, del interior al exterior del Ordenamiento laboral. Así, “el vínculo de coordinación que se dice existe entre estos autónomos y sus empresarios es difícil de distinguir de la dependencia jurídica propia del contrato de trabajo” y, en consecuencia, su aparición “podría tener como resultado sustraer al régimen del Estatuto de los Trabajadores relaciones que hoy, a la vista de la presunción del artículo 8.1 ET, se encontrarían plenamente dentro de él” (MONTROYA, 2005, pág. 37). Es más, algunas de las intervenciones normativas anteriores que se han movido en esta línea, aunque con alcance más concreto, han tenido precisamente este resultado: tales han sido, se ha dicho, los efectos del establecimiento de una tutela normativa para el contrato de agencia (CALVO, 2005, págs. 57 y 58).

Esta misma idea ha sido también expresada durante la tramitación de lo que ahora es la Ley 20/2007. En fase previa a la tramitación parlamentaria, ya se había planteado en el dictamen del Consejo Económico Social. Este manifestó en él su “preocupación” en relación con “los posibles efectos que la regulación del trabajo autónomo económicamente dependiente (...) pudiera tener sobre la actual composición del mercado de trabajo” (pág. 206). Del mismo modo, a lo largo del iter parlamentario, se detectan intervenciones en la misma línea, por ejemplo, intervenciones en el Pleno del Congreso de los diputados Llamazares y Olabarría (DS 10 de mayo de 2007,

**LAS ESTADÍSTICAS
MUESTRAN CÓMO UNA
BUENA PARTE
DE LOS TRABAJADORES
POR CUENTA PROPIA
DESARROLLAN
SU ACTIVIDAD
COMO PERSONAS
FÍSICAS Y SIN UTILIZAR
ASALARIADOS**

págs. 12772 y ss.) Desde fuera, en fin, los primeros comentaristas del texto del proyecto normativo se han hecho eco también de la idea, subrayando los posibles efectos negativos de la introducción de la noción de TRADE y en concreto la posibilidad de que tenga como efecto una reducción del ámbito protector del ordenamiento laboral (CAIRÓS, 2007, pág. 95).

El nuevo Estatuto es, en todo caso, consciente del problema. Así lo demuestran paladinamente las afirmaciones que realiza en su Exposición de Motivos. “La introducción de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente”, indica, “ha planteado la necesidad de prevenir la posible utilización indebida de dicha figura, dado que nos movemos en una frontera no siempre precisa entre la figura del autónomo clásico, el autónomo económicamente dependiente y el trabajador por cuenta ajena”. Y por ello, con la finalidad de “eliminar esas zonas fronterizas grises entre las tres categorías”, la definición de TRADE es “muy restrictiva, delimitando conforme a criterios objetivos” los supuestos en los que aparece.

C) La noción legal de trabajo autónomo económicamente dependiente: elementos; sistemática de la exposición

Lo primero que conviene resaltar es que la introducción de la noción de TRADE no implica la aparición de una nueva clase de relación jurídica. En efecto, como había pronosticado la doctrina anterior (GUTIÉRREZ-SOLAR, 2002), la incorporación del trabajo parasubordinado a nuestro Ordenamiento no se hace mediante la creación de un nuevo tipo contractual. Se opta por establecer unas características que el trabajo autónomo que se desarrolle debe presentar para poder ser considerado económicamente dependiente. En consecuencia, y sin perjuicio de lo que luego se dirá, cualquier contrato que incorpore trabajo que las reúna tendrá tal condición, con independencia de que éste se preste al amparo del Código Civil, la legislación mercantil o incluso el Derecho administrativo [arg. ex artículo 3.1.b) LETA; cfr. SELMA, 2007.b), págs. 129 y ss.].

En segundo término, es preciso hacer una consideración general respecto a los rasgos generales de las condiciones que se exigen al trabajo autónomo para ser considerado económicamente dependiente. Se trata de una consideración de suma importancia puesto que, a su través, advertimos cómo la LETA intenta dar solución a los problemas que plantea la introducción de esta nueva noción y que se han visto en el apartado anterior. A este respecto, es preciso notar cómo, en este punto, la LETA se diferencia notablemente de lo que es usual en el derecho comparado y de lo que se había previsto en el anteproyecto propuesto por la comisión de expertos (2005): frente a un concepto abierto de TRADE, basado en la utilización de conceptos indeterminados, el texto finalmente aprobado quiere cerrarlo de forma definitiva [SELMA, 2007.a), págs. 153 y ss.] En el anteproyecto, el TRADE venía definido simplemente como el autónomo que, no teniendo trabajadores a su servicio, desarrolla “su actividad de forma continuada, coordinada y predominantemente para un solo cliente” del que depende económicamente por recibir del mismo “remuneraciones que supongan su principal fuente de ingresos” [artículo 1.2.a); cfr. también artículo 10]. Por el contrario, el extenso artículo 11 LETA, junto con

La noción de TRADE

otras normas que se relacionan con él, intentan acotarlo de manera objetiva para impedir los trasvases a los que se ha aludido: existe TRADE si concurre una relativamente amplia lista de condiciones que, además, se formulan de forma bastante cerrada. Este peculiar modelo aparece ya en el proyecto presentado por el Gobierno y, con levísimos retoques, es el que se incorpora definitivamente a la Ley 20/2007. Hay que entender, por tanto, que éste es el fruto de las negociaciones informales previas entre Gobierno y organizaciones representativas interesadas [SELMA, 2007.a), pág. 158].

Lógicamente, el detallado sistema definitorio de los TRADE previsto en el artículo 11 LETA y normas concordantes abre, como hemos de ver a continuación, un amplio espectro de problemas interpretativos. En efecto, comoquiera que la LETA se emplea a fondo en la delimitación de tales características, el esfuerzo interpretativo aumenta: a medida que una norma es más detallista, la concreción de su alcance requiere consideraciones mayores. El análisis que siguen intenta detectar aquéllos y ofrecer algunas posibles soluciones. A estos efectos, se han ordenado en torno a los tres elementos que parece tener el concepto de TRADE: el primero, la dependencia económica, el segundo, los requisitos de ejercicio de la actividad y el tercero, la formalización de la situación. Se hace preciso considerar, además, los supuestos expresamente excluidos por el artículo 11.3 LETA. En todo caso, como se ha indicado, el texto de la LETA es, en este punto, sumamente innovador, tanto respecto a las nociones de TRADE que había avanzado la doctrina como en relación con las que se utilizan habitualmente en los modelos comparados más próximos. Sabemos las razones que le han movido a adoptar esta opción. Lo que no sabemos son los efectos que puede producir sobre la finalidad normativa de tutelar a los trabajadores económicamente dependientes. Las últimas consideraciones se dedicarán, en fin, a valorarlos.

III. LA DEPENDENCIA ECONÓMICA

El artículo 11.1 LETA define a los TRADE como “aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos del trabajo y de actividades económicas o profesionales”. Obsérvese que de la definición legal se desprende que el TRADE es, ante todo, un trabajador autónomo. Y que cuando se afirma que es económicamente dependiente lo que se indica es que desarrolla su actividad fundamentalmente para un cliente lo que hace que la mayor parte de sus ingresos provengan de éste. De este modo, la comprensión de la dependencia económica obliga a responder dos tipos de cuestiones: por un lado, las que se relacionan con la figura del cliente (3.1); por otro, las vinculadas a la medición cuantitativa de la dependencia económica (3.2).

A) La figura del “cliente”

La noción de dependencia presupone la existencia de dos elementos. De este modo, la figura del TRADE no puede ser aprehendida en su integridad sin hacer una breve reflexión

sobre la persona respecto de la que se predica la dependencia, esto es, el cliente. Y es que si algunas cosas son claras, otras lo son menos.

a) En el primer terreno, cabe señalar lo dispuesto en el último inciso del artículo 12.2 LETA, en cuya virtud “la condición de dependiente sólo se podrá ostentar respecto de un único cliente”. Se trata de una disposición lógica puesto que una sencilla operación aritmética demuestra que los requisitos cuantitativos de la dependencia económica imposibilitan que se pueda ser dependiente simultáneamente de más de un cliente. No existe, por supuesto, problema en que existan varios autónomos dependientes de un mismo cliente –siempre que todos cumplan las condiciones que se establecen–. Ni tampoco que un mismo TRADE tenga como cliente sucesivamente a personas diferentes. Sin embargo, es claro que la suscripción posterior de un contrato con un nuevo cliente predominante debe poner fin al anterior. Es probable que este efecto extintivo, si no se produce mediante el desistimiento contemplado en el artículo 15.1.d) LETA, se produzca *ope legis*, al amparo de la letra h) de ese mismo precepto, sin que, por tanto, el cliente inicial quede sujeto a preaviso ni indemnización –y, sin perjuicio, quizá de que éste pueda obtener la reparación eventualmente derivada de la falta del preaviso del TRADE–.

Por el contrario, no queda tan claro quiénes pueden ostentar la condición de cliente. Pueden serlo, dice el artículo 11.1 LETA, tanto las personas físicas como las jurídicas. No parece existir problema en que, dentro de las personas jurídicas que pueden ostentar la condición de clientes, quepan las Administraciones Públicas. Si se admite que el trabajo autónomo puede consistir en la prestación de servicios por cuenta de ellas –como se hace claramente en el artículo 3.1.b) LETA–, hay que admitir, a falta de norma específica en contrario, que si se dan las condiciones del artículo 11 LETA, es posible la existencia de un trabajador autónomo económicamente dependiente de una persona jurídica de Derecho Público.

Dicho esto, conviene tener presente que la mención legal a personas físicas o jurídicas no agota la realidad. Existe, en este sentido, un abigarrado mundo de entes sin personificar de los que es fácilmente predicable la condición de cliente, al igual que la de empresario (cfr. artículo 1.2 ET). En consecuencia, habrá que entender que la LETA incurre en este punto en una injustificada simplificación que puede ser solventada por vía interpretativa, entendiendo que también pueden ser clientes, parafraseando el criterio laboral, “las comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios” de los TRADE (MOLINS, 2007).

b) En todo caso, la cuestión más peliaguda que se plantea al hilo de la figura del cliente, también se relaciona con las personas jurídicas –o, en su caso, de los entes sin personificar–: la de saber si éstas pueden adquirir tal condición respecto de las personas que las componen. Parece claro, de entrada, que, al igual que es admisible que una misma persona reúna la condición de socio o partícipe y la de trabajador subordinado por cuenta de la sociedad, ha de serlo que la sociedad realice contratos que canalicen la prestación de trabajo autónomo con sus componentes y que, en caso de que éstos reúnan los requisitos

La noción de TRADE

legales, ello pueda dar lugar a que sean considerados TRADE. El problema se plantea con aquellos casos en los que los socios o partícipes presten sus servicios en el interior de la persona jurídica, en virtud precisamente de las relaciones societarias. Se trata, en definitiva de saber, si los trabajadores autónomos aludidos en los tres primeros apartados del artículo 1.2 LETA –así como todos aquellos otros casos que pueden ser asimilados por vía interpretativa– pueden o no ostentar la condición de TRADE respecto de la sociedad de la que forman parte.

La LETA no da más que indicios para solventar este tema. Y los da contradictorios. De un lado, del listado del artículo 1.2 LETA parece desprenderse una solución negativa al problema. Obsérvese, en este sentido, que los TRADE aparecen en él nítidamente separados de los autónomos que lo son por las prestaciones que desarrollan en función de la condición de socio o comunero dentro de una sociedad. En este contexto, la separación entre TRADE y autónomos que lo son en cuanto socios que aportan servicios a una sociedad parece estar excluyendo que pueda tenerse aquella condición si se ostenta ésta. De hecho, se ha llegado a esta conclusión por algún comentarista, bien que siguiendo un camino argumentativo sólo parcialmente coincidente (cfr. BARRIOS/APILLUELO, 2007, pág. 107). De otro, y sin embargo, el artículo 1.3 LETA suministra a contrario un argumento favorable a la admisión de la condición de TRADE dentro de las sociedades. Este precepto, al que me referiré luego [*infra*, 5.b)], excluye la posibilidad de que en el interior de las sociedades profesionales –u otras formas de ejercicio comunitario de las profesiones– puedan aparecer TRADE. Aunque el precepto admite diferentes lecturas –entre otras la que postula que las sociedades aludidas deben referirse a los profesionales en sentido amplio, a “cualquier profesional autónomo” en definitiva (BARRIOS/APILLUELO, 2007, pág. 103)–, si la correcta fuera la que se acaba de hacer, resultaría que su lectura a contrario posibilitaría que en otro tipo de sociedades pudieran aparecer, en dependencia precisamente de ellas.

La falta de contundencia de los indicios permite quizá entender que no es posible excluir *a priori* una respuesta afirmativa a la cuestión que nos ocupa, sin perjuicio de advertir las dificultades que en buena parte de los casos presentará la admisión de la condición de TRADE en este tipo de supuestos. De entrada con carácter general, la condición de titular de la sociedad dificultará que pueda darse por cumplido el requisito del artículo 1.2.a) LETA cuando ella emplee trabajadores por cuenta ajena

**EL TRADE DESARROLLA
SU ACTIVIDAD
FUNDAMENTALMENTE
PARA UN CLIENTE
LO QUE HACE
QUE LA MAYOR PARTE
DE SUS INGRESOS
PROVENGAN DE ÉSTE**

o subcontrate parte de su actividad –sobre todo, cuando el autónomo ostente su control efectivo, directo o indirecto–. En cuanto a los restantes requisitos, la interposición de la personalidad jurídica entre el prestador de servicios y el cliente efectivo dificultará normalmente admitir su concurrencia. Difícilmente concurrirá en el socio el requisito de disponer de una infraestructura propia en el sentido del artículo 11.2.c) LETA –puesto que normalmente su titularidad corresponderá a la sociedad–. Igualmente difícil resulta admitir la existencia de criterios organizativos propios –puesto que éstos vendrán dados por el propio ente–. Por último, aunque en la contraprestación que se perciba cabe advertir la existencia de “riesgo y ventura”, cabe poner en duda que se encuentre “en función del resultado de (la) actividad” del TRADE como exige la letra e) del artículo 11.2 LETA en la medida en que será más bien función de su efectiva participación en los beneficios sociales. Por todas estas razones, es probable que la admisión de la condición de TRADE en atención a vinculaciones societarias haya de quedar limitada a las formas más imperfectas de éstas siempre que, además, prevalezca claramente la aportación de servicios sobre la de capital.

Conviene en fin advertir que, de alcanzarse la condición de TRADE por socios o comuneros, ésta debe entenderse referida a la sociedad o comunidad de la que sean partícipes: siempre que acrediten dependencia económica de ella en los términos que veremos en el apartado siguiente, la sociedad o la comunidad serán, desde el punto de vista que nos ocupa, el cliente de socio o comunero. En ningún caso esta condición puede ser predicada del cliente que contrata con unas u otras: al ser el TRADE un autónomo, se requiere que tenga la condición de persona física (arg. ex artículo 1.1 LETA); en consecuencia, la sociedad o la comunidad no podrán alcanzar nunca aquélla.

B) La determinación cuantitativa de la dependencia económica

En el Anteproyecto propuesto por la comisión de expertos la dependencia económica no se definía, sin perjuicio de que se presumiera su existencia “cuando el trabajador reciba de manera regular de un mismo cliente remuneraciones que supongan su principal fuente de ingresos”. Su existencia quedaba condicionada, mediante esta presunción, a dos conceptos indeterminados: su principalidad y su regularidad. Frente a este sistema, en el que el margen para la interpretación es amplio, el texto aprobado de la LETA ha optado por otro mucho más cerrado ya que la dependencia económica se hace equivalente a “percibir (del cliente), al menos, el 75% de (los) ingresos (del TRADE) por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”.

Una valoración general del criterio legal pasa por constatar que, en su búsqueda de la máxima seguridad en la delimitación del TRADE, el artículo 11.1 LETA opta por un criterio exquisitamente objetivo. Ahora bien, el diseño legislativo presenta algunos puntos oscuros: desde una perspectiva técnica, no queda, ni mucho menos, exento de abrir conflictos interpretativos (a). De otro lado, desde el punto de vista de la justicia material, es posible plantearle importantes objeciones (b).

La noción de TRADE

a) El modo en que se formula el requisito de la dependencia deja algunas cosas claras. De entrada, y desde un punto de vista estructural, es obvio que la expresión “al menos” indica que el 75% tiene la estructura de un mínimo, lo que permite que cualquier dependencia que se sitúe por encima del mismo pueda dar lugar a la existencia de un TRADE, incluyendo obviamente la posibilidad de que éste aparezca en los casos de dedicación exclusiva a un único cliente. De hecho, la noción de trabajador autónomo del transporte que se contiene en la Disposición Adicional Undécima LETA admite expresamente esta última posibilidad. Por otro lado, la referencia a los ingresos por “rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales” como marco en el que se calcula la dependencia tiene un inequívoco sabor a legislación fiscal. La utilización de las normas de esta naturaleza –fundamentalmente las contenidas en la legislación del impuesto sobre la renta– para integrar el artículo 11.1 LETA podría además venir impuesta por la intención legislativa de dar certeza a la definición de TRADE.

Con todo, no se pasa de este propósito puesto que quedan abiertos múltiples flecos respecto a la concreción de la categoría (BARRIOS/APILLUELO, 2007, págs. 98 y 99), que acaso puedan ser solventados en un futuro desarrollo reglamentario (MORATO, 2007). En primer término, los comentaristas han señalado la inexistencia de un marco de referencia para realizar los cálculos oportunos [MERCADER/DE LA PUEBLA, 2007, pág. 94; MOLINA, 2007, pág. 103; SELMA, 2007.b), pág. 140]. Normalmente, esta cuestión se soluciona mediante el concepto indeterminado referido a la continuidad de la situación de dependencia económica. Ahora no se dice nada; y ello obliga a buscar algún parámetro, al menos mientras no se cuente con desarrollo reglamentario de esta cuestión. La utilización de conceptos fiscales parece conducir a que sea el ejercicio fiscal el período relevante para desarrollarlos. Sin embargo, esto continúa dejando problemas abiertos. De un lado, si tal criterio es también aplicable a las relaciones de carácter temporal (artículos 7.2 y 12.4 LETA) puesto que en ellas parece más razonable pensar que ha de ser la previsión contractual en punto a duración la que resuelva el problema. De otro, y respecto a las de carácter indefinido, sí resulta adecuado utilizar el ejercicio fiscal, y, por tanto, el módulo del año natural, que es el previsto en las normas fiscales, para determinar la concurrencia o no del requisito de la dependencia económica. Sin embargo, incluso en este caso, dado que el ejercicio no se cierra hasta el final del año, se plantearán sin duda problemas de viabilidad.

No es éste el único problema que existe. Pueden aparecer, en segundo lugar, algunos vinculados a los diferentes sistemas de medición de los dos elementos que componen el porcentaje: si es obvio que el coeficiente se debe calcular sobre las efectivas contraprestaciones abonadas por el cliente, la base sobre el que éste se aplica puede ser calculada de formas diferentes. Dando por supuesto que el artículo 11.1 LETA se refiere al rendimiento –y no por tanto a los ingresos brutos–, lo cierto es que, como se desprende de los artículos 30 y 31 Ley 35/2006, su determinación admite diversos sistemas (estimación directa y estimación objetiva) que pueden suponer desviaciones en el cuántum correspondiente, con las consiguientes repercusiones sobre la seguridad jurídica de la posición del cliente –incluso hasta llegar a situaciones absurdas (MOLINS, 2007)–.

En tercer lugar, y sobre todo, la utilización de conceptos fiscales parece dar respuesta al problema del marco de referencia en el que deben operarse los cálculos para obtener

la base del porcentaje. Se trata de saber en este terreno si para determinarla debe actuarse sólo sobre la actividad por cuenta propia desarrollada por el trabajador o si, en su caso, debe ser tomada también en consideración la actividad por cuenta ajena. Es obvio que, en los casos en los que se desarrollen ambos tipos de actividades, será mucho más sencillo alcanzar la condición de TRADE en el primer escenario que en el segundo puesto que las rentas de naturaleza salarial incrementarán la base a tomar en consideración para ello. Pues bien, si el artículo 11.1 LETA da solución al problema del cálculo del porcentaje mediante el recurso a la normativa fiscal habrá que llegar a la segunda respuesta. Así parece venir acreditado también por la tramitación parlamentaria del precepto —que ha conservado siempre su literalidad durante ella, a pesar de haber sido objeto de varias enmiendas en el Congreso dirigidas a clarificar que se trataba de los ingresos obtenidos “como autónomos” [enmiendas 42 (Coalición Canaria) y 114 (GP Catalán)] o a eliminar de su texto los rendimientos del trabajo [enmienda 240 (ERC)], precisamente para evitar este problema—. En este contexto, resulta difícil postular una interpretación alternativa, posible pero forzada, a tenor de la cual, la alusión a los rendimientos del trabajo y de actividades económicas y profesionales habría de entenderse referida a los mismos, siempre que se debieran a actividades por cuenta propia. El artículo 11.1 LETA tendría entonces como finalidad salvar las inconsistencias que presenta la legislación fiscal en este punto, al considerar “rendimientos del trabajo” retribuciones que no tienen naturaleza salarial ni se generan dentro del contrato de trabajo —fundamentalmente, los vinculados a propiedad intelectual [letras c) y d) del artículo 17.2 Ley 35/2006] o devengados en el terreno societario [letras e) y g) del citado precepto]— y rendimientos de actividades económicas, rentas que se originan dentro de contratos de trabajo —por ejemplo, las percepciones de artistas y representantes de comercio (artículo 17.3)—.

Descartada esta posibilidad, resulta que todas las actividades del trabajador se toman en consideración a la hora de determinar la condición de TRADE: por supuesto, las desarrolladas por cuenta propia, pero también las que se efectúen por cuenta ajena. Posiblemente, detrás de ello se encuentra la consideración de que en el último caso la necesidad de la tutela propia de los TRADE es menos intensa en el caso de que el trabajador desarrolle también una actividad por cuenta ajena. Y ello en atención a que, estadísticamente, ésta se prestará a jornada completa por lo que la desarrollada por cuenta propia tendrá carácter marginal. La idea no deja, sin embargo, de ser una generalización y, como tal, presentará numerosas excepciones, sobre todo cuando el trabajo subordinado se desarrolle a tiempo parcial: en estos casos, el trabajador tendría una tutela limitada como prestador subordinado y, salvo en hipotéticos casos de trabajos autónomos de altísimo valor añadido, se expondría a carecer de la tutela propia de los TRADE por la incidencia que el rendimiento derivado del trabajo a tiempo parcial produzca sobre el marco de referencia del porcentaje del 75%.

b) En el segundo terreno, el de la valoración desde la perspectiva de la justicia material, el recurso a un porcentaje de los rendimientos presenta algunos inconvenientes de peso. No cabe duda, en este sentido, que la regla que se acaba de transcribir tiene significación constitutiva: o el porcentaje se alcanza, en cuyo caso se abre la posibilidad de admitir la

La noción de TRADE

existencia de un TRADE si se da el resto de elementos del concepto, o no se alcanza, supuesto en el que es imposible aceptar que el prestador de servicios ostente tal condición, sean cuales sean las restantes condiciones de su prestación. Es obvio que, con ello, la LETA persigue la certeza en la delimitación de la nueva figura, sin que quede espacio para “lectura correctora” alguna como las que ya se han formulado y que miran a transformar el criterio del artículo 11.1 LETA en una regla presuntiva (cfr. MOLINA, 2007, pág. 103).

Sin embargo, la certeza choca con las exigencias de la justicia material. Y ello, en un doble sentido. De un lado, al utilizarse un criterio porcentual, sin referencia alguna a magnitudes brutas, la dependencia económica puede existir con independencia de los niveles de rentas de que estemos hablando. Al igual que ocurre con la subordinación laboral, la dependencia económica del TRADE puede existir en prestadores de servicios de rentas muy altas en atención al tipo de actividad que desarrollan. Cabe dudar que en estos casos sea necesario dispensar tutelas como las prevenidas en el Capítulo III, Título II LETA. Por otro lado, como todas las convenciones, el porcentaje fijo genera situaciones de difícil explicación, la pregunta “¿por qué no es TRADE quien percibe de su cliente principal el 74'5% de sus rendimientos?” no tiene obviamente una respuesta convincente. La puesta en funcionamiento simultánea de estas dos circunstancias conduce aun a resultados más sorprendentes puesto que es seguro que es más económicamente dependiente un trabajador autónomo de rentas bajas con porcentajes de dependencia menores que uno de rentas altas con porcentajes superiores.

De otro lado, al emplearse un criterio tan objetivo para medir la dependencia económica se facilita a los clientes escapar de ella, graduando las prestaciones que abonan a los autónomos que contraten (MERCADER/DE LA PUEBLA, 2007, pág. 94; MOLINA, 2007, pág. 103). El fenómeno puede verse desde este punto de vista o desde otro diferente: el del cliente. Obsérvese, en este sentido, el carácter en principio inaccesible para él de la información necesaria para determinar la concurrencia de la dependencia económica. Del parámetro económico que mide la dependencia, el cliente puede saber la contraprestación que previsiblemente satisfará al autónomo durante un cierto período de tiempo pero difícilmente podrá acceder a la cuantía de la base para calcular el porcentaje que aquélla supone. Esta circunstancia –que resulta también predicable de otros de los requisitos de la actividad de TRADE–, hace que, desde el punto

**TODAS LAS ACTIVIDADES
DEL TRABAJADOR SE
TOMAN EN CONSIDERACIÓN
A LA HORA DE DETERMINAR
LA CONDICIÓN DE TRADE**

de vista jurídico, de la calificación contractual sea no sólo relevante la existencia de la dependencia sino también las efectivas posibilidades que el cliente haya tenido de conocer su existencia. Volveré luego sobre este tema, al comentar los problemas vinculados a las circunstancias del nacimiento del contrato de TRADE y a su formalización (*infra*, 6).

IV. LA ACTIVIDAD DESARROLLADA POR LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

Aunque el TRADE es, como hemos visto, un trabajador autónomo, desarrolla su actividad de una determinada manera, acorde con las características relacionadas con su doble condición de trabajador autónomo y de económicamente dependiente. Esta idea se advierte con nitidez en el artículo 11.2 LETA, que describe las condiciones en las que la actividad ha de ejercerse para poder acceder a aquella condición.

La descripción de estas condiciones protagonizada por el artículo 11.2 LETA viene inspirada en el mismo principio que la noción legal de dependencia económica que se acaba de analizar. Se trata de garantizar certeza a la definición de TRADE, a efectos de separarla nítidamente tanto del trabajador autónomo ordinario como de las prestaciones sujetas al contrato de trabajo. Ello explica las características del precepto, tanto su extensión como, sobre todo, su carácter constitutivo. Si, en el primer sentido, el artículo 11.2 LETA contiene un listado de cinco caracteres de la actividad desarrollada por el TRADE, en el segundo, el propio precepto nos indica que son “condiciones” que ésta debe reunir para ser constitutiva de trabajo autónomo económicamente dependiente. Es más, las cinco deben reunirse “simultáneamente”, de manera que el defecto de sólo una de ellas impide alcanzar la condición de TRADE. Por lo demás, dependiendo de cual sea la condición que falte en la actividad estaremos en presencia de un trabajador autónomo ordinario –en caso de defecto de la condición contenida en la letra a) del artículo 11.2 LETA– o un trabajador subordinado –a falta de cualquiera de las otras condiciones–.

A) Las condiciones legales de la actividad del TRADE

Como se ha dicho, de acuerdo con el artículo 11.2 LETA, son cinco las condiciones que simultáneamente debe reunir el desempeño de una actividad económica o profesional como TRADE.

a) En primer lugar, el artículo 11.2.a) LETA exige que el TRADE no tenga a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contrate o subcontrate parte o toda la actividad con terceros; y ello “tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes”. La idea es, en definitiva, reforzar la exigencia de personalidad que se predica de los trabajadores autónomos ordinarios requiriendo a tal efecto que la actividad desarrollada por el TRADE no cuente con recursos humanos adicionales a los propios.

La noción de TRADE

Esta exigencia debe entenderse además en sentido amplio. De entrada, porque su alcance literal lo es: no se refiere sólo a las actividades contratadas para el cliente sino al conjunto de las desarrolladas por el trabajador autónomo. Por esto, basta “tener a su cargo” trabajadores para que éste no pueda ser considerado económicamente dependiente. Además, porque siendo aquélla su finalidad, parece claro que las situaciones que se excluyen son las que se contemplan de manera expresa pero también cualesquiera otras que tengan análoga significación. Es lógico pensar que el TRADE no sólo no puede tener trabajadores ni contratar o subcontratar su actividad sino que tampoco debe obtener recursos humanos adicionales de otras fuentes cercanas —señaladamente, mediante el recurso a ETTs—. Por otro lado, la inclusión de contratación o subcontratación en el artículo 11.2.a) LETA impide que el TRADE pueda obtener tales recursos adicionales mediante la contratación de otros autónomos o de TRADE: parece claro que este tipo de contratos queda fácilmente incluido en la noción amplia de contratación y subcontratación que el precepto emplea. En fin, desde un punto de vista cuantitativo, la exigencia parece ser total: impide ser TRADE la contratación de trabajadores, con independencia de la duración del vínculo o la dedicación del trabajador contratado, y también la impide la contratación o subcontratación de todo o parte de la actividad, aunque en este último caso la parte sea mínima.

La exigencia del artículo 11.2.a) LETA es, a todas luces, excesiva. Contrasta desde luego con la situación a nivel comparado en la que se admite que los TRADE cuenten con la colaboración de otras personas siempre que ello no desvirtúe la finalidad de la figura (CALVO, 2005, pág. 75). Y también contrasta con la propia situación de los trabajadores subordinados puesto que literalmente, el requisito de personalidad de la prestación tiene un alcance mucho más amplio respecto de los TRADE. Por ello, estoy seguro de que en ciertos casos habrá que admitir que el trabajador autónomo que cuente con ayuda adicional pueda ser considerado TRADE. Tal ocurrirá, creo, en los casos de explotaciones familiares (en contra, sin embargo, BARRIOS/APILLUELO, 2007, pág. 103) y acaso también en ciertos entes sin personificar, si bien en el estricto círculo de los trabajadores autónomos implicados en ellos.

Por último, es claro que el defecto del requisito del artículo 11.2.a) conduce a considerar que el prestador de servicios es un trabajador autónomo ordinario, puesto que resulta ser titular de una explotación lo suficientemente compleja que permite entender que no es dependiente económicamente de un cliente, por más que trabaje de forma predominante para él.

b) Por su parte, los restantes condicionantes de la actividad del TRADE recogidos en el artículo 11.2 LETA permiten diferenciarlo de los trabajadores subordinados. De este modo, su carencia conducirá a entender que existe un falso autónomo que puede ser declarado trabajador por cuenta ajena. El primero de estos requisitos es el de la letra b) del indicado precepto que se refiere a la necesidad de que los TRADE no ejecuten su actividad “de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente”. Y es que si la prestación del TRADE se desarrolla de manera indiferenciada, y por tanto con las mismas características de la que desenvuelven los trabajadores subordinados del cliente, habrá considerar que aquél comparte la misma naturaleza que éstos y, por tanto, resulta ser un falso autónomo.

El artículo 11.2.b) LETA se refiere a “trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente”. Se trata de una norma de vocación amplia que convierte en referencia a cualquier tipo de trabajador, con independencia de que sea común o especial, indefinido o temporal o vinculado mediante alguna de las modalidades contractuales. Por el contrario, no parece que se hayan de considerar otros autónomos que puedan trabajar para el cliente. Parece asimismo razonable pensar que tampoco han de serlo los trabajadores que presten sus servicios en contratas o subcontratas de obras o servicios desarrolladas por cuenta del cliente, incluso en el caso de que utilicen trabajadores subordinados que desarrollen prestaciones análogas a la del TRADE: en rigor, no se puede considerar que tales trabajadores presten sus servicios en sentido técnico “por cuenta del cliente” y, además, si la LETA hubiera querido incluirlos en el requisito que estudiamos lo hubiera hecho expresamente como acontece en el apartado anterior. Esta idea no alcanza, a mi juicio, a los trabajadores cedidos por una ETT —y mucho menos a los casos de cesión ilegal de trabajadores—.

Obviamente, determinar si dos prestaciones se desarrollan o no de manera diferenciada exige una comparación entre ellas a la búsqueda de elementos que, eventualmente, las separen. Mas es igualmente obvio que estos elementos deben poseer relevancia suficiente como para justificar la separación. Creo que puede afirmarse que algunos, señaladamente los de carácter funcional, la alcanzarán con facilidad. Otros, sin embargo, tendrán más dificultades. El momento de la prestación es un ejemplo muy claro: la mera disparidad de horario o distribución de jornada no permite diferenciar las prestaciones. En otros casos, en fin, habrá que realizar un análisis casuístico. Tal es el caso de la aportación patrimonial a cargo del TRADE que puede ser un elemento relevante o no, en función de las características de su actividad [arg. ex artículo 11.2.c) LETA]. Y esto mismo puede ser predicado del lugar donde la actividad se desarrolle: la mera separación física entre trabajadores subordinados y TRADE no permite concluir automáticamente que realicen prestaciones diferenciadas.

Obsérvese, en fin, que el precepto impone una comparación en concreto. La concurrencia del requisito requiere una comparación con los trabajadores subordinados de la empresa cliente y no con los que sean habituales en el sector de que se trate ni menos aún los que puedan concebirse en él. Por eso, sólo podrá ponerse en cuestión cuando la empresa cliente disponga de trabajadores dedicados a la actividad que realiza el TRADE. Sólo entonces, lógicamente, será posible que éste realice su labor de manera indiferenciada con aquéllos. El requisito no es útil cuando las empresas clientes carezcan de ellos bien porque nunca los han tenido, como puede ocurrir en empresas de nueva creación, bien porque los tuvieron en el pasado pero ya no los tienen —salvo el obvio caso que la falta de término de comparación se relacione con la novación extintiva de contratos de trabajo para convertirlos en TRADE con las mismas funciones, en los que la existencia de fraude es evidente [SELMA, 2007.a), págs. 167 y 168]—.

c) El artículo 11.2.c) ET requiere que el TRADE disponga “de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los

La noción de TRADE

de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente”. Se trata de una condición cuyo comentario es necesariamente limitado puesto que parece bastante evidente lo que debe entenderse por “infraestructura productiva y materiales propios (e) independientes de los de su cliente”. El único punto susceptible de glosa es, en este sentido, el del último inciso, relativo a la relevancia económica. El matiz que este inciso introduce a la exigencia general parece girar en torno a una idea: la de la intrascendencia de su incumplimiento cuando la actividad que desarrolla el TRADE, por su naturaleza económica, no los requiere o los requiere muy limitados o de escaso valor. Esto puede ocurrir con bastante frecuencia en las prestaciones típicas de una economía “terciarizada”, cuando la propia infraestructura material de las empresas es cada vez más intrascendente porque éstas se “idealizan” a pasos agigantados. Pero, además, el requisito de la relevancia económica de materiales e infraestructura mira también en otra dirección: la mera aportación de éstos por el trabajador no es un indicio unívoco de la existencia de un TRADE; sólo en caso de que presenten aquella característica nos moveremos en este terreno.

d) Por su parte, el artículo 11.2.d) LETA requiere que la actividad del TRADE se desarrolle “con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente”. Este requisito mira a resaltar el carácter autónomo de la prestación del TRADE, recordando la exigencia general del artículo 1.1 LETA respecto a que las actividades autónomas se desarrollan “por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona”. Sin embargo, el precepto no puede dejar de reconocer una realidad: en muchas ocasiones, las prestaciones autónomas habrán de coordinarse con las necesidades organizativas de la empresa cliente. Y esto será particularmente intenso cuando exista dependencia económica en el sentido del artículo 11.1 LETA, aunque sea sólo porque, para reconocerla, es preciso el establecimiento de una relación de cierta duración e intensidad. De ahí que el requisito de la independencia deba entenderse “sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente”.

Lo que pasa es que la diferenciación entre la dependencia laboral y las “indicaciones técnicas” a las que se refiere la letra d) del artículo 11.2 LETA será tarea para Sísifo. Y ello a pesar de las buenas intenciones del legislador que se ha ocupado de precisarla en la tramitación legislativa: la redacción inicialmente prevista en el proyecto contemplaba la posible existencia de “indicaciones técnicas de carácter general”, habiendo desapa-

**LAS CINCO CONDICIONES
QUE DESCRIBE
EL ARTÍCULO 11.2
LETA DEBEN DARSE
SIMULTÁNEAMENTE PARA
ALCANZAR LA CONDICIÓN
DE TRADE**

recido la última expresión precisamente para acotar el alcance de las potestades organizativas que corresponden a la empresa cliente. A pesar de ello, insisto, la diferenciación será complicada.

En la misma línea se ha pronunciado reiteradamente la doctrina. No es fácil distinguir la dependencia laboral de los actos de concreción del objeto de un contrato civil o mercantil de tracto sucesivo [SELMA, 2007.a), págs. 160 y ss.] Seguramente sí que es posible dar una definición general: nos moveremos en el terreno de la coordinación, que sí es admisible respecto de los TRADE, cuando ésta se desarrolle “mediante la delimitación de los aspectos finales del proyecto, de los rasgos distintivos del mismo y de aquellos matices que sean necesarios para (la) correcta inserción (de la prestación) en el ciclo productivo de la empresa comitente” (CALVO, 2005, pág. 56). Con todo, este tipo de cláusulas generales son lo suficientemente amplias como para dar cabida a situaciones muy próximas a la dependencia laboral. Y es que la dependencia pretendidamente económica propia de los TRADE “difícilmente deja de ser al tiempo jurídica” (MONTOYA, 2005, pág. 39; cfr. también GARCÍA MURCIA, 2007).

En este sentido, las posibles indicaciones que la empresa cliente puede dar no se agotan, sin duda, en las de carácter técnico si es que éstas se interpretan en sentido literal de instrucciones respecto a la cantidad, calidad o cualidades del resultado que debe alcanzar el trabajador autónomo. El TRADE, como cualquier otro trabajador autónomo, cuando en razón del desarrollo de su actividad haya de integrarse en una organización ajena estará igualmente sujeto a otro tipo de indicaciones tendentes a la coordinación de su prestación. De hecho, el propio anteproyecto salido de la comisión de expertos admitía esta realidad al entender que el TRADE desarrolla su actividad “de forma continuada, coordinada y predominantemente para un solo cliente”. Y es obvio que estas instrucciones de coordinación pueden concretarse en criterios espacio-temporales relativos a la prestación que constituyen verdaderos indicios de dependencia laboral... O se admite esta posibilidad o la figura del TRADE tendrá una virtualidad sumamente limitada en la práctica.

e) El último de los condicionantes establecidos en el artículo 11.2 LETA hace referencia a la contraprestación económica de los servicios del TRADE. De acuerdo con su letra e), ha de ser percibida “en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla”. La interpretación literal del precepto parece, desde luego, bastante clara: al exigirse que la retribución del TRADE ha de ser necesariamente en atención al resultado, se impone que ésta se cuantifique en atención a la cantidad producida, entendiéndose esta última expresión en sentido amplio (número de unidades, pero también número de servicios, actos o gestiones desarrollados). Por su parte, la necesidad de asunción de “riesgo y ventura” de la retribución implicará, en atención al significado consolidado para esta expresión en el terreno de la mediación mercantil, la asunción de responsabilidad directa respecto de los resultados comprometidos, en caso de que se malogren, como dice el diccionario de la RAE, por “influjo de suerte o evento”.

La noción de TRADE

Se intenta con ello subrayar la exigencia de que la prestación del TRADE sea por cuenta propia: se insiste doblemente en su condición de no ajeno respecto de los riesgos de la prestación. Sin embargo, si se piensa bien, se advierte cómo, de nuevo, se le exigen al TRADE cosas que al autónomo ordinario no se le exigen. Ello es así porque, si bien es cierto que la retribución a resultado suele ser indicio de inexistencia de ajenidad, la existencia de retribución por unidad de tiempo no garantiza lo contrario. De hecho, pueden existir actividades, fundamentalmente de carácter profesional y en el terreno de la prestación de servicios, en las que existan formas de retribución por unidad de tiempo (iguales), sin que ello impida la consideración de sus prestadores como trabajadores autónomos. En cuanto a la exigencia de la asunción del “riesgo y ventura” en todo caso, todavía tiene menos sentido: sólo podemos concebir su aplicación respecto de las obligaciones que puedan configurarse como de resultado y muy probablemente ni siquiera en todas ellas; las prestaciones de actividad en su conjunto quedan al margen del requisito [cfr. SELMA, 2007.b), págs. 141 y 142].

Es posible que esto haya sido lo que pretende la LETA, en cuyo caso el campo del trabajo autónomo económicamente dependiente se reduce de manera sensible. Pero también cabe pensar que no es tal el designio legal y que lo que se ha pretendido es remachar que el TRADE, en cuanto autónomo, asume el riesgo de su explotación. Las alusiones a la contraprestación por resultado y a la asunción de riesgo y ventura ofrecerían dos indicios de ello pero sin impedir que otros tipos de contraprestaciones sean también admisibles siempre que, del conjunto de las circunstancias, pueda llegarse a la conclusión de que efectivamente el trabajador autónomo asume el riesgo de su actividad. Es verdad que esta interpretación correctora casa mal con la literalidad del precepto; pero no lo es menos que cuenta a su favor con un importante argumento sistemático: los diferentes tipos de TRADE que son contemplados específicamente por la LETA lo son precisamente a efectos de exonerar del cumplimiento, entre otros, de este requisito. Lo veremos de inmediato.

B) Reglas especiales

El listado del artículo 11.2 LETA delimita las condiciones que debe cumplir la actividad desarrollada por el TRADE. El conjunto del articulado del nuevo Estatuto muestra que existen, sin embargo, algunos tipos de actividad que presentan condiciones específicas para que los trabajadores autónomos que las desarrollen accedan a la condición de económicamente dependiente. Normalmente se produce un aligeramiento de las exigencias legales de la actividad (a), si bien no se trata de una tendencia unívoca (b).

a) En primer término, la Disposición Adicional Undécima LETA se refiere a los transportistas. Tras definir en su primer párrafo lo que debe entenderse por transportistas autónomos, dedica el segundo a las condiciones en que éstos pueden alcanzar la condición de económicamente dependientes. Según el precepto, no es necesario que reúnan la totalidad de los requisitos del artículo 11.2 LETA: acreditada la dependencia económica del artículo 11.1 LETA les bastará con cumplir el requisito de la letra a) del artículo 11.2, esto es, no tener trabajadores a su cargo ni contratar o subcontratar con terceros parte de su actividad.

Aunque aparentemente el precepto exonera a los transportistas del resto de los requisitos del artículo 11.2 LETA, debe tenerse en cuenta que la noción legal de transportista autónomo, al exigir que sean propietarios u ostenten poder directo de disposición del vehículo en que desarrollan su actividad, da por supuesto que cumplen el requisito de la infraestructura y materiales propios al que alude el artículo 11.2.c) LETA.

Por su parte, respecto de los agentes comerciales, la Disposición Adicional Decimonovena LETA procede a exceptuar parcialmente la aplicación de la condición del artículo 11.2.e) LETA: “no les será de aplicación el requisito de asumir el riesgo y ventura de (las) operaciones” en las que medien. Se trata de un lógico trasunto de la norma general que regula esta categoría de trabajadores autónomos (cfr. artículo 1 Ley 12/1992) y que permite que lo sean con independencia de que asuman o no el riesgo de las operaciones mercantiles.

b) La tercera actividad para la que se reconoce la existencia de reglas especiales es el sector de agentes de seguros. Respecto a los TRADE que puedan existir en él, dispone la Disposición Adicional Decimoséptima que “los contratos celebrados por los agentes de seguros que cumplan con las condiciones establecidas en el capítulo III de la presente Ley y los supuestos en que dichos agentes quedarían sujetos al mismo se determinarán reglamentariamente sin afectar, en ningún caso, su relación mercantil”.

El sentido del precepto es claro: en línea con la tradición normativa (cfr., antes, Ley 9/1992 y, ahora, Ley 26/2006), se relaciona con el intento de mantener a los agentes de seguros —y también seguramente a los subagentes— al margen de las reglas generales. Lo que ocurre es que la justificación de este intento es poco clara: si, desde el punto de vista del régimen jurídico de la prestación de servicios, no parecen existir diferencias relevantes entre el régimen jurídico aplicable a éstos y los agentes mercantiles ordinarios (cfr. artículo 10.3 Ley 26/2006, sobre aplicación supletoria de las normas generales del contrato de agencia), no queda nada claro cuál es la razón de la deslegalización que se produce del conjunto de la noción de TRADE. Muy probablemente, se trata de extender las suspicacias que tradicionalmente han mostrado la legislación y la doctrina jurisprudencial frente a la extensión a este colectivo de reglas de tutela. Estas reticencias han existido hasta ahora para la aplicabilidad de las normas laborales. Aunque no se ha puesto en cuestión que un contrato nominalmente mercantil de agente o subagente de seguros pueda encubrir un contrato de trabajo [DÍAZ DESCALZO, 2000, págs. 195 y ss.; CASTRO ARGÜELLES, 2002. a); TOROLLO, 2005, pág. 89], se ha reconstruido, por vía interpretativa, una presunción del carácter no laboral de los agentes cuando tal es la voluntad declarada [CASTRO ARGÜELLES, 2002.b), págs. 596 y ss.], e incluso parece haberse eliminado por vía normativa el juego de algunos indicios que se postulaban para calificar como laboral la relación de los subagentes (cfr. artículo 8 Ley 26/2006). El precepto que ahora se comenta parece extender estas reticencias a la legislación extralaboral de tutela de los prestadores de este servicio. Habrá que esperar, en todo caso, al desarrollo reglamentario, para confirmar esta idea...

V. LAS SITUACIONES EXCLUIDAS

Las nociones de dependencia económica y las condiciones de la actividad del TRADE vienen, en otro orden de cosas, matizadas por la existencia de dos situaciones excluidas por la regla del artículo 11.3 LETA. Se trata de una regla de significación claramente constitutiva como demuestra la expresión “en ningún caso” que incluye. De este modo, la mera detección de uno de los dos supuestos permite excluir la existencia de TRADE, con independencia de las características de la relación que los trabajadores autónomos aludidos establezcan con sus clientes principales.

a) El primero de los supuestos viene constituido por “los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público”. Se ha restado importancia a esta exclusión, sobre la base de que lo que se deja fuera del concepto de TRADE es la propia titularidad. Sería claro, en este sentido, que “la mera titularidad de un negocio o una explotación, si no lleva aparejada una aportación efectiva de actividad no puede ser considerada como actividad” a efectos de admitir la existencia de un trabajo autónomo económicamente dependiente (MERCADER/DE LA PUEBLA, 2007, pág. 98). Pero, entonces, la disposición sería directamente innecesaria puesto que ello es obvio. Desde este punto de vista, creo que no puede descartarse la existencia de una interpretación diferente en cuya virtud las actividades contratadas a través de un establecimiento abierto al público no pueden llegar a ser constitutivas de TRADE. Se ha señalado en este sentido que en este punto la LETA pretende significar que tener establecimiento abierto al público descarta “lógicamente” la existencia de dependencia económica de un solo cliente (BARRIO, 2007).

Esta segunda lectura no se relaciona, a mi juicio, con la valoración de la titularidad en sí misma considerada como un indicio de que el trabajador autónomo que dispone de ella no necesita ser objeto de una específica tutela. No se olvide, en este sentido, que la ostentación de una infraestructura es, como regla general, requisito exigible a los TRADE. Pienso más bien que la exclusión de esta categoría del acceso al trabajo autónomo económicamente dependiente conecta con el interés legislativo en que las empresas que acudan a un establecimiento abierto al público queden protegidos por la apariencia derivada de tal circunstancia y no puedan ser objeto sorpresivamente de una pretensión basada en el Capítulo III de la LETA. Desde luego, cabe discutir que el precepto sea necesario toda vez que existen otros

**TENER ESTABLECIMIENTO
ABIERTO AL PÚBLICO
DESCARTA LA EXISTENCIA
DE DEPENDENCIA
ECONÓMICA
DE UN SOLO CLIENTE**

preceptos del Estatuto que evitan este tipo de problemas (*infra*, 6). Pero suponiendo que ésta sea en efecto la finalidad de la norma, nos indica cuáles son los principales problemas interpretativos que planteará su aplicación y, sobre todo, nos da la pauta para solucionarlos.

No parece necesario, en este sentido, insistir en la naturaleza del establecimiento: la manera en que aparece enunciado indica a las claras que se utiliza una noción extremadamente amplia, cuyo único requisito parece ser de carácter físico: la efectiva existencia de una base en la que se desarrolla la actividad o desde la cual se ofrece al mercado. Los puntos que pueden ser más conflictivos se relacionan con la noción de titularidad y, sobre todo, con el requisito de que el establecimiento esté abierto al público. En cuanto a la primera, lo importante no será su naturaleza jurídica sino el poder de disposición que comporte y, sobre todo, la apariencia que éste genere. Desde este punto de vista, no será preciso que se trate de propietario sino que cabrá cualquier otra situación jurídica que implique posesión del establecimiento así como la efectiva titularidad de la explotación en él establecida. En la misma línea, si lo decisivo es la protección de la confianza del cliente, será indiferente que la titularidad del negocio sea individual o colectiva.

En todo caso, la noción central resultará ser el requisito de que el establecimiento se encuentre “abierto al público”. No se trata, probablemente, de una noción estática/formal sino dinámica/funcional en el sentido de que sea tal la forma habitual que tiene el autónomo para captar clientes. Por tanto, lo importante no será, claro está, que el cliente pueda entrar o salir del establecimiento sino que precisamente haya sido a través de sus puertas como se ha ofrecido la actividad del autónomo al mercado y cómo ha llegado el cliente a contactar con él. La aprehensión de esta diferencia obligará, a mi juicio, a valorar el conjunto de la situación de que se trate, combinando los estáticos —efectiva apertura al público del local, rotulación, anuncios en guías telefónicas, etc.— con los funcionales —manera en que se ha producido efectivamente la captación del cliente, utilidad real del local, etc.—.

b) La segunda excepción, constituida por “los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho”, tiene un alcance mucho menos claro que la primera. Aunque como ya he indicado hay quien sostiene que el precepto se refiere al ejercicio de cualquier profesión, sea o no liberal [BARRIOS/APILLUELO, 2007, pág. 103; *supra*, 3.1.b)], desde mi punto de vista es claro que el artículo 11.3 LETA alude al ejercicio colectivo de las profesiones colegiadas bien a través de las llamadas sociedades profesionales —reguladas ahora, con carácter general, por la Ley 2/2007— bien por medio de otros sistemas de agrupación profesional admitidos por las respectivas normas corporativas. Lo que no queda claro es cuál sea la relación aludida por el artículo 11.3 LETA: los indicados profesionales ¿no pueden ser TRADE respecto del cliente? O, ¿no pueden serlo respecto de la sociedad o entidad de la que forman parte?

La primera línea interpretativa, imposibilidad de ser considerados TRADE respecto de los clientes de la correspondiente sociedad profesional, ha de ser descartada puesto que, en

este caso, el precepto resulta superfluo. Y ello no sólo porque normalmente los profesionales disponen de oficinas o despachos abiertos al público; también, y sobre todo, porque la interpretación resultante carece de sentido. No lo tiene, además, porque si el cliente contrata con la sociedad no contrata un autónomo al no ser aquélla una persona física (arg. ex artículo 1.1 LETA). Y no lo tiene, tampoco, porque la prestación por un profesional miembro de una sociedad u otro ente organizado para el ejercicio profesional no se desarrolla desde el punto de vista técnico-jurídico para el cliente sino para aquélla.

En este contexto, la interpretación correcta parece mirar al interior de las sociedades profesionales: la exclusión de los TRADE en este terreno se refiere a la propia relación societaria, respecto de la cual sus componentes no pueden reivindicar aquella condición. No se trata así de una garantía del cliente sino de una garantía de una cierta forma organizativa del ejercicio de la actividad, que queda a cubierto de la aplicación de la parte más innovadora del Estatuto. Y hasta cierto punto es razonable: más arriba hemos visto los problemas existentes para admitir la figura del nuevo tipo de trabajo en el interior de las sociedades —de hecho, algún comentarista de la LETA ha utilizado estas ideas para considerar razonable la exclusión que nos ocupa (MERCADER/DE LA PUEBLA, 2007, pág. 98)—. Lo que no se entiende entonces es que la restricción se predique sólo de las de carácter profesional. Probablemente, como ya se ha apuntado (MOLINS, 2007), la larga mano de las corporaciones profesionales ha actuado de nuevo, con el precedente de la relación especial de los abogados que ejercen en despachos (cfr. GOERLICH, 2007), poniendo a cubierto a los integrantes de los grupos de presión de pretensiones de carácter social basadas en la LETA. Mas este tipo de razones no parece suficiente para justificar la norma...

VI. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL NACIMIENTO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE: INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN CONTRACTUAL Y FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO

No es posible cerrar el análisis de la noción de TRADE sin hacer referencia al sistema de calificación de las relaciones contractuales a través de las que éste se canaliza. Aunque se trata de un tema que la LETA no aborda expresamente, existen razones para pensar que se separa de los criterios tradicionalmente utilizados en relación con el contrato de trabajo. La diferencia se encuentra en el mayor papel que desempeña en la calificación contractual la autonomía individual y las declaraciones negociales en las que ésta se concreta. Con ello se busca probablemente, en línea con las pretensiones de otras reglas que se han analizado más arriba, dotar de certeza a las expectativas de las empresas clientes, protegidas por esta mayor “formalización” de las pretensiones eventualmente planteadas de manera sorpresiva por los trabajadores autónomos con los que trabajan.

En el sistema tradicional de calificación de las prestaciones de servicios, el análisis de la noción de TRADE debería cerrarse una vez concluidas las consideraciones anteriores. En efecto, conociendo las características de hecho de un determinado supuesto y comparándolas con las típicas del contrato de trabajo, se resuelve el problema de la calificación contractual. Existe una serie de instrumentos jurídicos que permiten cerrarlo: si unas y otras coinciden, la presunción de existencia del contrato de trabajo del artículo 8.1 ET

permitirá declararlo existente, con independencia, en atención al principio de libertad de forma consagrado en el mismo precepto, de que la voluntad declarada por las partes lo haya previsto expresamente y con independencia, incluso, de que haya sido diferente, en atención al carácter de orden público de los problemas de calificación contractual. El análisis de distintos pasajes de la LETA permite llegar a la conclusión de que los problemas de calificación de la relación jurídica que vincula al TRADE con su cliente se han de resolver de manera diferente a la que nos tiene acostumbrados el contrato de trabajo. Por eso, al iniciar el tratamiento de esta figura, advertí que junto con los dos elementos sustantivos que ya hemos estudiado, debía considerarse un tercer elemento, vinculado a la constitución del contrato de TRADE y a su formalización.

Los pasajes normativos a los que me he referido regulan tres cuestiones diferentes, alguna de las cuales resulta aparentemente lejana al problema que nos ocupa. Tales cuestiones son la entrada en vigor de la LETA en relación con las relaciones de TRADE que puedan preexistir a ella (6.1), la regulación de la adquisición sobrevenida de tal condición en el contexto de una relación previa entre un cliente y un trabajador autónomo ordinario (6.2) y, en fin, las reglas sobre el nacimiento del contrato de TRADE y en concreto las referidas a formalización e intercambio de información contractual (6.3). En la respuesta que la LETA da a cualquiera de estas tres cuestiones, se advierte la separación entre el sistema de calificación jurídico-laboral y el sistema que se previene para quienes desarrollan una actividad autónoma económicamente dependiente. Anticipando la conclusión que se desprende del análisis que sigue, indicaré que, a mi juicio, la diferencia se encuentra en el mayor papel que desempeña en la calificación contractual la autonomía individual y las declaraciones negociales en las que ésta se concreta. Con ello se busca probablemente, en línea con las pretensiones de otras reglas que se han analizado más arriba, dotar de certeza a las expectativas de las empresas clientes, protegidas por esta mayor “formalización” de las pretensiones eventualmente planteadas de manera sorpresiva por los trabajadores autónomos con los que trabajan. Seguramente se trata, en fin, de un empeño razonable en atención a las diferencias existentes entre la subordinación propia de los trabajadores asalariados y la dependencia económica de los TRADE: si los primeros se incardinan plenamente dentro del ámbito organizativo de la empresa que, en consecuencia, controla y gestiona todos los aspectos de su prestación laboral, los segundos conservan jurídicamente su autonomía –y en la práctica una parte de ella– lo que hace que el cliente no pueda en principio controlar ni gestionar el conjunto de su actividad.

A) Entrada en vigor del Estatuto del Trabajo Autónomo y tratamiento de los trabajadores autónomos económicamente dependientes preexistentes

Desde luego, la LETA muestra un obvio interés en evitar este fenómeno, en aquello que concierne a los TRADE que preexistan a su entrada en vigor. La protección de las expectativas de certeza de los clientes frente a los TRADE da lugar a dos disposiciones transitorias: una, la Disposición Transitoria Segunda, referida a los TRADE en general; y otra, la Disposición Transitoria Tercera, relativa a los TRADE de los sectores del transporte y los

La noción de TRADE

que puedan existir entre los agentes de seguros. No me voy a detener ahora en las diferencias que existen entre ambas –vinculadas a la mayor duración del período de adaptación en el segundo caso así como a los diferentes plazos y criterios para su cómputo a que se sujeta la preceptiva declaración previa del TRADE– ni tampoco en la posible justificación del diferente tratamiento. Me interesa más bien fijarme en los aspectos comunes a las dos disposiciones transitorias.

El primero de estos aspectos se relaciona con la aparición de un relativamente extenso período de tiempo para la adaptación de las relaciones preexistentes a las normas que prevé el Estatuto para los TRADE: en la regla de alcance más general, la Disposición Transitoria Segunda, éste se fija en seis meses, que, además, no cuentan desde la entrada en vigor de la Ley –a los tres meses de su publicación– sino desde la aparición de las normas reglamentarias que han de concretar algunos aspectos de la contratación de los TRADE –que ha de producirse dentro del año siguiente a la entrada en vigor (Disposición Final Quinta LETA)–. Es un plazo que se alarga hasta dieciocho meses para los sectores especiales contemplados en la Disposición Transitoria Tercera LETA.

Y el segundo es que tal adaptación dista mucho de ser automática. Obsérvese, en este sentido, que la adaptación no aparece automáticamente como una obligación del cliente. Existe un requisito previo: la comunicación a éste por el trabajador autónomo en el que sobrevenidamente a la LETA concurre la condición de económicamente dependiente de tal circunstancia. Ciertamente, no se nos aclara cómo se realiza esta comunicación ni qué ocurre en el caso de que no se produzca: acaso las propias normas reglamentarias a las que alude el precepto podrán arrojar luz sobre estos extremos. No sería de extrañar, a mi juicio, que, a falta de tal declaración, no sean aplicables al trabajador autónomo las reglas de tutela de los TRADE. Dos son los argumentos sistemáticos que militan a favor de esta conclusión. El primero se extrae de las propias disposiciones transitorias que estamos analizando, que contienen un segundo mecanismo de evitación del automatismo en la adaptación de las relaciones preexistentes a la normativa sobre trabajo autónomo económicamente dependiente: y es que la obligación de adaptación dentro de plazo establecido, que, por cierto, es más largo al concedido al trabajador para comunicar al cliente su condición sobrevenida de TRADE, se entiende sin perjuicio de que “en dicho período alguna de las partes opte por rescindir el contrato”. Se concede a la empresa cliente la posibilidad

**SE CONCEDE
A LA EMPRESA CLIENTE
LA POSIBILIDAD
DE EXCLUIR
EL NACIMIENTO
DE LA VINCULACIÓN CON
UN TRADE EXTINGUIENDO
EL CONTRATO CONFORME
A LA ANTIGUA
LEGISLACIÓN**

de excluir el nacimiento de la vinculación a un TRADE por el sencillo expediente de extinguir el contrato previo conforme a la legislación anterior. En cuanto al segundo, se relaciona con la analogía del supuesto que nos ocupa con el regulado en el artículo 12.3 LETA. En éste, presuponiéndose ya la íntegra vigencia de la LETA y sus normas de desarrollo respecto al trabajo económicamente dependiente, se asigna solución al problema de la adquisición sobrevenida por un autónomo y, como veremos, el efecto que se asigna a esta circunstancia no es la inmediata conversión del contrato preexistente en una relación de TRADE.

B) La adquisición sobrevenida de la condición de TRADE

En efecto, conforme al artículo 12.3 LETA, “en el supuesto de un trabajador autónomo que contratase con varios clientes su actividad profesional o la prestación de sus servicios, cuando se produjera una circunstancia sobrevenida del trabajador autónomo, cuya consecuencia derivara en el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 11, se respetará íntegramente el contrato firmado entre ambas partes hasta la extinción del mismo, salvo que éstas acordasen modificarlo para actualizarlo a las nuevas condiciones que corresponden a un trabajador autónomo económicamente dependiente”. Obsérvense dos cosas diferentes. La primera es la inmodificabilidad, como regla general, del acuerdo inicial, salvo pacto en contrario. Habrá que excluir, pues, cualquier automaticidad en la transformación: ante una eventual comunicación del trabajador respecto a las nuevas circunstancias de su prestación, la empresa podrá legítimamente rechazar la pretensión de novación contractual en cuyo caso el contrato inicial se mantendrá en sus propios términos.

Ahora bien, y ésta es la segunda observación que se ha anunciado, la regla de protección de la empresa juega sólo en el caso en que la adquisición de la condición de TRADE derive de “una circunstancia sobrevenida del trabajador autónomo”. De modo que, leída a contrario, conduce a la conclusión de que, cuando aquélla derive de una circunstancia sobrevenida del cliente, podría admitirse la automaticidad en la conversión. No sería lo mismo, por ejemplo, que el prestador de servicios haya perdido algún cliente y que, como consecuencia de ello, aparezca la dependencia económica, que uno de sus clientes absorba o establezca algún tipo de vinculación con otro de ellos y que de ello derive la dependencia económica. Si en el primer caso, al tratarse de una circunstancia sobrevenida del trabajador autónomo, sería de aplicación la norma que estamos comentando, en el segundo, no lo sería y cabría sostener que se abre la posibilidad de una transformación automática de una relación ordinaria de trabajo autónomo en un contrato de TRADE. Otra cosa es que resulte difícil determinar a qué esfera pertenecen ciertas circunstancias sobrevenidas y señaladamente el aumento de los encargos por parte del cliente... Mas no interesa en esta sede resolver esta cuestión. Nos movemos ahora en una reflexión más general para la que interesa sacar la conclusión del diferente tratamiento de este tipo de circunstancias según cual sea su origen. Y es que, como veremos de inmediato, ello puede tener relevancia para resolver cuestiones interpretativas vinculadas al último problema que nos interesa.

C) El nacimiento del contrato: el tratamiento de la forma

Por último, los preceptos que disciplinan el nacimiento de estos contratos muestran también el predominio de la voluntad declarada en este momento. Obsérvese en este sentido la regla contenida en el primer párrafo del artículo 12.1 LETA en cuya virtud “el contrato para la realización de la actividad profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente celebrado entre éste y su cliente deberá formalizarse siempre por escrito y deberá ser registrado en la oficina pública correspondiente”. Son dos las razones que indican que este precepto mira a establecer un requisito de forma *ad solemnitatem*: la exigencia de que los contratos deban constar “siempre” por escrito y la contraposición entre su tenor literal y el del artículo 7.1 LETA, dedicado a regular la forma de la contratación de trabajadores autónomos ordinarios y que establece expresamente que estos contratos “podrán celebrarse por escrito o de palabra”.

Esta especialidad de la contratación de TRADE no puede considerarse injustificada toda vez que es precisamente a través de la formalización del contrato como la empresa cliente, la certeza de cuyas expectativas la LETA quiere tutelar, conoce una realidad, la de la existencia de dependencia económica, a la que, en principio, no puede acceder de otra manera. Obsérvese en este sentido el primer inciso del artículo 12.2 LETA, en cuya virtud “el trabajador autónomo deberá hacer constar expresamente en el contrato su condición de dependiente económicamente respecto del cliente que le contrate, así como las variaciones que se produzcan al respecto”.

La conclusión del análisis anterior habría de ser que la falta de formalización del contrato conducirá necesariamente a la consideración de que el trabajo autónomo es de régimen ordinario, sin que resulte de aplicación el régimen especial del TRADE. Es difícil, sin embargo, que la admisión de esta idea choque con otras concepciones consolidadas en nuestro sistema. De un lado, la regla general en el derecho de contratos es, como es sabido, la de la libertad de forma, de modo que su mera exigencia no afecta en principio a su validez, sin perjuicio de la obligación de sanarla que incumbe a las partes (artículos 1279 y ss. CC). De otro lado, y sobre todo, el planteamiento expuesto se armoniza mal con la naturaleza de las normas que el Estatuto establece para el TRADE. No se olvide que, como indica la Exposición de Motivos, éstas miran al establecimiento de “una regulación garantista para el trabajador autónomo económicamente dependiente”. Y, con toda la distancia que se quiera, tal garantismo se sustenta en el establecimiento de normas legales de orden público y en el reconocimiento de la posibilidad de criterios de idéntica naturaleza a través del ejercicio de la autonomía colectiva de las organizaciones representativas de este tipo de trabajadores y sus clientes (cfr. artículos 3.2 y 13 LETA). La lectura estrictamente formalista del artículo 12 LETA que se ha hecho más arriba pone en peligro el conjunto de la finalidad legal: las posibilidades de eludir la aplicación de estas normas son extraordinariamente sencillas. De hecho, los comentaristas han señalado ya el paralelismo de la exigencia formal contenida en la LETA respecto a los TRADE y la que establece el artículo 8 ET para el contrato de trabajo (MORATO, 2007). Y, en todo caso, han tendido a excluir que la exigencia formal del artículo 12.1 LETA pueda pasar del rango de forma *ad probationem* [SELMA, 2007.b), pág. 158].

En este contexto, cabe proponer la siguiente relectura de las normas que estamos enjuiciando. En primer término, la falta de forma contractual no equivale necesariamente a inexistencia de la relación de trabajo económicamente dependiente. No se olvide que la norma supletoria del artículo 12.1 LETA no es sólo el primer inciso del artículo 7.1 LETA sino también la segunda parte del indicado precepto, a cuyo tenor cualquiera de las partes pueda compeler a la otra a la suscripción del contrato por escrito. Cabe, por tanto, sostener que el contrato con el TRADE puede surgir tanto por escrito como verbalmente. Ahora bien, su plena eficacia requiere un efectivo consentimiento contractual a su nacimiento. Y éste, en segundo lugar, no puede presumirse de los meros hechos concluyentes de la misma manera que se hace con el contrato de trabajo. Ello es así en la medida en que éstos no pueden abarcar la totalidad de los requisitos de la figura del TRADE puesto que hay circunstancias suyas —fundamentalmente, la dependencia económica y la prestación personalísima a la que se refiere el artículo 11.2.a) LETA— que no se encontrarán en principio en el conocimiento del empresario. En consecuencia, la figura del TRADE sólo podrá surgir, a falta de forma escrita, en los casos en los que el trabajador haya informado específicamente al cliente de que ostenta tal condición respecto de él —como indica el artículo 12.2 LETA— o en aquellos otros en los que, por las circunstancias concurrentes, es posible entender que el cliente tiene información suficiente al respecto.

VII. A MODO DE CONCLUSIONES

Veámos al iniciar el análisis que el gran problema que suscita la aparición normativa de la categoría de los TRADE es el de su impacto sobre las fronteras entre trabajo autónomo y subordinado. Sobre este particular, ya se indicó como, antes de su inicio y durante la tramitación de la LETA, se ha advertido de que la figura del TRADE puede absorber prestaciones de servicios que en la actualidad se encuentran en el interior del Ordenamiento laboral y legitimar la permanencia en su exterior de otras que debieran estar en él. La nueva categoría serviría así para recoger indebidamente a los llamados falsos autónomos. Este juicio se ha repetido después de su aprobación: la nueva categoría recogería en su interior prestaciones caracterizadas por una “dependencia laboral flexible” y por tanto dejaría fuera del Ordenamiento laboral a verdaderos trabajadores; asimismo, al establecerse un régimen protector para los TRADE, daría al órgano judicial tranquilidad de conciencia a la hora de afrontar nuevos problemas de frontera que puedan plantearse (MOLINA, 2007, págs. 106 y ss.; véanse también GARCÍA MURCIA, 2007; BARRIO, 2007).

Desde mi punto de vista, el juicio que merece la LETA sobre este particular es más matizado. Desde luego, el riesgo que se indica existe. Pero es más limitado de lo que parece: tras el intenso esfuerzo normativo realizado por el legislador para definir al TRADE, existen algunos factores que permiten evitarlo. Me refiero a las “condiciones” de la actividad incluida en la letra d) del artículo 11.2 LETA y también, aunque en menor medida, en sus apartados b) y e). La dificultad para distinguir la dependencia laboral *stricto sensu* de las “indicaciones técnicas” que pueda dar el cliente permite, según creo, mantener la frontera del Ordenamiento laboral en el lugar en el que ahora se encuentra. Y a ello han

La noción de TRADE

de contribuir también los otros dos apartados a los que me he referido. Otra cosa es que la aprobación de la LETA pueda suponer la ralentización o, incluso, la detención de las “ondas” de expansión del ordenamiento laboral. Mas esta consecuencia, no se olvide, era algo que parecía deseable para un amplio sector doctrinal antes del inicio de los trabajos parlamentarios.

En este contexto, si se ha de ser crítico con la LETA, en relación con la figura de los TRADE, creo que, más que por la conmoción que pueda producir sobre las fronteras del trabajo subordinado, se ha de serlo por la aparente renuncia a llevar la tutela que se prevé para ellos allá donde haga falta. Precisamente para evitar afectar a aquéllas, el “nuevo” tipo de trabajo ha concentrado los problemas conceptuales que genera su aprobación. Y, si bien hay que reconocer el intenso esfuerzo normativo desarrollado por el legislador, éste tiene efectos discutibles. No se trata sólo de que el excesivo detallismo normativo abra un número importante de problemas interpretativos. Esto es lo de menos en la medida en que la interpretación judicial o un eventual desarrollo reglamentario puede ir cerrándolos. Lo más preocupante es que cabe detectar problemas más profundos, vinculados al propio método definitorio elegido. Son tres, en concreto, las objeciones más serias que pueden formularse.

En primer lugar, aunque es loable el esfuerzo hecho en pos de la certeza, la medición de la dependencia económica resulta en exceso aritmética y formal. Queda con ello expuesta a generar resultados injustos ya que podría dispensarse la tutela del TRADE allí donde no fuera necesario y no hacerlo en casos en los que sí lo fuera. Resulta asimismo en exceso retributiva, sin valorar lo que el trabajo desarrollado en régimen de dependencia económica supone desde el punto de vista personal. Hubiera sido más correcto que, en línea con las propuestas doctrinales previas (cfr. CALVO, 2005, pág. 76), el criterio retributivo se hubiera puesto en relación con otros diferentes, que indicaran mejor lo que la prestación de servicios supone para quien la desarrolla. El tiempo de dedicación al “cliente” es, desde este punto de vista, un criterio mucho más nítido.

Y al tiempo permite a éste valorar la naturaleza de sus relaciones con el TRADE. Obsérvese en este sentido, y en segundo lugar, que una parte de las condiciones establecidas en el artículo 11 ET no están al alcance inmediato de las empresas de modo que se corre el riesgo de exponerle a situaciones de “novación” sorpresiva del contrato inicial. Tal ocurre con la condición principal –la dependencia económica del artículo 11.1 LETA–; pero

**LA MEDICIÓN
DE LA DEPENDENCIA
ECONÓMICA RESULTA
EN EXCESO ARITMÉTICA
Y FORMAL**

también con alguna otra de las prevenidas en el artículo 11.2 LETA —señaladamente, la del apartado a)—. La LETA intenta evitar este fenómeno de distintas maneras: de un lado, incrementa el papel que se asigna a la autonomía de la voluntad en la calificación contractual; de otro, protege frente a quienes contratan amparados por una apariencia. Pero, al operar de esta manera, hace que la tutela de la certeza a la que aspira el legislador entre en conflicto con el interés que igualmente manifiesta en proteger a los TRADE.

Conviene, por último, observar que en atención a lo que acabamos de ver así como a la rigidez de las exigencias de la actividad impuestas a los TRADE es probable que esta categoría no llegue a ocupar la posición que la LETA le asigna. Como hemos visto, se exige a los TRADE cosas que, en paralelo, no se requieren a los trabajadores por cuenta ajena (por ejemplo, en relación con la personalidad de la prestación) ni a los autónomos normales (por ejemplo, en relación con dependencia y retribución). A la postre, se corre el riesgo de que, salvo ajuste interpretativo, la figura tenga una virtualidad muy inferior a la prevista: no sólo no ocupará, como hemos visto, espacios hasta ahora propios del trabajo subordinado sino que tampoco —y a salvo los sectores donde se aligeran las reglas del artículo 11 LETA por el juego de las disposiciones adicionales— lo hará respecto los que tienen en este momento los autónomos ordinarios.

VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARRIO CALLE, M.A., “Regulación legal de los trabajadores autónomos dependientes”, AS 12(2007).
- BARRIOS BAUDOR, G.L. y APILLLUELO MARTÍN, M., *Introducción al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Pamplona (Aranzadi), 2007.
- BAYÓN CHACÓN, G., “El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo”, RPS 71(1966), págs. 5 y ss.
- BRIONES GONZÁLEZ, C., “El trabajo en régimen de subcontratación, o el extraordinario tránsito de la *locatio conductio operis* a la parasubordinación de la mano de un proyecto de Convenio y Recomendación de la OIT, RL 1998-I, págs. 1118 y ss.
- CAIRÓS BARRETO, D.M., “Hacia una regulación del trabajo autónomo: comentarios al proyecto de Estatuto del trabajo autónomo”, RDS 37(2007), págs. 83 y ss.
- CALVO GALLEGU, F.J., “Los trabajadores autónomos dependientes: una primera aproximación”, TL 81(2005), págs. 41 y ss.
- CASTRO ARGÜELLES, M.A., [2002.a)], “La relación de trabajo de los subagentes de seguros”, AS 20/2002.

La noción de TRADE

- [2002.b)], “Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza jurídica del contrato de agentes de seguros”, REDT 112(2002), págs. 195 y ss.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “Los trabajadores autónomos dependientes: una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo”, AS 14(2004).
- Comisión de expertos designada por el MTAS, *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajo autónomo*, (http://www.mtas.es/empleo/economia-soc/NoticiasDoc/Autonomos/Estatuto_Trabajador_Autonomo.pdf).
- Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los restos del siglo XXI*, 2006, (http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/2006/green_paper_es.pdf).
- CRUZ VILLALÓN, J., “El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado”, en CRUZ, J. (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Madrid (Tecnos), 1999, págs. 169 y ss.
- “El trabajo autónomo: nuevas realidades, nuevos retos”, TL 81(2005), págs. 25 y ss.
- DÍAZ DESCALZO, M.C., “El RETA y los agentes y subagentes de seguros”, RDS 12(2000), págs. 195 y ss.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S., “Apunte sobre el trabajo parasubordinado como vía flexibilizadora del derecho del trabajo en Italia”, RL 15/16(2007), págs. 177 y ss.
- GARCÍA MURCIA, J., “El Estatuto del Trabajo Autónomo: algunos puntos críticos”, AL 18(2007), págs. 2156 y ss.
- GOERLICH PESET, J.M., “Evolución reciente de los criterios de calificación del contrato de trabajo”, en ORDUÑA, J., (coord.), *Contrato y consumo*, Valencia (Tirant lo blanch), 1998, págs. 221 y ss.
- “La relación especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos: configuración general”, en ALBIOL, I. y otros, *La relación laboral especial de los abogados*, Valencia (Tirant), 2007, págs. 13 y ss.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., “El ‘autónomo económicamente dependiente’: problemática y método”, AS 18(2002).
- LUJÁN ALCARAZ, J., “Introducción”, en LUJÁN, J. (dir.), *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Murcia (Laborum), 2007, págs. 13 y ss.
- MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo”, RL 20(2007), págs. 63 y ss.

- MOLINA NAVARRETE, C., “Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo”, RDTSS (CEF), 295(2007), págs. 43 y ss.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “La competencia jurisdiccional del orden social en relación con los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, AS 12(2007).
- MONTOYA MELGAR, A., “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, en CRUZ, J. (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Madrid (Tecnos), 1999, págs. 57 y ss.
- “Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del Trabajo”, TL 81(2005), págs. 11 y ss.
- MORATO GARCÍA, R.M., “El régimen laboral del trabajador autónomo económicamente dependiente en el proyecto de LETA”, AS 5(2007).
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo”, RL 7-8(2000), págs. 49 y ss.
- PERULLI, A., *Economically dependent/quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, (http://ec.europa.eu/employment_social/news/2003/sep/parasubordination_report_en.pdf).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo”, RPS 71(1966), págs. 147 y ss.
- “Contrato de trabajo y autonomía del trabajador”, en CRUZ, J. (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Madrid (Tecnos), 1999, págs. 21 y ss.
- RUIZ CASTILLO, M.M., “Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo ‘parasubordinado’”, RL 1991-II, págs. 135 y ss.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *Los trabajadores autónomos hacia un nuevo Derecho del Trabajo*, Madrid (Cinca), 2004.
- SANGUINETTI RAYMOND, W., “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?”, TL 40(1996), págs. 53 y ss.
- SELMA PENALVA, A. [2007.a], “El trabajo autónomo dependiente en el siglo XXI”, REDT 133(2007), págs. 151 y ss.

La noción de TRADE

- [2007.b)], “El trabajo autónomo económicamente dependiente” en LUJÁN, J. (dir.), *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Murcia (Laborum), 2007, págs. 125 y ss.
- SUPIOT, A. (coord.), *Trabajo y empleo. Transformaciones y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia (Tirant lo blanc), 1999.
- TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., “Los mediadores de seguros y su afiliación al RETA”, *RMTAS* 34(2002), págs. 75 y ss.
- VALVERDE ASENCIO, A.J., “Condiciones de trabajo del trabajador autónomo dependiente: protección y tutela del contratante débil”, *TL* 81(2005), págs. 123 y ss.
- ZACHERT, U., “Trabajo autónomo: el ejemplo alemán”, *RDS* 22(2003), págs. 9 y ss.

Nuevas señas de identidad para el despido colectivo (un análisis de la reciente doctrina judicial)

ANA DE LA PUEBLA PINILLA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social, UAM

Resumen

NUEVAS SEÑAS DE IDENTIDAD PARA EL DESPIDO COLECTIVO (UN ANÁLISIS DE LA RECIENTE DOCTRINA JUDICIAL)

La extinción de los contratos de trabajo en el marco de expedientes de regulación de empleo cuenta, desde hace tiempo, con una regulación normativa estable, apenas modificada por decisiones del legislador. Sin embargo, la disciplina del despido colectivo está resultando alterada a través de numerosos pronunciamientos judiciales que ofrecen una nueva dimensión de aspectos esenciales y clásicos del expediente de regulación de empleo –como ocurre, entre otras, con la distribución

de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo– o que aportan soluciones a cuestiones novedosas –como las referidas a los efectos que para trabajadores y empresarios derivan de la anulación de las resoluciones administrativas que autorizan o deniegan el expediente–. Desde esta perspectiva, en el presente estudio se aborda un análisis de la reciente jurisprudencia para identificar y analizar qué hay de nuevo en la doctrina judicial sobre el despido colectivo.

Abstract

NEW SIGNS OF IDENTITY FOR THE COLLECTIVE LAYOFF (AN ANALYSIS OF THE RECENT JUDICIAL DOCTRINE)

The extinction of the work contracts in the framework of expedients of employment regulation counts, for some time, with a stable normative

regulation, hardly modified by the legislator's judgements. However, the discipline of the collective layoff is being altered through numerous judicial

pronouncements that offer a new dimension of essential and classic aspects of the expedients of employment regulation –like it happens, among other, with the distribution of competences between the social order and the contentious-administrative one– or those which bring solutions to novel questions –as those referred to the effects

that for workers and managers derive of the annulment of the administrative resolutions approving or rejecting the expedient–. From this perspective, in the present study is approached an analysis of the recent jurisprudence to identify and to analyze what is new in the judicial doctrine on the collective layoff.

Sumario:

I. Introducción. Viejos problemas y nuevas soluciones en los expedientes de regulación de empleo. II. El carácter, voluntario o involuntario, de las prejubilaciones incluidas en expedientes de regulación de empleo. III. Eficacia de la resolución administrativa por la que se resuelve un expediente de regulación de empleo y efectos de su revocación. A) Revocación de la resolución administrativa que deniega la adopción de medidas colectivas. La eventual reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública por los efectos derivados de la resolución revocada. B) Efectos de la revocación de la resolución administrativa que autorizó el despido colectivo: ¿tienen derecho los trabajadores afectados a obtener una indemnización por los perjuicios soportados? IV. De nuevo sobre la competencia judicial de los órdenes social y contencioso-administrativo. Los problemas derivados de la artificial separación entre acuerdo social y resolución administrativa.

I. INTRODUCCIÓN. VIEJOS PROBLEMAS Y NUEVAS SOLUCIONES EN LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

Desde el 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, pocas han sido las novedades normativas incorporadas al régimen jurídico del despido colectivo diseñado en el artículo 51 ET¹. Y, sin embargo, a pesar de que la norma

(1) Las novedades quedan limitadas, prácticamente, a la derogación del apartado 10, que queda desplazado por la regulación contemplada en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y a la incorporación del apartado 15, producida por la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, que impone a la empresa la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores de cincuenta y cinco o más años de edad incluidos en expedientes de regulación de empleo y que no tengan la consideración de mutualistas el 1 de enero de 1967.

ha permanecido inalterada, algunas cosas están cambiando en la configuración jurídica de los expedientes de regulación de empleo. Esos cambios son producto de una labor judicial creativa que está incorporando nuevas soluciones e interpretaciones a cuestiones que contaban con una cierta tradición y continuidad en la doctrina del Tribunal Supremo. Aspectos esenciales del despido colectivo adquieren una nueva dimensión a la luz de estas nuevas interpretaciones.

Esto es lo que ha ocurrido, en primer lugar, con la calificación, como voluntarias o involuntarias, de las extinciones producidas en el marco de un expediente de regulación de empleo. En unificación de doctrina se había insistido, en reiteradas ocasiones, en la independencia de causas entre el despido colectivo decidido por el empresario tras la oportuna tramitación del expediente de regulación de empleo y el acuerdo extintivo alcanzado entre empresario y trabajador para acogerse a alguna de las medidas alternativas al despido contempladas en el propio expediente. Para el Tribunal Supremo, en estos últimos casos la causa de la extinción se encuentra en el mutuo acuerdo entre las partes que dota a la extinción de un inevitable carácter voluntario. Esta calificación, que incide directamente sobre aspectos sustanciales de las prestaciones a las que puede acceder el trabajador o al cálculo de las indemnizaciones generadas por la extinción, se había sostenido de forma reiterada en numerosos pronunciamientos pero ha sido recientemente corregida para declarar el carácter involuntario de las extinciones producidas en las mencionadas circunstancias.

Las novedades han alcanzado también a la delimitación del alcance y consecuencias derivadas de la anulación de la resolución administrativa por la que se concede o se deniega la autorización para proceder a la regulación de empleo solicitada. La ausencia de previsiones legales expresas sobre los efectos que derivan de tal revocación ha obligado a los tribunales a rastrear en el ordenamiento para identificar la solución jurídica más adecuada a estos supuestos. A tales efectos, el principio inspirador del análisis ha sido la búsqueda del restablecimiento de la situación previa al despido y, en caso de imposibilidad, la garantía de la indemnidad del trabajador. Ello se había traducido, en la doctrina clásica del Tribunal Supremo, en el reconocimiento del derecho del trabajador a reincorporarse, si fuera posible, a su antiguo puesto de trabajo y, además, a percibir una indemnización compensatoria por el perjuicio que supone la injustificada ruptura de la relación contractual durante el período que transcurre entre la resolución administrativa y su

**SE INCORPORAN
NUEVAS SOLUCIONES E
INTERPRETACIONES A
CUESTIONES
QUE CONTABAN CON UNA
CIERTA TRADICIÓN Y
CONTINUIDAD
EN LA DOCTRINA
DEL TRIBUNAL SUPREMO**

revocación. Pero esta interpretación ha sido también rectificada a favor de una solución que pasa por considerar compensado tal perjuicio con la indemnización prevista para el despido colectivo.

Finalmente, las novedades interpretativas están alcanzando también a la concepción del expediente de regulación de empleo en su dimensión procedimental, esto es, en lo referido a los aspectos vinculados a la tramitación del expediente y, en particular, a la relación entre el acuerdo alcanzado en período de consultas entre empresarios y trabajadores y la resolución administrativa que homologa dicho acuerdo. Es éste un tema de debate clásico que trasciende y afecta a una materia tan sensible como la distribución de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo. También aquí está calando el impulso transformador de la doctrina judicial aunque, en esta materia, el cambio de criterio todavía no se ha consumado.

II. EL CARÁCTER, VOLUNTARIO O INVOLUNTARIO, DE LAS PREJUBILACIONES INCLUIDAS EN EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

La extinción del contrato de trabajo derivada de la inclusión del trabajador entre los afectados por un expediente de regulación de empleo se considera como extinción debida a causas ajenas a la voluntad del propio trabajador. Ello explica la previsión de una indemnización que compensa la pérdida del empleo motivado por la iniciativa empresarial. Sin embargo, el contenido del expediente de regulación de empleo no se limita, habitualmente, a prever el despido de un determinado número de trabajadores sino que incluye una serie de medidas de diverso tipo y alcance que pretenden reducir los efectos traumáticos de la decisión extintiva: bajas incentivadas, planes de prejubilación... La decisión sobre el carácter voluntario o involuntario de las extinciones derivadas de la aceptación de alguna de estas alternativas no es cuestión baladí pues sus efectos repercuten sobre las condiciones de acceso a determinadas prestaciones de la Seguridad Social o sobre el cálculo de las indemnizaciones que corresponden por la extinción.

Esta cuestión se ha suscitado en la doctrina judicial al menos en dos tipos de controversias. Por una parte, en relación con la posibilidad de que los trabajadores que aceptaron voluntariamente acogerse al plan de prejubilación, propuesto por la empresa y/o aceptado por los representantes de los trabajadores con posterior autorización de la administración laboral, soliciten la indemnización prevista para el despido colectivo. Al respecto, el Tribunal Supremo ha reiterado que en estos casos la extinción no se produce como consecuencia del despido regulado en el artículo 51 ET sino conforme a las reglas del mutuo acuerdo de manera que no pueden estos trabajadores reclamar la indemnización prevista en el artículo 51.8 ET². En estos casos, afirma el Tribunal Supremo, “si en cierto sentido

(2) SSTs de 20 de marzo de 2003 (RJ 3391), de 18 de julio de 2003 (RJ 4833/05), de 18 de noviembre de 2003 (RJ 9095), de 25 de noviembre de 2003 (RJ 9111) y de 20 de julio de 2004 (RJ 5366). En todas ellas se repite idéntico supuesto de hecho: los demandantes se habían acogido voluntariamente a un plan de prejubilación incluido en un expediente de regulación de empleo en los términos previstos en el Convenio colectivo de la empresa. El plan voluntario

puede afirmarse que de modo remoto la causa del cese del actor en la empresa es consecuencia de un expediente de regulación de empleo y en este sentido es de aplicación el núm. 8 de los artículos 51 y 14 del RD 43/1996, de 19 de enero, no puede ignorarse que la causa próxima de su cese es la voluntaria prejubilación”. Eso explica que se considere perfectamente razonable y equitativo que las indemnizaciones establecidas en la resolución administrativa, que son las previstas en el acuerdo de empresa y representantes de los trabajadores, prevalezcan frente al artículo 51.8 ET y excluyan las allí contempladas³.

Pero no ha sido ésta la única consecuencia derivada de las dudas en torno al carácter voluntario o involuntario de tales extinciones. La cuestión se ha suscitado también a la hora de decidir si procede o no la aplicación de las previsiones contenidas en la Disposición Transitoria Tercera. 1.2 LGSS, conforme a las cuales el coeficiente reductor de la pensión en caso de jubilación anticipada es menor cuando el cese en el trabajo se produce por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador. A partir de esas previsiones, resulta imprescindible decidir si la aceptación por el trabajador del plan de prejubilación se considera o no voluntaria pues de ello dependerá la cuantía de la pensión que le corresponda.

Al respecto, hay una larga serie de sentencias en las que el Tribunal Supremo ha abordado esta cuestión⁴. Todas ellas se refieren a antiguos trabajadores de Telefónica que causaron baja en la empresa acogiéndose al sistema de prejubilación pactado entre empresa y representantes de los trabajadores. El problema se suscita, invariablemente, en torno a los porcentajes reductores aplicables para calcular la pensión de jubilación que difieren en función de si el cese se califica, como pretenden los trabajadores afectados, como involuntario o si se considera que la causa del cese deriva de su voluntaria y libre decisión. El Tribunal Supremo resuelve en todas estas sentencias que “la aceptación por parte del trabajador de la prejubilación en las condiciones previstas en la cláusula tercera del acuerdo colectivo citado, con el reconocimiento de importantes contrapartidas económicas y mediante un acuerdo que no ha sido impugnado por dolo, coacción ni ningún otro de los vicios a que se refiere el artículo 1265 del Código Civil, constituye un cese voluntario porque sin el consentimiento del trabajador la extinción del contrato de trabajo no se hubiera producido”. De este modo, las decisiones de los trabajadores de Telefónica, acogiéndose al sistema de prejubilación establecido en la empresa, han de considerarse como extinciones por mutuo disenso o mutuo acuerdo extintivo de la relación de trabajo. Es cierto, y así lo alegan en defensa de sus posiciones los trabajadores afectados, que

de prejubilación incluía la percepción de unas determinadas cantidades durante todo el período de prejubilación y unas garantías de incremento de pensión durante el período de jubilación. Los trabajadores reclaman la diferencia, no prescrita, entre las indemnizaciones que les hubiera correspondido percibir si la extinción se hubiera producido como consecuencia de un despido colectivo y las que realmente les abonó la empresa cuando se acogieron voluntariamente al plan de prejubilación. Tanto en instancia como en suplicación su pretensión fue estimada. El Tribunal Supremo, sin embargo, acoge el recurso de la empresa.

(3) Esta solución ha sido criticada afirmando que “el modo de determinación de los trabajadores afectados por el despido colectivo no implica, en todo caso, que éste deje de tener tal naturaleza, (...) son los trabajadores, directamente o a través de sus representantes, y el empresario los que acuerdan el modo que consideran más adecuado a todas las circunstancias que motivan el despido colectivo (...) para determinar los contratos de trabajo que pueden ser extinguidos” (GARCÍA MUÑOZ, M., “El acogimiento voluntario a un plan de prejubilación autorizado por la autoridad laboral: ¿extinción por despido colectivo o por mutuo acuerdo de las partes?”, *Temas Laborales*, núm. 84, 2006, pág. 216).

(4) Entre otras, SSTS de 9 de diciembre de 2002 (RJ 1948/03), 10 de diciembre de 2002 (RJ 1704/03), 22 de enero de 2003 (RJ 1991/03) y la más reciente de 23 de octubre de 2006 (RJ 7731).

la aceptación del cese y del plan de prejubilación se desarrolla en un contexto de crisis económica empresarial que permitía prever la inmediatez de despidos económicos. Pero ello, afirma el Tribunal, no es suficiente para alterar la voluntariedad de la aceptación del acuerdo de prejubilación porque, al margen del devenir en la empresa, lo cierto es que los “los trabajadores cesaron en la empresa acogiéndose a las previsiones acordadas fuera de todo expediente administrativo”.

Esta misma solución se mantiene en las SSTs de 30 de enero de 2006 (RJ 4350) y de 6 de febrero de 2006 (RJ 2886). Estos pronunciamientos no forman parte de la serie de sentencias sobre trabajadores de Telefónica y las circunstancias concurrentes no eran exactamente las mismas. En concreto, en estas sentencias de principios del año 2006 el cese de los trabajadores se produjo porque estaban incluidos en un expediente de regulación de empleo que preveía, entre otras posibilidades, un plan de prejubilación al que se acogieron los trabajadores. Esta circunstancia no es valorada, sin embargo, por la Sala Cuarta que reitera los argumentos empleados en las sentencias anteriores y alcanza idéntica solución con cita expresa de alguna de las sentencias antes mencionadas.

No obstante, no habrá que esperar mucho para que el Tribunal Supremo tome conciencia de las sustanciales diferencias existentes entre el asunto Telefónica y los que se ventilan en otros pronunciamientos. Es la Sentencia de 24 de octubre de 2006 (RJ 8072)⁵ la que, partiendo de tales diferencias, rectifica la doctrina sostenida en las Sentencias de 30 de enero y 6 de febrero de 2006 que acaban de citarse⁶. En este caso, se trataba de un trabajador que cesó en la empresa en virtud de un expediente de regulación de empleo que autorizó la extinción de las relaciones laborales de aquellos trabajadores que se acogieran voluntariamente al sistema de prejubilaciones. El Tribunal no considera que se trate de una extinción por mutuo acuerdo entre empresario y trabajador y niega el carácter voluntario del cese. Afirma la sentencia que “con independencia de que hubiera en el marco del ERE un acuerdo sobre prejubilaciones, lo cierto es que el cese del actor está dentro de las extinciones autorizadas en el expediente (...) el contrato se ha extinguido por una causa por completo independiente de la voluntad del trabajador; en concreto, por una causa económica, técnica, organizativa o productiva, que ha sido constatada por la Administración y que ha determinado un despido colectivo autorizado”. Para el Tribunal no hay que confundir la aceptación del plan de prejubilación, que puede resultar de la libre y voluntaria decisión del trabajador, con el carácter del cese que necesariamente deriva de la voluntad del empresario justificada en las circunstancias económicas, técnicas,

(5) Vid. el comentario a esta sentencia de GARCÍA MUÑOZ, M., “El acogimiento voluntario a un plan de prejubilación autorizado por la autoridad laboral: extinción por despido colectivo. Un nuevo criterio unificado”, *Temas Laborales*, núm. 90, 2007, págs. 263-283.

(6) Advirtiendo expresamente que “no cabe confundir la cuestión que aquí se resuelve con la que esta Sala resolvió en relación con los acuerdos de prejubilación de Telefónica, SA (...) pues en este caso los ceses y el acceso a la prejubilación se produjeron por mutuo acuerdo, no por expediente de regulación de empleo” y admitiendo que “no desconoce esta Sala que en sus Sentencias de 30 de enero y 6 de febrero de 2006 se ha mantenido criterio distinto del que aquí se establece. Pero por las razones que se han expuesto, la doctrina de estas sentencias debe revisarse”.

organizativas o de producción que concurran y que se impone al trabajador al margen de su voluntad⁷.

La actual redacción de la Disposición Transitoria Tercera.1.2^a LGSS, procedente de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, avala esta solución alcanzada en la Sentencia de 24 de octubre de 2006⁸. A su contenido anterior —que advertía de que “se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma”— se añade ahora la aclaración de que “se presumirá que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1 de esta ley”, entre las que ocupa un lugar preeminente la extinción en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.

Parece pues que esta última interpretación del Tribunal Supremo está llamada, con el seguro fundamento que da la actual redacción de la norma, a consolidarse como definitiva⁹. Por si fuera poco, el Acuerdo de 13 de julio de 2006, sobre Medidas en materia de Seguridad Social contemplaba expresamente la adopción de las medidas normativas necesarias en orden a calificar como involuntaria la extinción de la relación laboral producida en el marco de expedientes de regulación de empleo, a los efectos de la aplicación de las reglas de Seguridad Social sobre jubilación anticipada en los términos del artículo 161.3 y de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley General de la Seguridad Social. Siguiendo tales indicaciones, la Ley 40/2007, de 4 de noviembre, de medidas para la reforma de la Seguridad Social, incorpora un nuevo artículo 161 bis LGSS sobre jubilación anticipada en el que se recoge expresamente esta previsión.

Es razonable pensar que esta rectificación de la doctrina judicial se aplicará igualmente a aquellos supuestos en los que el debate gira en torno a la indemnización mínima que corresponde a un trabajador cuyo contrato se extingue como

**EL COEFICIENTE REDUCTOR
DE LA PENSIÓN
EN CASO DE JUBILACIÓN
ANTICIPADA ES MENOR
CUANDO EL CESE SE
PRODUCE POR CAUSA
NO IMPUTABLE
A LA LIBRE VOLUNTAD
DEL TRABAJADOR**

(7) Idéntica doctrina se sostiene en la STS de 17 de abril de 2007 (RJ 3981).

(8) Así lo confirma la STS de 17 de enero de 2007 (RJ 2040).

(9) De hecho, esta interpretación ha sido ya reiterada en las SSTs de 25 de octubre de 2006 (RJ 8262), de 28 de noviembre de 2006 (RJ 9130/06) y de 21 de junio de 2007 (rec. núm. 119/06).

consecuencia de la aceptación voluntaria de un plan de prejubilación diseñado y previsto en el marco de un expediente de regulación de empleo. Cuando las causas de la extinción son las de carácter económico, técnico, organizativo o de producción que motivan el expediente, han de prevalecer, al margen de como se formalice e instrumente el cese en la relación laboral, las garantías previstas para el despido colectivo. De este modo, la indemnización a que se refiere el artículo 51.8 ET debe constituir un mínimo para el pacto o acuerdo de prejubilación.

Con todo, esto no garantiza que vaya a desaparecer la litigiosidad en torno al carácter voluntario o involuntario de determinados ceses producidos en el marco de un ERE y a las consecuencias que de tal calificación se deriven. Otras extinciones, producidas en el marco de expedientes de regulación de empleo, articuladas como ceses de mutuo acuerdo o como dimisión del trabajador y compensadas con sustanciosas indemnizaciones pueden generar debate sobre la auténtica naturaleza de la extinción¹⁰. Así, en la doctrina de suplificación se ha planteado ya si la rehabilitación de las relaciones laborales, tras la anulación de un expediente de regulación de empleo, alcanza a las de aquellos trabajadores con los que la empresa, durante el período de negociación, ha alcanzado un acuerdo sobre extinción. Se ha estimado, al respecto, que no cabe la readmisión del afectado entre otras razones porque la extinción de su contrato se produjo por acogerse a los pactos individuales suscritos en el ámbito de un expediente de regulación de empleo¹¹. La solución en estos casos remite a la búsqueda de la auténtica causa determinante de la finalización de la relación laboral para determinar si ésta está o no necesariamente vinculada y condicionada a las causas objetivas que determinan la negociación del expediente de regulación de empleo.

III. EFICACIA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA POR LA QUE SE RESUELVE UN EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO Y EFECTOS DE SU REVOCACIÓN

Otra de las cuestiones polémicas abordada en la reciente jurisprudencia sobre los despidos colectivos se refiere a la eficacia de la resolución administrativa que resuelve el expediente y a los efectos que derivan de su revocación. En este sentido, debe recordarse que, conforme al artículo 15 RD 43/1996, “las resoluciones administrativas expresas recaídas en el procedimiento de regulación de empleo se presumen válidas y producirán efectos desde la fecha en que se dicten salvo que en ellas se disponga otra posterior”, lo que significa que son inmediatamente ejecutivas. Si la resolución deniega la autorización solicitada, cualquier decisión que contrarie el contenido de la resolución administrativa queda viciada de nulidad. Por el contrario, la concesión de la autorización permite al empresario proceder a la extinción, suspensión o modificación de los contratos de trabajo y legitima tales decisiones.

(10) Vid., al respecto, GUTIÉRREZ VELASCO, J. y VIVES USANO, P., “Jubilación anticipada involuntaria y ERE”, *Estudios financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 287, 2007, págs. 223-234.

(11) STSJ Castilla y León, Valladolid, de 25 de septiembre de 2006 (AS 3149).

Pero la resolución administrativa, sea cual sea el sentido de la decisión, puede ser impugnada en vía administrativa y judicial (artículo 16 RD 43/1996) y el proceso puede concluir con su revocación. Esta situación provoca no pocos problemas de orden práctico tanto si la resolución administrativa que se anula había autorizado los despidos u otras medidas de regulación de empleo como si había denegado una solicitud en este sentido.

A) Revocación de la resolución administrativa que deniega la adopción de medidas colectivas. La eventual reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública por los efectos derivados de la resolución revocada

Una primera situación conflictiva se puede producir cuando la resolución administrativa deniega la autorización solicitada y, posteriormente, en vía de recurso se revoca tal decisión y se concede la autorización. La inicial negativa a autorizar el expediente determina una demora en la adopción de las medidas propuestas y puede contribuir a agravar la situación económica de la empresa y determinar la pérdida de puestos de trabajo e, incluso, el cierre de la empresa. La mera revocación de la resolución administrativa no es suficiente para reparar el daño porque para entonces puede ser ya imposible la adopción de las medidas solicitadas o resultar éstas ya insuficientes. El daño que, en estos casos, pueden sufrir los trabajadores¹² puede compensarse, al menos parcialmente, con los mecanismos previstos en el derecho laboral –indemnizaciones por despido y prestaciones por desempleo– pero no hay instrumentos específicos para la reparación del perjuicio que soporta el empresario.

A estos efectos, el resarcimiento del daño soportado por el empresario únicamente podría intentarse acudiendo a los mecanismos reparadores que, con carácter general, remiten a la responsabilidad patrimonial de la Administración por su anormal funcionamiento. De hecho, esta forma de reparación del daño causado a la empresa por una denegación de la autorización para modificar, suspender o extinguir los contratos de trabajo luego revocada, ha sido ya ensayada en diversas ocasiones. Estas reclamaciones de responsabilidad patrimonial a la Administración por anormal funcionamiento quedan sometidas a las dificultades de prueba que, con carácter general, se plantean en este tipo de litigios dada la necesidad de acreditar el comportamiento antijurídico de la Administración, la existencia de un daño y la relación de causalidad entre éste y la intervención de la Administración. El éxito de estas acciones ha sido desigual y ha venido condicionado a las circunstancias concurrentes en cada caso.

Así, en la STS (Sala Tercera) de 21 de octubre de 1993 (RJ 7181), el empresario reclamaba la responsabilidad de la Administración porque la modificación de una primera decisión en la que se autorizaba la suspensión temporal de los contratos de trabajo había obligado a la empresa a mantener el centro de trabajo abierto durante un tiempo superior al autorizado en la primera resolución generando un perjuicio a la empresa. La pretensión se

(12) El que se sufre si, a pesar de la falta de autorización de las medidas colectivas, se produce finalmente la pérdida de sus puestos de trabajo.

desestimó porque, conforme a la apreciación del Tribunal, la autoridad laboral actuó, en todo momento, en el legítimo y proporcionado ejercicio de sus competencias discrecionales. En la STS de 28 de febrero de 2005 (RJ 4734) la denegación del expediente se hizo por resolución administrativa tardía y extemporánea que fue posteriormente revocada por sentencia del Tribunal Supremo, que declaró no ajustados a derecho los actos administrativos que denegaron la regulación de empleo solicitada. La sentencia resultó, sin embargo, de imposible ejecución por carecer ya la empresa de trabajadores. Con amparo en tal revocación, la empresa afectada reclamó daños y perjuicios a la Administración por entender que aquella inicial denegación injustificada de la autorización provocó el cierre de la empresa. También en este caso se niega la responsabilidad de la Administración porque no se probó la relación de causalidad entre la denegación de la autorización y la posterior ruina y desaparición de la empresa.

Finalmente, en la más reciente STS (Sala Tercera) de 21 de abril de 2005 (RJ 4314), el Tribunal alcanza una sentencia condenatoria. En este caso, la Administración había denegado la autorización de sendos expedientes de regulación de empleo en los que se solicitaba la modificación sustancial de condiciones de trabajo y la extinción de un cierto número de contratos. Estas decisiones fueron revocadas por sentencias firmes del Tribunal Superior de Justicia competente. Para entonces la empresa ya había procedido, tras despedir individualmente a todos sus trabajadores, al cierre. La reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración se fundamentaba en que de haberse aprobado en su momento los expedientes de regulación y modificación se habría evitado el cierre empresarial. En este caso, el Tribunal Supremo estima parcialmente la reclamación al considerar que si bien la causa del cierre de la empresa es el despido decidido por la empresa y no la falta de autorización del expediente, lo cierto es que la autorización de la modificación de condiciones de trabajo sí hubiera permitido superar la crisis de la empresa y ahorrar determinados costes que son, precisamente, los que procede indemnizar¹³.

B) Efectos de la revocación de la resolución administrativa que autorizó el despido colectivo: ¿tienen derecho los trabajadores afectados a obtener una indemnización por los perjuicios soportados?

En el caso inverso, esto es, cuando la resolución administrativa que luego se revoca había autorizado el expediente de regulación de empleo, los problemas presentan un perfil distinto. En este caso, la ejecución por el empresario de la resolución administrativa habrá determinado la modificación, suspensión y/o extinción de las relaciones laborales. Se plantea entonces la duda sobre los efectos que la revocación genera sobre las relaciones laborales ya extinguidas o sobre los contratos de trabajo que han estado en situación de suspensión al amparo de la autorización administrativa. Los problemas presentan diversos y plurales perfiles debido, en parte, a que la competencia para conocer de la impug-

(13) Se trata de la minoración de costes que se habría producido si se hubieran autorizado las modificaciones solicitadas. Por eso se condena a la Administración a indemnizar a la empresa, en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia, por la diferencia entre salarios y demás retribuciones pagadas y las inferiores que se hubieran debido abonar si se hubieran aplicado las reducciones y modificaciones primero denegadas por la resolución administrativa y luego permitidas por el Tribunal Superior de Justicia.

nación de la resolución administrativa corresponde al orden contencioso y ello supone inevitablemente que el conflicto se prolonga en el tiempo multiplicando los efectos y consecuencias de la inicial resolución y, en su caso, dificultando su rectificación¹⁴. La ejecución de la autorización administrativa habrá determinado la extinción de los contratos con el abono de las correspondientes indemnizaciones, el paso de los trabajadores afectados a la situación de desempleo, la percepción de las prestaciones por dicha situación, el inicio de una nueva prestación de servicios, quizás el cierre, inmediato o a medio plazo, del centro de trabajo...

En principio, la anulación de la autorización supone la nulidad de las extinciones realizadas a su amparo y, por tanto, impone la reconstrucción de unas relaciones laborales que nunca debieron romperse¹⁵. Ello requiere, por una parte, la readmisión del trabajador en la empresa y, por otra, la recomposición de la situación durante el período transcurrido desde la extinción hasta su revocación que, al resultar imposible *in natura*, sólo puede hacerse por la vía de la compensación de los daños generados por la inexistencia de relación laboral durante ese período.

El primer efecto, la readmisión del trabajador, no tendría por qué generar problemas específicos distintos a los que derivan de la readmisión en caso de despidos disciplinarios o por causas objetivas declarados nulos o improcedentes. De este modo, la empresa estará obligada a readmitir en sus puestos de trabajo, respetando las condiciones laborales iniciales, a los trabajadores que soliciten la readmisión. A estos efectos, es unánime la doctrina jurisprudencial que señala que la legitimación para solicitar la readmisión y para reclamar por despido ante la negativa de la empresa, corresponde a todos los trabajadores afectados por el ERE, al margen de que hayan participado o no en el proceso judicial de impugnación de la resolución administrativa¹⁶.

LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA READMISIÓN Y RECLAMAR POR DESPIDO COLECTIVO, CORRESPONDE A TODOS LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO

(14) Vid., al respecto, un análisis sobre los efectos del transcurso del tiempo en estos casos en DESDENTADO BONETE, A., "La crisis de la regulación de empleo: el efecto destructor del tiempo", *Diario Jurídico la Ley*, núm. 6795, 8 de octubre de 2007.

(15) En palabras del Tribunal Supremo, "la nulidad de la autorización debe comportar automáticamente el restablecimiento de la relación contractual indebidamente extinguida con la lógica consecuencia de considerar el contrato de trabajo como si en ningún momento se hubiera extinguido" (SSTS de 21 de diciembre de 2001, RJ 4269/2002, y de 17 de enero de 2002, RJ 3757).

(16) Ello se debe a la fuerza expansiva de las sentencias anulatorias de disposiciones generales y actos administrativos, que se fundamenta en el artículo 72 LJCA que expresamente señala que "la anulación de una disposición o acto producirá efectos sobre todas las personas afectadas". Así lo ha señalado el TS en reiterados pronunciamientos: SSTS de 10 de octubre de 2006, RJ 8362; de 15 de noviembre de 2006 (RJ 8365), de 29 de noviembre de 2006 (RJ 8373), de 17, 18, 19 y 24 de enero de 2007 (RJ 1743, 1915, 1911 y 2037, respectivamente, de 8 de febrero de 2007 (RJ 1899), de 11 de junio de 2007 (RJ 5336) y 25 de junio de 2007 (rec. núm. 1483/2006), entre otras muchas.



Pero a diferencia de aquellos supuestos de despido por causas disciplinarias u objetivas, donde la celeridad que domina el proceso de impugnación ante el orden social de la jurisdicción permite que la readmisión se produzca con cierta inmediatez, en el caso de los despidos colectivos la lentitud de los procesos administrativo y contencioso por los que se tramita la impugnación de la resolución administrativa determina que la revocación de la autorización del despido puede recaer cuando ya ha transcurrido un importante lapso de tiempo desde la extinción. Este dato complica por sí solo la materialización de la readmisión del trabajador. A esto se añaden, además, las circunstancias económicas en que se encuentre la empresa que, al margen de que presenten o no suficiente gravedad como para justificar el ERE, pueden resultar determinantes a medio plazo del cierre de la empresa. En estos casos, cuando la readmisión de los trabajadores deviene imposible por no existir ya puesto de trabajo ni empresa a la que reincorporarse, al trabajador le queda abierta la vía de impugnación por despido solicitando en su momento la ejecución de la sentencia conforme al artículo 284 LPL que, para los supuestos de cierre o cese de la empresa, dispone la extinción de la relación laboral y el abono al trabajador de la indemnización por despido improcedente de acuerdo con el artículo 279.2 LPL¹⁷. En estos casos de imposibilidad de readmisión, el tiempo transcurrido desde el despido hasta la denegación de la readmisión —tras la revocación de la autorización— se computa como tiempo de trabajo a efectos del cálculo de la indemnización¹⁸.

El segundo efecto que deriva de la revocación de la resolución administrativa, sea o no posible la readmisión del trabajador, supone la reconstrucción de la relación laboral durante el período transcurrido desde el despido hasta su anulación. La situación es también aquí similar a la que se produce con la declaración de improcedencia o nulidad del despido, supuestos para los que el legislador ha previsto una específica forma de reparación del daño consistente en el abono por el empresario de los salarios de tramitación. El carácter indemnizatorio o compensador de los salarios de trámite por la pérdida de ingresos producida desde el despido hasta la readmisión o definitiva extinción determina que cuando durante ese período el trabajador ha percibido prestaciones de incapacidad temporal o ingresos procedentes de otra actividad profesional, sea por cuenta propia o ajena, tales cantidades se deduzcan de la cantidad que proceda por salarios de tramitación.

Ocurre, sin embargo, que el abono de los salarios de trámite no está previsto como fórmula de resarcimiento para los casos de revocación de la resolución administrativa que

(17) Así se ha señalado en suplicación afirmando que “cuando la autoridad laboral aprueba un expediente de regulación de empleo y extingue los contratos de trabajo de los en él incluidos, los afectados no pueden presentar acción por despido puesto que la relación laboral se haya correctamente extinguida por quien tiene competencia para ello tras la observancia del oportuno procedimiento. (...) Ahora bien, una vez que el expediente de regulación de empleo es anulado (y es irrelevante a instancia de qué trabajador pues la anulación tiene efectos *erga omnes*) las relaciones laborales se reanudan, resucitan, es como si nunca se hubieran extinguido, y puesto que la empresa está cerrada y sin actividad, los trabajadores tienen, a partir de la fecha de la firmeza de la sentencia de lo contencioso, la vía abierta para reclamar por despido con sometimiento al plazo de 20 días de caducidad contemplado en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores” (STSJ de Valencia de 13 de enero de 2000, AS 2281).

(18) SSTs de 21 de diciembre de 2001 (RJ 4269/2002), de 17 de enero de 2002 (RJ 3757) y de 22 de noviembre de 2005 (RJ 10048).

autoriza el ERE¹⁹. Esta omisión en el texto legal ha determinado que el Tribunal Supremo, en reiterados pronunciamientos, haya señalado que no cabe condena automática a su abono y que la reparación del perjuicio causado al trabajador por la incorrecta extinción de su relación laboral debe articularse mediante la correspondiente reclamación de daños y perjuicios en la que tales daños deben probarse²⁰. Lo que no está claro es quién debe responder de tal indemnización, el empresario que procedió al despido al amparo de la resolución administrativa o la Administración que autorizó incorrectamente los despidos. Ambas posibilidades se han intentado y ambas han tenido éxito. El orden social de la jurisdicción ha admitido en numerosas ocasiones la responsabilidad del empresario por las consecuencias derivadas de un despido fundado en una autorización luego anulada, alegando que es lógico que el empresario tenga que soportar los costes de estas medidas puesto que, en definitiva, fue él quien tomó la iniciativa de una extinción que luego es declarada ilícita. Afirmaciones que, no obstante, se efectúan no para declarar la responsabilidad empresarial frente a la de la Administración sino para evitar que sea el trabajador quien soporta las consecuencias de la situación²¹. Pero el orden contencioso-administrativo también ha tenido oportunidad de estimar reclamaciones de responsabilidad dirigidas frente a la Administración fundando la condena en el anormal funcionamiento de la Administración²².

Mayor consenso ha habido en torno a qué daños deben computarse y cuál puede ser el criterio o módulo de cómputo. A estos efectos, se ha reiterado que como tales hay que considerar los derivados de la pérdida de retribución durante el período en el que no se ha prestado actividad laboral y, por ello, el salario diario del trabajador resulta el mejor módulo de cálculo de la indemnización²³. Se llega así a la misma solución que la prevista por el legislador respecto de los salarios de trámite. Por esa misma razón, y al igual que ocurre con éstos, de la indemnización deben deducirse los ingresos percibidos por el trabajador en concepto de prestación por incapacidad temporal o las obtenidas en virtud de

(19) El RD 43/1996 omite cualquier referencia al abono de los salarios de trámite. Más explícito era el antiguo artículo 9.2 RD 696/1980 que señalaba expresamente que “en el caso de que se interponga por los trabajadores afectados recurso en vía contencioso-administrativa no procederá el abono de salarios de tramitación”.

(20) Como señala la STS de 24 de enero de 2006 (RJ 923) “la diferencia entre las dos regulaciones consiste en que mientras en el régimen común del despido hay aplicación automática de los salarios de tramitación, en los despidos colectivos esa aplicación automática no se produce (...) El distinto régimen jurídico se funda, sin duda, en las diferencias que las dos formas de despido presentan tanto en la adopción de las decisiones extintivas como en su impugnación, pero no afecta a la exigencia de la reparación de los perjuicios derivados de un despido colectivo cuando éste se anula por el orden jurisdiccional competente”.

(21) Entre otras, STS de 17 de enero de 2002 (RJ 3757).

(22) La STS (Sala Tercera) de 19 de noviembre de 2002 (RJ 10030) confirma la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos a las trabajadoras afectadas. Los daños consistían en las cantidades salariales que las afectadas dejaron de percibir por extinguirse su relación laboral al amparo de la resolución administrativa. La responsabilidad de la Administración se funda en que, existiendo datos suficientes para que la autoridad hubiera remitido el expediente a la jurisdicción social a efectos de su posible declaración de nulidad, no se hizo, autorizándose indebidamente los despidos.

(23) Implícitamente se admite esta solución en diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo cuando se afirma que “la dificultad de reconstruir plenamente hacia el pasado la situación afectada por las medidas suspensivas o extintivas de la relación laboral, en virtud de la imposibilidad de prestar el trabajo correspondiente al período de cese, determina que en estos casos la restitución –imposible in natura, de forma plena y recíproca– haya de instrumentarse, en su caso, a través de la indemnización. La solución es, en definitiva, similar a la que inspira el régimen común del despido, en el que los salarios de tramitación se conciben también como una indemnización” (SSTS 13 de diciembre de 1990, RJ 9783 y de 30 de noviembre de 1998, RJ 10045/98).

una nueva relación laboral²⁴ y también las obtenidas en concepto de prestación o subsidio por desempleo dado que, aunque no está expresamente previsto un procedimiento de compensación y devolución entre el INEM y el empresario como el diseñado respecto de los salarios de trámite (artículo 209.5 LGSS), la coordinación entre el abono de las prestaciones por desempleo y la indemnización debe realizarse aplicando analógicamente el artículo 111.b) LPL que dispone que lo percibido por el trabajador en concepto de prestación por desempleo se deduce de la cantidad que el empresario ha de abonarle en concepto de salarios de trámite, debiendo éste proceder, tras efectuar la oportuna deducción, a su ingreso en la TGSS²⁵.

Esta solución es la que hasta fechas muy recientes ha mantenido la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. La Sentencia de 24 de enero de 2006 (RJ 923) aplica la misma interpretación sobre el derecho de los trabajadores afectados a percibir una indemnización por el período de inactividad laboral transcurrido entre el despido y la readmisión o definitiva extinción tras la anulación de la resolución administrativa. Se trataba de una trabajadora que solicitaba la indemnización compensatoria de los salarios dejados de percibir desde que fue extinguida su relación laboral en ejecución inmediata de resolución administrativa autorizante de expediente de regulación de empleo hasta que se dio cumplimiento a la sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo que anuló aquella resolución por considerarla no conforme a derecho. La sentencia del Tribunal Supremo confirmó el pronunciamiento de suplicación por el que se consideraba oportuna la condena a la empresa al abono de dicha indemnización y afirmó que “es lógico que el empresario tenga que soportar el coste de esta medida pues, en definitiva, él fue quien tomó la iniciativa de una extinción que ha sido declarada ilícita por sentencia firme y que no debe gravar la esfera patrimonial del trabajador”. Como expresa con claridad la propia sentencia, la síntesis de la doctrina así formada acerca de los efectos de la declaración de nulidad de la resolución autorizante del despido colectivo viene a ser “la indemnidad del trabajador”, que determina, entre otros efectos, la readmisión y el resarcimiento de los perjuicios constituidos por la pérdida temporal de sus salarios.

(24) STSJ de Cataluña de 29 de julio de 2004 (rec. 6999/2003).

(25) Así lo señala la STS de 30 de noviembre de 1998 (RJ 10045) en un supuesto en el que el INEM reclamaba a un trabajador el reintegro de las cantidades percibidas en concepto de prestación por desempleo durante el período transcurrido desde su despido autorizado por un ERE hasta la anulación de la autorización administrativa. Para el INEM, la anulación del ERE determinó la falta de situación legal de desempleo que justifica la percepción de las prestaciones de modo que éstas habían sido indebidamente percibidas. El Tribunal considera que la prestación por desempleo debe deducirse de la indemnización que al trabajador corresponda por la ilícita extinción de su contrato de trabajo pero no es el propio trabajador quien debe reintegrar las cantidades percibidas en concepto de prestación por desempleo. Es el empresario quien, tras deducir tales cantidades del total de la indemnización, ha de proceder a su ingreso en la entidad gestora. La doctrina de suplicación ha asumido esta interpretación. Vid., en este sentido, SSTSJ de Cataluña de 18 de mayo de 2005 (AS 1747), País Vasco de 7 de junio de 2005 (AS 2286), Cataluña de 7 de diciembre de 2005 (rec. 3982/2004). El problema se puede plantear cuando quien abone la indemnización no haya procedido a descontar de su cuantía las cantidades correspondientes a la prestación por desempleo para luego abonarlas a la entidad gestora. Esta situación se plantea en la STSJ del País Vasco de 6 de junio de 2006 (AS 1203/07) en un supuesto en el que era la Administración quien había indemnizado el daño derivado del despido colectivo. En la sentencia se considera correcta la reclamación del INEM al trabajador para que devuelva las cantidades abonadas en concepto de prestación. El argumento básico en que se apoya esta solución es el de evitar el enriquecimiento injusto de los afectados. Vid. el comentario a esta sentencia de FERRANDO GARCÍA, F.M., “Incidencia de la anulación de la resolución administrativa que autorizó el despido colectivo sobre las prestaciones por desempleo ya percibidas”, *Aranzadi Social*, núm. 7-8, 2007.

La reiteración de esta interpretación en los pronunciamientos señalados permitía presumir que gozaba de cierta consolidación. Sin embargo, apenas transcurridos cuatro meses desde este último pronunciamiento, el Tribunal Supremo ha modificado radicalmente su juicio sobre este asunto en varias sentencias, todas ellas de fecha 31 de mayo de 2006²⁶. Curiosamente cuatro de estos pronunciamientos se refieren a reclamaciones planteadas por trabajadores de la misma empresa que la demandante en la STS de 24 de enero de 2006 y que habían sido incluidos en el mismo ERE²⁷.

La cuestión planteada en todas estas sentencias versa, como ocurría en los anteriores pronunciamientos ya comentados, en torno a la cuestión de si corresponde o no abonar una indemnización a los trabajadores que han sido despedidos tras la instrucción de un expediente de regulación de empleo debidamente autorizado y posteriormente revocado. En suplicación se había estimado la pretensión de los trabajadores apelando a los artículos 1101 y siguientes del Código Civil que regulan la responsabilidad nacida de las relaciones contractuales pero la

EL SALARIO DIARIO DEL TRABAJADOR RESULTA EL MEJOR MÓDULO DE CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN

(26) Ha habido algún otro pronunciamiento de interés en relación con los efectos de la anulación de la resolución administrativa, aunque no inciden directamente en la cuestión analizada en el texto. Así, debe citarse la STS de 9 de marzo de 2005 (RJ 3865) que aborda una situación en la que los trabajadores habían sido despedidos en ejecución de la correspondiente autorización administrativa. La impugnación por los trabajadores de tal autorización terminó con sentencia en la que se declaró su nulidad y se acordó la retroacción de la tramitación del expediente al inicio del mismo, con apertura del período de consultas y con requerimiento a la empresa para la aportación de la documentación económica pertinente. La representación de la empresa solicitó ante la autoridad administrativa la ejecución de la sentencia y que se dictase nueva resolución autorizando, con efectos retroactivos, la extinción de los contratos. Dicha resolución efectivamente se produjo autorizándose las extinciones de los contratos con efectos desde la fecha de la primera resolución administrativa. Mientras tanto, los trabajadores, en el momento en que tuvieron conocimiento de la sentencia por la que se anulaba la autorización del despido colectivo, requirieron a la empresa para la readmisión obteniendo respuesta en el sentido de que debía esperarse a la resolución del nuevo expediente presentado. Contra esta decisión empresarial se interpuso, por los trabajadores afectados, demanda de despido que fue estimada, tanto en instancia como en suplicación, por considerar la existencia de un despido tácito merecedor de la calificación de nulidad por carecer de autorización administrativa condenándose a la empresa a la readmisión de los trabajadores. Esta solución fue cuestionada por la empresa que interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina que se resuelve en esta Sentencia de 9 de marzo de 2005. Atendiendo a los efectos que la doctrina judicial comentada en el texto atribuye a la anulación de la autorización administrativa, lo esperable era que la negativa del empresario a readmitir hubiera sido considerada como un despido nulo o improcedente. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que la negativa del empresario a readmitir no puede calificarse como despido dado que la segunda resolución administrativa autorizó la extinción con efectos anteriores al momento en que se produjo la negativa empresarial a la readmisión de modo que en esa fecha los contratos estaban ya extinguidos. Es cierto que en este caso había razones específicas que dotaban de ciertas peculiaridades a la situación —entre ellas, el hecho de que la sentencia del contencioso-administrativo no anuló totalmente el expediente de regulación de empleo, sino que se limitó a depurar ciertas anomalías observadas en su tramitación, permite al Tribunal Supremo afirmar que la segunda resolución administrativa no se refiere, en puridad, a un nuevo expediente sino al inicial que, sanados los vicios que lo invalidaban, había proseguido sus trámites— pero el resultado es que el Tribunal Supremo consigue eludir la aplicación de las consecuencias que derivan de la revocación de la autorización administrativa.

(27) Se trata de las Sentencias que resuelven los recursos núms. 5310/2004, 2644/2005, 4702/2004 y 3165/2005, en las que diversos trabajadores del Hospital Clínico Provincial de Barcelona, afectados por el Expediente de Regulación de Empleo 183/95, autorizado por Resolución de 25 de mayo de 1995 y anulado por STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de noviembre de 2001, tras ser readmitidos en sus puestos de trabajo solicitan la indemnización por el perjuicio que les supuso la pérdida de salarios durante el tiempo transcurrido entre el despido y la readmisión. La quinta sentencia, que resuelve el recurso núm. 1763/2005, se refiere a una empresa distinta pero aborda el mismo asunto de la compensación económica. Además, este último pronunciamiento resuelve también la cuestión de si, tras la revocación de la autorización administrativa del ERE, el trabajador está obligado a devolver la indemnización de despido prevista en el artículo 51.8 ET que percibió en el momento de su despido.

Sala Cuarta del Tribunal Supremo revocará todos estos pronunciamientos apoyándose en diversos argumentos y razones que se reiteran sistemáticamente en todas las sentencias que, con fecha de 31 de mayo de 2006, se dictan sobre el asunto²⁸.

El primer grupo de argumentos remite a la regulación y a las previsiones que ofrece la normativa laboral sobre los efectos y el resarcimiento de los daños generados al trabajador como consecuencia del despido colectivo. Al respecto, el Tribunal señala que el artículo 51.8 ET “contempla una única indemnización o compensación tasada en función de los años de servicio para el supuesto de despido autorizado en expediente de regulación de empleo, previsión que no deja resquicio para una indemnización adicional en caso de revocación de la autorización administrativa”. Para el Tribunal es patente la diferencia entre la regulación del resarcimiento en el despido colectivo y en el despido objetivo, que sí prevé el abono de salarios de trámite, que se justifica en que mientras el despido objetivo es fruto de la decisión unilateral del empresario, en el despido colectivo la extinción es el momento final de un procedimiento complejo en el que la autorización administrativa es requisito constitutivo de validez. Es precisamente la autorización administrativa, y la ejecutividad inmediata que le atribuye el artículo 19.2 RD 696/1980, aplicable al litigio, lo que dota a la decisión empresarial de despedir de la legitimidad suficiente desde que se adopta hasta que se revoca dicha autorización. Las normas de procedimiento administrativo común avalan esta solución porque, según la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, la regulación sobre la ejecutividad y presunción de validez de los actos administrativos y sobre limitación de la nulidad de pleno derecho determina que la revocación y anulación de una autorización de despido colectivo no produzca un efecto retroactivo *ex tunc* sino efecto inmediato *ex nunc*, desde la fecha de la revocación. Esto explica la expresa exclusión de los salarios de trámite que recoge el mencionado artículo 19.2 RD 696/1980 haciendo explícito lo que en el artículo 51.8 ET aparece implícito.

El segundo grupo de argumentos se refiere a las normas civiles sobre responsabilidad contractual recogidas en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil. Estas normas han sido el fundamento normativo de las sentencias que han impuesto a cargo de las empresas el abono de la indemnización a favor de los trabajadores afectados por la revocación del expediente de regulación de empleo. Para la Sala Cuarta del Tribunal Supremo no ha lugar la aplicación de estas normas comunes supletorias dado que la compensación por despido económico colectivo se encuentra regulada de manera completa en el artículo 51.8 ET de modo que, existiendo un régimen específico de resarcimiento, no es factible acudir a las previsiones de la misma naturaleza del derecho común. Ese régimen específico no contempla, para el caso de cese autorizado en expediente de regulación de empleo revocado posteriormente en vía judicial, el abono de cantidad o compensación alguna por la pérdida de empleo en el tiempo intermedio entre la fecha del cese autoriza-

(28) Vid. un detallado comentario a estos pronunciamientos en BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Efectos jurídicos de la revocación de la resolución administrativa que autoriza un expediente de regulación de empleo sobre el contrato de trabajo inicialmente resuelto”, *Aranzadi Social*, núm. 21, 2006. Estas cuestiones, vinculadas con el derecho del trabajador a la indemnización por los perjuicios sufridos, se abordan también en GONZÁLEZ VELASCO J. y VIVES USANO, P., “ERE: autorización administrativa revocada y eficacia general de las sentencias: efectos”, *Estudios financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 289, 2007, págs. 129-140.

do y la fecha del eventual restablecimiento de la relación de trabajo. Añaden las sentencias que si se admitiera, aunque fuera con exclusivos efectos dialécticos, la aplicación de aquellos preceptos del Código Civil tampoco cabría apreciar obligación de resarcimiento. Para el Tribunal, las normas civiles reguladoras de la responsabilidad contractual exigen “dolo, negligencia o morosidad”, elementos que no concurren cuando el despido decidido por el empresario está amparado en la legitimidad y licitud que le confiere la autorización administrativa. Pero faltaría, además, la necesaria relación de causalidad que la declaración de responsabilidad contractual exige, relación que en este caso habría de existir entre la conducta del empresario consistente en solicitar la autorización y el perjuicio por la pérdida de empleo. Para el Tribunal el daño que soporta el trabajador no depende exclusivamente de aquella conducta empresarial sino, al menos parcialmente, también del acto administrativo de autorización.

De todo ello concluye el Tribunal la inexistencia de un derecho del trabajador a obtener a cargo del empresario un resarcimiento o compensación por el daño que supone dejar de percibir los ingresos salariales correspondientes a su puesto de trabajo durante el período de tiempo transcurrido entre el despido y la revocación de la autorización administrativa. Se modifica así radicalmente el rumbo que la doctrina judicial había adoptado en relación con los efectos de la revocación de la autorización del expediente de regulación de empleo.

Este cambio radical en la doctrina mantenida hasta el momento no ha contado, sin embargo, con el apoyo unánime de todos los integrantes de la Sala General. Esto explica que todas las Sentencias de 31 de mayo de 2006 que resuelven en el sentido y con la argumentación comentada, vayan acompañadas de un Voto particular en el que se ofrece cumplida respuesta a cada uno de los argumentos manejados en las sentencias y se alcanza una solución continuista con la anterior doctrina del Tribunal Supremo en virtud de la cual se reconoce el derecho de los trabajadores afectados a obtener una compensación económica por el perjuicio derivado de la injustificada pérdida de empleo.

Y es que, como revelan con exhaustividad y acierto los citados Votos particulares, la argumentación empleada por el Tribunal en las sentencias que acaban de mencionarse presenta ciertas quiebras o puntos débiles que no pueden pasarse por alto. Por una parte, las remisiones a la normativa laboral que regula la compensación a que tiene derecho el trabajador en caso de despido colectivo no son suficientes para excluir la indemnización que reclaman los trabajadores afectados. El artículo 51.8 ET contempla la situación en que el trabajador es despedido tras la constatación de que concurren causas que legitiman esa decisión y prevé el derecho del trabajador a una indemnización. Puede admitirse que la función de esa indemnización es la de compensar el daño que supone la pérdida del puesto de trabajo en condiciones que se consideran legítimas y adecuadas o, como señalan las Sentencias de 31 de mayo de 2006, la de “compensar el coste de readaptación profesional o inserción en el mercado de trabajo que hace recaer sobre el trabajador la decisión extintiva empresarial”. En cualquier caso, al margen de cual sea la auténtica función económica de las indemnizaciones por despido, está claro que la situación contemplada en el artículo 51.8 ET poco o nada tiene que ver con la que se produce tras la revocación de la decisión administrativa. La revocación supone que el despido se hizo sin autorización y,

por tanto, es nulo. Esta situación determina la ilegitimidad o, si se prefiere, la antijuridicidad de los efectos que el trabajador soportó como consecuencia del despido: la pérdida del empleo y la pérdida de sus ingresos salariales. Y si tales efectos son antijurídicos sólo cabe su resarcimiento: *in natura* cuando sea posible –así, la readmisión compensa la pérdida del puesto de trabajo– o mediante compensación económica –como ocurre con los salarios dejados de percibir–. Que el artículo 51.8 ET no prevea expresamente el abono de los salarios de trámite no determina que no proceda el abono de una indemnización para compensar los salarios que ilegítimamente dejaron de percibirse. En realidad, ni este precepto ni ningún otro contemplan los efectos que derivan de la revocación de la decisión administrativa²⁹. Y ello no parece argumento suficiente como para negar la posibilidad de llenar esa laguna con la aplicación de las soluciones que el ordenamiento jurídico ofrece para supuestos similares. El hecho de que las normas laborales ofrezcan una amplia regulación de los efectos indemnizatorios derivados de la extinción del contrato no impide la detección de supuestos no contemplados expresamente en los que se aprecia la existencia de un daño que debe ser indemnizado. En estos casos, la falta de previsiones expresas sobre fórmulas o cuantías indemnizatorias se ha resuelto mediante el recurso al derecho común de daños. No parece que haya razones suficientes que impidan que se haga lo mismo en el caso que nos ocupa.

La mención que hacen las Sentencias de 31 de mayo de 2006 a las normas del procedimiento administrativo común sobre la nulidad de los actos administrativos tampoco resulta suficiente para negar el derecho de los trabajadores a la indemnización reclamada. Esta remisión se hace en la fundamentación jurídica de estos pronunciamientos con la finalidad de demostrar que, dado el carácter estricto con que se reconoce la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, debe entenderse que la inicial autorización del ERE despliega efectos válidos y que su posterior revocación sólo genera consecuencias desde que se produce, sin afectar a las situaciones ya generadas, que quedarían sin modificación y sin posibilidad de revisión. Señala el Voto Particular que el régimen de nulidad aplicable es el civil conforme al cual el despido sin autorización incurre en nulidad absoluta por vulneración de una norma imperativa sobre el despido colectivo, con efectos *ex tunc*. En todo caso, aunque se tratara del régimen administrativo de nulidad las consecuencias serían las mismas pues la anulación de un acto administrativo tiene efectos *ex tunc* sin posibilidad de aplicar los efectos moderadores en función del tiempo previsto en el artículo 106 LPRJAPC. Además, más allá de los argumentos recogidos en el Voto Particular, debe advertirse que la interpretación sostenida en la sentencia no casa con la que ofrece la Sala Tercera de Tribunal Supremo en los pronunciamientos comentados anteriormente, en los que se reconoce la posibilidad de compensar los efectos negativos que para la empresa derivan de la incorrecta denegación del expediente de regulación de empleo. La declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración no deja de ser una fórmula que pretende compensar el daño derivado de una decisión ilegítima y que por ello mismo supone un reconocimiento implícito de que las situaciones derivadas

(29) La referencia expresa a la inexistencia de salarios de trámite recogida en el artículo 19.2 RD 696/1980, precepto que además carece actualmente de vigencia, sólo supone que éstos no se reconocen automáticamente.

de aquella inicial decisión administrativa deben ser subsanadas en la medida de lo posible. Algo similar ha de ocurrir cuando el daño lo soportan los trabajadores. Y, como se decía más arriba, si la norma laboral no ofrece mecanismos específicos para lograr esa subsanación, lo procedente será acudir a las normas generales sobre resarcimiento de daños.

Ya en ese ámbito del derecho de daños, tampoco son convincentes los argumentos empleados por el Tribunal Supremo para rechazar la responsabilidad patrimonial del empresario. Como se afirma en el Voto Particular, la ilicitud del despido autorizado deriva de la ausencia de una causa legal que justifique la pérdida del empleo y no puede eximirse de responsabilidad al empresario alegando que actuó correctamente ejecutando una autorización administrativa como si ésta fuera suficiente para dar cobertura legal y subsanar la ilicitud del despido. Lo único que la existencia de esta autorización pone de manifiesto es que la Administración también incurrió en un comportamiento reprochable y posiblemente ello determine su responsabilidad pero sin que ésta excluya la que corresponde al propio empresario. Por otra parte, y al margen de la posibilidad de probar, en cada caso, la existencia de una actuación culpable del empresario —alegando circunstancias inexactas para obtener la autorización del expediente—, lo cierto es que en la teoría general del derecho de daños, la culpa o negligencia no son condiciones imprescindibles para declarar la responsabilidad contractual de modo que no es necesario acreditar el comportamiento culpable del empresario para declarar su responsabilidad por unos daños cuyo carácter antijurídico deriva directamente de la ilegitimidad de la decisión de la que derivan³⁰.

Pero, como se anticipaba, estos argumentos sólo han convenido a una minoría y, por ello, han quedado relegados al Voto Particular. La mayoría de la Sala Cuarta se ha inclinado por una solución que lleva hasta sus últimas consecuencias la presunción de validez y licitud de la resolución administrativa que autoriza el expediente de regulación de empleo. Esa validez alcanza a la decisión empresarial de despedir de modo que poco importa que posteriormente esta autorización sea revocada porque sus efectos ya se han desplegado y no pueden modificarse. Consecuencia directa de esta interpretación es la

**LA FALTA DE PREVISIONES
EXPRESAS SOBRE
FÓRMULAS O CUANTÍAS
INDEMNIZATORIAS
SE HA RESUELTO MEDIANTE
EL RECURSO AL DERECHO
COMÚN DE DAÑOS**

(30) La doctrina civil coincide en afirmar que la culpa o la negligencia no son los únicos criterios de imputación de responsabilidad contractual. Vid., al respecto, PANTALEÓN PRIETO, F., "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", *Anuario de Derecho Civil*, 1991, págs. 1019 a 1062 y, del mismo autor, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *Anuario de Derecho Civil*, 1993, págs. 1719 a 1745.

conclusión alcanzada en las sentencias que se han analizado: la inexistencia de un derecho de los trabajadores afectados a obtener una compensación por el perjuicio que les supone la no obtención de salarios durante el período transcurrido entre el despido y la revocación de la autorización. Pero no es éste el único efecto. El Tribunal Supremo es prisionero de sus propias decisiones y, por ello, ha de ser coherente con esta interpretación y llevarla hasta sus últimas consecuencias. Quizás ello explique la solución que se da en uno de los pronunciamientos dictados con fecha 31 de mayo de 2006 —el que resuelve el recurso núm. 1763/2005— a una cuestión que no se había suscitado en los demás asuntos. La cuestión es decidir si los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo luego revocado están o no obligados a reintegrar al empresario la indemnización que en su momento percibieron como compensación por la decisión extintiva de acuerdo con lo previsto en el artículo 51.8 ET.

Para ofrecer una respuesta, el Tribunal Supremo emplea la misma argumentación que ha manejado para decidir sobre la indemnización por pérdida de ingresos salariales. Así, se afirma que “1) nuestro ordenamiento laboral distingue netamente entre el supuesto de despido colectivo, en el que la voluntad extintiva del empresario exige ineludiblemente el complemento de una autorización administrativa, y los restantes supuestos de despido (...); 2) el artículo 51 ET contiene una regulación virtualmente cerrada y completa de la indemnización de despido colectivo, y 3) la finalidad de las distintas indemnizaciones de despido calculadas en función del tiempo de servicio, entre ellas la prevista en el artículo 51.8 ET es, además de resarcir en su caso el daño injusto, compensar el coste de readaptación profesional o reinserción en el mercado de trabajo que hace recaer sobre el trabajador la decisión extintiva de empresario”. Estas premisas conducen directamente a declarar que no corresponde la devolución de la indemnización porque “el coste para el trabajador de readaptación profesional o reinserción en el mercado de trabajo se ha producido necesariamente, aunque recupere el puesto de trabajo perdido mediante el restablecimiento de la relación de trabajo en que consiste la readmisión”.

En realidad, la crítica a esta solución sigue también la argumentación empleada anteriormente. Si la revocación de la autorización del expediente de regulación de empleo determina la nulidad del despido decidido a su amparo y genera el derecho del trabajador a su readmisión, aspecto este sobre el que no hay divergencias interpretativas en el seno de la Sala Cuarta de Tribunal Supremo, parece lógico entender que con la readmisión desaparece la causa que justificó el abono de la indemnización por despido porque con ésta lo que se pretendía era compensar la pérdida del empleo. Ésta es la solución que ofrece el legislador para los supuestos en que, tras un despido por causas objetivas, por decisión judicial se decide la readmisión del trabajador. No cambia la conclusión si se aceptara, como hacen las Sentencias de 31 de mayo de 2006, que el objetivo de la indemnización es compensar el coste de readaptación y reinserción derivado del despido porque, como indica el Voto Particular que también acompaña a esta sentencia, si el trabajador es readmitido “ya no hay coste en términos de pérdida de capital humano específico (coste de readaptación) y por eso procede la devolución de la indemnización percibida”.

Señas de identidad para el despido colectivo

En definitiva, es fácil advertir cómo los problemas y las divergencias interpretativas que se suscitan en relación con las consecuencias que derivan de la revocación de la autorización administrativa del Expediente de Regulación de Empleo son fruto, en buena medida, de la insuficiente regulación legal. Ésta, contenida en el artículo 51 ET y en el RD 43/1996, de 19 de enero, prevé la posibilidad de impugnar la resolución administrativa pero no contempla los efectos que de la revocación pueden derivarse. Ello obliga al operador jurídico a acudir y aplicar criterios interpretativos que pueden conducir, como es el caso, a soluciones discutibles. Por las razones que se han apuntado en las páginas anteriores, la solución que parece más adecuada y correcta, a pesar de los pronunciamientos en contra del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2006, es la de reconocer el derecho de los trabajadores afectados a recibir una compensación adecuada por el perjuicio que les ha causado una decisión extintiva ilícita: la readmisión en su puesto de trabajo y el resarcimiento económico por los salarios dejados de percibir. Pero esto no quiere decir que esta solución esté exenta de problemas, algunos de los cuales han sido ya mencionados³¹. Por una parte, la dificultad, cuando no imposibilidad, de readmitir a los trabajadores tras un lapso de tiempo que puede llegar a ser muy amplio dados los plazos de tramitación de las impugnaciones administrativas y contenciosas frente a la resolución administrativa. Por otra, el elevado coste que para la empresa puede suponer el abono de indemnizaciones por el daño derivado de la falta de ingresos salariales durante esos períodos de tiempo y que pueden contribuir a agravar una situación ya delicada. Son problemas que derivan de una deficiente regulación del despido colectivo, que ponen de manifiesto los defectos del sistema y que deben animar una reforma normativa largamente prometida y ya inaplazable en la que, entre otras medidas, se acorten y reduzcan los plazos de resolución y en la que, por fin, se atribuya el conocimiento de la impugnación de las decisiones administrativas a la jurisdicción social.

IV. DE NUEVO SOBRE LA COMPETENCIA JUDICIAL DE LOS ÓRDENES SOCIAL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA ARTIFICIAL SEPARACIÓN ENTRE ACUERDO SOCIAL Y RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

La cuestión de la impugnación de las decisiones adoptadas en el marco de un expediente de regulación de empleo constituye uno de los puntos más conflictivos en el ámbito de la concurrencia de competencia judicial administrativa y laboral. Esta cuestión ha recibido soluciones diversas y contradictorias propiciadas por los dispares criterios mantenidos por los tribunales de lo social y de lo contencioso, no siempre coincidentes, y por las decisiones de la Sala de Conflictos.

Las controversias se han suscitado en torno a distintos aspectos de los expedientes de regulación de empleo pero, sin duda, dos de las cuestiones que en mayor medida han ocupado a nuestros tribunales han sido las relacionadas con la impugnación por los trabajadores de su despido y con las controversias en torno a las cuantías indemnizatorias que tienen derecho a percibir los afectados por los expedientes de regulación de empleo.

(31) Se mencionan también en los Votos particulares que acompañan a estas sentencias.

En relación con el primero de estos problemas, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción estableció, en sus Sentencias de 26 de diciembre de 1988 (RJ 10314) y de 25 de junio de 1996 (RJ 4979), que la relación de los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo era contenido necesario del acto administrativo de autorización y, por tanto, tenía que ser decidida por la autoridad laboral e impugnada, en su caso, ante el orden contencioso-administrativo, fijando así un criterio que fue asumido por la Sala Cuarta de Tribunal Supremo (entre otras, en la STS de 18 de enero de 1999, RJ 808)³². Pero esta doctrina no ha impedido que cuando la autorización administrativa no incluye relación de trabajadores³³, la impugnación del despido por alguno de los afectados se tramite ante el orden jurisdiccional social (entre otras, SSTs, Sala Cuarta, de 17 de marzo de 1999, RJ 3002 y SSTs, Sala Tercera, de 22 de mayo de 2002, RJ 9427 y de 12 de febrero de 2003, RJ 2084). Con ello se admite, implícitamente al menos, que la autorización administrativa no tiene que contener una relación nominativa de los trabajadores afectados por la extinción. Si es así, y lo que se discute es el uso o aplicación que el empresario ha hecho de los criterios fijados en la resolución para designar o seleccionar a los trabajadores afectados, se considera que el orden competente es el social.

Algo parecido ha ocurrido con la impugnación por los trabajadores de las indemnizaciones a percibir como consecuencia del despido colectivo. En esta materia también se ha reproducido la polémica sobre el orden social competente. Las sucesivas modificaciones legislativas, lejos de facilitar la decisión, han complicado el panorama³⁴. En la actualidad, el artículo 14.2 RD 43/1996 señala que “en el caso de que el empresario no abonara la referida indemnización o existiese disconformidad respecto de su cuantía, el trabajador podrá, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2.g) del Estatuto de los Trabajadores, demandar ante el Juzgado de lo Social competente el pago de la misma o, en su caso, el abono de las diferencias que a su juicio pudieran existir, mediante acción cuyo ejercicio seguirá las normas del proceso laboral ordinario, y en el que las afirmaciones de hecho

(32) Ésta era la interpretación judicial del artículo 13.1 del RD 696/1980, de 14 de abril (BOE del 17), que disponía que en la solicitud de autorización del ERE debía incluirse, entre otros documentos, “relación de la totalidad de los trabajadores del centro o centros afectados por el expediente, con expresión del nombre y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, especialidad y grupo profesional, fecha de ingreso en la Empresa, sueldo mensual y si ostenta la condición de representante legal de los trabajadores”. Siendo así, y como indican las sentencias citadas en texto, cuando un trabajador que ha sido expresamente incluido en una resolución autorizando la extinción quiere impugnar el acto de individualización de aquel acuerdo hecho por la empresa “existe consenso en la doctrina y de la jurisprudencia en entender que la competencia para conocer de la decisión empresarial es de la jurisdicción contencioso-administrativa, no porque el problema deje de tener la naturaleza social que tiene cualquier decisión empresarial cuando decide la extinción de una relación laboral, sino porque en tanto en cuanto ha existido un pronunciamiento expreso de la autoridad laboral autorizando la extinción de un concreto contrato por causas económicas o tecnológicas cualquier impugnación del acto empresarial de ejecución de aquella resolución supone, si no formalmente, sí materialmente la impugnación de la decisión administrativa en que aquella extinción se acordó”.

(33) Posibilidad que podría ampararse en la redacción del artículo 6.1.b) RD 43/1996, de 19 de enero (BOE de 20 de febrero) que, a diferencia del anterior, que exigía la enumeración nominal de los trabajadores afectados, se limita a señalar que la solicitud de iniciación del expediente incluirá “número y categorías de los trabajadores empleados habitualmente durante el último año, así como de los trabajadores que vayan a ser afectados...”. No es tan evidente, sin embargo, que la Administración pueda dejar de pronunciarse sobre la relación nominal de trabajadores. Vid., al respecto, DESDENTADO, A. y DE LA PUEBLA, A., *Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Lex Nova, 2002, págs. 202-205.

(34) Vid., al respecto, MERCADER UGUINA, J., *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, Tirant lo blanch, 1996, págs. 27 y ss.; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Distribución y delimitación de competencias entre la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Lex Nova, 2001, págs. 273- 278.

Señas de identidad para el despido colectivo

de la resolución de la autoridad laboral gozarán de presunción de certeza, salvo prueba en contrario”. El precepto es claro y contundente al atribuir al orden social el conocimiento de las impugnaciones relativas a la indemnización y así lo ha señalado la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo en sus AATS de 26 de diciembre de 1988 (RJ 10314) y de 20 de diciembre de 2000 (RJ 9098/2001)³⁵.

Con todo, el precepto parece referirse exclusivamente a casos en los que existe falta de pago de la indemnización o errores en la aplicación por el empresario de los criterios fijados en la resolución para el cálculo de su cuantía. Pero hay supuestos en los que el conflicto surge porque existe desacuerdo con el contenido de la resolución administrativa. En estos casos, en la medida en que lo que se impugna o discute es el contenido de la decisión administrativa, la competencia debe corresponder al orden contencioso-administrativo. Se trataría de aplicar aquí la doctrina reseñada más arriba conforme a la cual deben diferenciarse, respecto al orden competencial para conocer en materia de regulación de empleo, dos clases de pretensiones: las tendentes a impugnar la conformidad a derecho de la resolución administrativa autorizante de la extinción de los contratos laborales, y aquellas otras derivadas de su cumplimiento o ejecución, sea entre la empresa y sus ex trabajadores o entre éstos y los órganos gestores públicos de empleo o de la Seguridad Social. Si las primeras han de ser conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa, las segundas habrán de corresponder, ordinariamente, al conocimiento de la jurisdicción social.

En definitiva, la doctrina judicial viene manejando, para dirimir el problema de la competencia en casos como los contemplados, un criterio conforme al cual cuando se impugna la resolución administrativa, ya sea en su totalidad, ya sea en alguno de sus apartados o contenidos, la competencia es del orden contencioso-administrativo. Por el contrario, las pretensiones que no impliquen impugnación de la resolución administrativa siguen rigiéndose por la regla de atribución a los tribunales del orden social en cuanto pretensión promovida dentro de la rama social del derecho (SSTS, Sala de Conflictos de competencia, de 23 de octubre de 2000, de 20 de diciembre de 2000, RJ 9098 y de 18 de junio de 2004).

(35) También la Sala Tercera del Tribunal Supremo que ha reconocido expresamente que “es ante la Jurisdicción Social que han de ventilarse las cuestiones residuales derivadas de la aprobación de los expedientes de regulación de empleo y relativas a los conflictos entre la empresa y trabajadores en lo que se refiere a la cuantía de la indemnización a percibir por estos últimos” (STS, Sala Tercera, de 27 de noviembre de 2002, RJ 865/2003).

**LA AUTORIZACIÓN
ADMINISTRATIVA
NO TIENE QUE CONTENER
UNA RELACIÓN
NOMINATIVA DE
LOS TRABAJADORES
AFECTADOS POR
LA EXTINCIÓN**

Pero está claro que este criterio no es suficiente para eliminar todas las dudas que la cuestión suscita. Ello explica que en recientes pronunciamientos el Tribunal Supremo haya debido una vez más abordar y resolver la cuestión competencial en relación con la impugnación del contenido de la resolución administrativa o con las decisiones empresariales adoptadas a su amparo.

Con fecha 23 de enero de 2006 se dictan dos sentencias sobre estas cuestiones³⁶. La primera de ellas³⁷ resuelve la demanda interpuesta por un trabajador que había sido incluido en un expediente de regulación de empleo y que impugnaba la indemnización que para él establecía la resolución administrativa solicitando una cuantía superior. El problema se había generado porque la resolución fijaba dos fórmulas de cálculo de la indemnización en función de la mayor o menor proximidad de los trabajadores afectados a la edad de jubilación³⁸. En la segunda sentencia, de la misma fecha³⁹ fue la empresa la que interpuso demanda solicitando la declaración de que las medidas de prejubilación contenidas en el Plan Social autorizado por la autoridad laboral no suponían lesión del principio de igualdad y no discriminación. En ambas sentencias se plantea la cuestión previa de si el orden social es o no competente para conocer de las pretensiones articuladas y en ambas se resuelve negando dicha competencia y aplicando los mismos argumentos: “la competencia para la impugnación de las resoluciones administrativas en materia de regulación de empleo aparece atribuida a los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo. Las pretensiones que no impliquen impugnación de la resolución administrativa, bien sea en su conjunto, bien alguno de sus pronunciamientos, siguen rigiéndose por la regla general de atribución a los tribunales del orden social, en cuanto pretensión promovida dentro de la rama social del derecho”.

Por eso, si la reclamación se basa, como ocurre en el primero de los pronunciamientos mencionados, en la consideración de que la indemnización fijada en la resolución administrativa es discriminatoria respecto de la prevista para otros trabajadores, se está impugnando la propia resolución porque “el éxito de la pretensión hoy ejercitada exige, como pronunciamiento de base, la declaración expresando que la indemnización fijada en la resolución no es ajustada a derecho por discriminatoria, implicando esta declaración la revocación de la resolución en este particular extremo” y la competencia para ello corresponde al orden contencioso. La misma conclusión se alcanza en la segunda sentencia porque en ese caso para el Tribunal “resulta evidente que la acción ejercitada implica la revisión de lo acordado entre las partes e incorporado a la resolución administrativa que

(36) Sobre ambos pronunciamientos, vid. DESDENTADO BONETE, A., “La crisis de la regulación de empleo: el debate sobre la jurisdicción”, *Diario La Ley*, núm. 6770, 3 de septiembre de 2007.

(37) STS de 23 de enero de 2006 (RJ 2294).

(38) En concreto, la indemnización fijada para el actor en la resolución administrativa era de 20 días de salario por año de servicio, en tanto que para los trabajadores que no estaban próximos a la jubilación se fijaba a razón de 42 días por año de servicio.

(39) STS de 23 de enero de 2006 (RJ 2091).

puso fin al expediente de regulación de empleo, pretensión para la que los tribunales del orden social carecen de competencia”⁴⁰.

En principio, ni la argumentación ni la solución alcanzada en estos pronunciamientos ofrecen novedades relevantes respecto a anteriores pronunciamientos. Pero en la última de las sentencias reseñadas y precisamente en el párrafo que se ha transcrito se revela un aspecto del conflicto que suscita algunas dudas sobre la decisión sostenida en las sentencias. En efecto, reconoce el Tribunal en aquella afirmación que la controversia se plantea en torno a una parte del contenido del acuerdo alcanzado entre las partes negociadoras durante el período de consultas que necesariamente ha de acompañar a todo expediente de regulación de empleo. De modo que lo que en verdad se impugna no es la resolución administrativa ni tampoco una aplicación incorrecta que de ésta haya podido hacer el empresario. Lo que se discute es la legalidad del acuerdo que luego se incorpora a la resolución administrativa.

Esta perspectiva remite a un antiguo debate sobre las vías de impugnación de los acuerdos alcanzados entre la empresa y los representantes de los trabajadores durante el período de consultas a que se refiere el artículo 51.2 ET. En efecto, cuando el período de consultas concluye con acuerdo, el contenido de éste será homologado por la resolución administrativa que autorizará el expediente en los términos contemplados en el acuerdo. Ambos instrumentos, acuerdo y resolución administrativa, a pesar de la identidad de su contenido, son susceptibles de impugnación por cauces y motivos distintos, resultando su conocimiento competencia del orden social, si se impugna el acuerdo, o del contencioso-administrativo, si se impugna la resolución administrativa⁴¹, al margen de que el contenido de uno y otra sean idénticos. La incoherencia llega todavía más lejos puesto que, tal y como se interpreta por la doctrina, la impugnación del acuerdo entre empresario y representantes debe hacerse ante el orden contencioso-administrativo si quien impugna es alguno de los interesados⁴². Esta dualidad de procesos suscita problemas de coordinación, fruto, también en este caso, de la atribución de competencia a dos órdenes jurisdiccionales distintos, que nuestro ordenamiento no resuelve adecuadamente⁴³.

Los Votos Particulares que acompañan a estas sentencias expresan con rotundidad y detalle los desajustes que esta situación produce. En ellos se afirma que hay pretensiones relacio-

(40) En las posteriores SSTs de 15 de junio de 2006 (RJ 7016) y de 12 de julio de 2006 (RJ 8453) se reproducen similares problemas e idénticas soluciones. En la primera de ellas, el trabajador impugna la indemnización que le abonó el empresario conforme a los parámetros fijados en la resolución administrativa. El Tribunal Supremo afirma que “el actor pretende que no se reconozca efectividad a lo ordenado en dicha resolución, lo que implica y supone su impugnación. De ahí que, de conformidad con la jurisprudencia expresada, debe concluirse que los Tribunales laborales no son competentes para conocer el presente litigio”. En la segunda, el trabajador impugnaba su despido por considerarlo contrario a la libertad sindical. La declaración de incompetencia del orden social se funda, en este caso, en que la resolución administrativa incluía el listado de trabajadores afectados y, entre ellos, al actor de modo que impugnar el despido era, en realidad, impugnar la propia resolución.

(41) Vid., al respecto GOERLICH PESET, J.M., “Los despidos colectivos”, en AAVV (dir. E. Borrajo) *Comentarios a las Leyes Laborales: La reforma del Estatuto de los Trabajadores (Ley 11/1994, de 19 de mayo y normas concordantes)*, tomo II, Edersa, 1994, pág. 157.

(42) En este sentido, vid. OLMEDA FREIRE, G.B., *La problemática delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, Tirant lo blanch, 2000, pág. 101.

(43) Problemas que también se pusieron de inmediato de manifiesto por CASAS BAAMONDE, M.E., “Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1996, pág. 44.

nadas con la regulación de empleo que por su objeto no pueden residenciarse en el orden contencioso-administrativo, porque se dan en el marco de una relación entre empresario y trabajador que es ajena al ámbito de decisión de ese orden jurisdiccional. De ahí que “una pretensión que exige al empresario el abono de una cantidad en concepto de indemnización no pueda ser competencia del orden contencioso-administrativo. Lo que sucede es que la respuesta que haya de darse a esa pretensión puede estar condicionada por el juicio que se mantenga sobre la legalidad del acto administrativo de regulación de empleo o del acuerdo que se pacta en el expediente”. Esto supone que para resolver la cuestión planteada sobre la indemnización es preciso pronunciarse prejudicialmente sobre las decisiones adoptadas en los procedimientos de regulación de empleo. Ese conocimiento prejudicial sólo puede corresponder al orden social entre otras razones porque lo que se impugna en el proceso no es la autorización del cese sino las condiciones acordadas para la regulación de empleo que integran el contenido del acuerdo laboral homologado por la resolución administrativa. Y es que cuando existe acuerdo durante el período de consultas que acompaña al expediente de regulación de empleo, la Administración sólo puede limitarse a homologar el acuerdo o a impugnarlo, en caso de apreciar fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, ante la jurisdicción social. No es coherente que el orden jurisdiccional competente deba ser otro cuando quien impugna el acuerdo es un trabajador.

Competencia judicial y ley aplicable a un conflicto colectivo sobre cesión internacional de trabajadores.

A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2007 (recurso 76/2006)

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo

Resumen

COMPETENCIA JUDICIAL Y LEY APLICABLE A UN CONFLICTO COLECTIVO SOBRE CESIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJADORES. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JULIO DE 2007 (recurso 76/2006)

No es frecuente que nuestros tribunales resuelvan conflictos colectivos de índole internacional. Precisamente por ello merece particular comentario la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2007, que resuelve el recurso de casación ordinaria interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional 39/2006, de 28 de abril. Además de sobre la

estricta cuestión de fondo relativa a la existencia o no de cesión ilegal de trabajadores, con carácter previo, se pronuncia la Sala sobre su competencia en atención a la dimensión internacional del conflicto planteado y sobre la norma aplicable al pleito, materias estas a las que se dedican a continuación algunas líneas.

Abstract**JUDICIAL AREA AND APPLICABLE LAW TO A COLLECTIVE CONFLICT ON INTERNATIONAL SURRENDER OF WORKERS. APROPOS OF THE SENTENCE OF THE SUPREME TRIBUNAL OF 20 JULY 2007 (Rec. 76/2006)**

It is not frequent that our tribunals solve collective conflicts of international nature. In fact for it deserves particular comment the recent sentence of the Supreme Tribunal of 20 July 2007, that solves the appeal of ordinary cassation interposed against the sentence of the High Court 39/2006, of April 28. Before to decide on the stricted question

relative to the existence or not of workers' illegal surrender, with previous character, the Court is pronounced on its competence in attention to the international dimension of the outlined conflict and on the applicable norm to the litigation, is to these matters to which we are going to dedicate the following lines.

Sumario:

I. El supuesto de hecho. II. Problemas de competencia judicial internacional. A) Localización de las reglas competenciales para apreciar la competencia respecto de las dos demandadas. B) Competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda contra la empresa española. C) Incompetencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda contra la empresa americana. **III. Los problemas de la ley aplicable al litigio. IV. Sobre la cesión de los trabajadores.**

I. EL SUPUESTO DE HECHO

La sentencia que en estas líneas se comenta, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Federación de Comunicación y Transportes de CCOO (en adelante, FCT-CCOO), contra la sentencia de la Audiencia Nacional, que desestima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por este sindicato contra la Compañía Futura Internacional Airways, SA (en adelante, FUA) y contra la comercial norteamericana RYAN Internacional Airlines, Inc. Corporación (en adelante, RYAN).

Este conflicto trae su causa en una práctica empresarial llevada a cabo por las empresas demandadas, consistente en cederse trabajadores mutuamente para prestar servicios temporalmente en el territorio donde despliega su actividad la otra comercial.

Competencia y ley aplicable en caso de cesión internacional de trabajadores

RYAN llevaba a efecto la cesión en cumplimiento de un acuerdo de colaboración suscrito con FUA, por el cual la primera se comprometía a “emplear tanto personal como esporádicamente se acordase” entre las Compañías, para prestar servicios en nombre de FUA en sus operaciones europeas. Estos trabajadores de RYAN se localizaban “en la base” —sita en Palma de Mallorca—, y una vez allí quedaban, de conformidad con lo acordado entre las comerciales bajo el mando, dirección y control de FUA. Este vínculo contractual, suscrito el 26 de marzo de 2004, se mantuvo operativo con base en España hasta el año 2005, fecha en que el centro de operaciones pasó de Palma de Mallorca a la base operativa que tenía en Irlanda Futura Gael, Compañía esta última que desde el 13 de diciembre de 1999 es una filial de la empresa española Futura Internacional Airways, SA, con base en Dublín.

Por su parte, FUA cedía a sus pilotos mediante acuerdos individuales concertados tras la solicitud por el afectado de una licencia especial. En concreto, esta licencia era la prevista en el artículo 52 del IV Convenio Colectivo de Tripulantes Técnicos de Futura Internacional Airways, SA, de 9 de julio de 2004, bajo la denominación “licencia invernal”, de concesión anual entre el 1 de noviembre y 15 días antes de Viernes Santo. Esta licencia, en atención al tenor literal del precepto, podían solicitarla los pilotos para asuntos particulares por un plazo entre 30 y 85 días, concediéndola la Compañía “a su criterio”. Según disponía la norma convencional durante el tiempo de disfrute de la licencia el piloto no podía llevar a cabo ninguna actividad de vuelo retribuida para otra empresa, y durante su disfrute, la mercantil española se comprometía a hacerse cargo de los gastos de Seguridad Social, de otros seguros abonados a los pilotos conforme al convenio y, periódicamente, del “importe económico que percibirán mensualmente los tripulantes que disfruten de dicha licencia”. Además, durante ese tiempo el piloto quedaba obligado a someterse a los entrenamientos y a las revisiones médicas correspondientes, pudiendo interrumpirse la licencia para que el piloto comenzase un período de instrucción por promoción o progresión, perdiendo los derechos que en tales conceptos le hubiesen correspondiendo si se negaba a interrumpir la licencia.

Pese a la imposibilidad convencional de prestar servicios durante la licencia invernal, algunos trabajadores suscribieron acuerdos individuales con la Compañía para realizar “actividades de vuelo remuneradas” para la Compañía AIR (IOM) Limited, lo

**EL MODO EN QUE
SE ARTICULABAN
LAS SUPUESTAS CESIONES
DE PERSONAL
ERA DIFERENTE PARA
CADA COMPAÑÍA**

que en la práctica supuso la prestación para RYAN, bien de forma directa, bien a través de AIR. En esos contratos se advertía expresamente que la relación laboral que vinculase al piloto con AIR durante la licencia no generaba obligaciones salariales, extrasalariales o indemnizatorias de ningún tipo para Futura. Si bien durante ese tiempo el trabajador disfrutaba, según se indicaba en el contrato, de una licencia extraordinaria retribuida, de modo que la Compañía le abonaba una cantidad bruta mensual en concepto de salario base, y continuaba cotizando a la Seguridad Social por las retribuciones devengadas.

Sucedía, así, que el modo en que se articulaban las supuestas cesiones de personal era diferente para cada Compañía. Así, como se advierte en la sentencia, el personal de FUA prestaba sus servicios para RYAN previa solicitud voluntaria de la señalada licencia invernal. Tras la concesión empresarial de la licencia, Compañía y piloto suscribían un acuerdo individual por el que la primera permitía al segundo prestar servicios para RYAN, formalizando entre las dos Compañía el correspondiente acuerdo para poder poner a disposición de la americana al piloto de la comercial española.

Por su parte, RYAN, en virtud del contrato de colaboración suscrito con FUA, se comprometía a “emplear” —término que parece corresponderse con una contratación *ad hoc*— a los pilotos que ocasionalmente necesitase aquella para sus vuelos europeos, cediéndoselos por el tiempo necesario.

A la luz de las circunstancias descritas entiende el sindicato demandante que de los acuerdos y previsiones convencionales señaladas se deduce que la empresa norteamericana cede personal a la española para prestar temporalmente servicios en territorio nacional y viceversa, que la empresa española cede pilotos a la americana para prestar servicios en Norteamérica. De ahí que el suplico de la demanda sindical se enuncie sobre tres pretensiones distintas, a saber: primero, que se declare la existencia de cesión ilícita de trabajadores en las prácticas empresariales relatadas; segundo, que se declare que Futura Internacional Airways, SA no puede ceder pilotos de su plantilla a ninguna otra Compañía Aérea y no puede aceptar la cesión de pilotos de otras plantillas, y tercero, que se reconozca el derecho de los pilotos cedidos a adquirir la condición de fijos de plantilla, a su elección, en la empresa cedente, o bien en la cesionaria. Es preciso, en todo caso, distinguir entre los intereses de los trabajadores americanos frente a la empresa española y frente a la empresa americana, y los intereses de los trabajadores españoles también, a su vez, frente a las dos empresas.

La Audiencia Nacional, en cuanto al fondo, rechaza en la sentencia recurrida la existencia de cesión ilegal de trabajadores en ambas direcciones. En concreto, razona que no puede haberla respecto de los de los pilotos americanos que han prestado servicios en España porque esta prestación en territorio nacional fue esporádica, y con el conocimiento de la representación sindical española, no pudiendo considerarse por ello que existiese una intención unilateral del empresario de efectuar la contratación de trabajadores americanos para cederlos al empleador español. Y respecto el personal español que prestó servicios para RYAN, porque no fue contratado para ser cedido a la empresa americana,

Competencia y ley aplicable en caso de cesión internacional de trabajadores

sino que éstos estaban interesados en prestar servicios en EEUU, de lo que se deducía una conformidad tácita de los sindicatos. Sin perjuicio de la reflexión que estos argumentos merezcan a la hora de examinar el fallo de casación en cuanto a la cesión de trabajadores, procede con carácter previo analizar los razonamientos relativos a la competencia judicial y a la ley aplicable.

II. PROBLEMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

A) Localización de las reglas competenciales para apreciar la competencia respecto de las dos demandadas

Frente a la demanda sindical alega la empresa FUA –RYAN no se persona en el proceso–, dos excepciones procesales que la Audiencia Nacional rechaza, a saber: falta de jurisdicción e inadecuación de procedimiento. Comenzando por la primera, se desestima la excepción al aplicando el artículo 25.2 LOPJ, aunque quizá convendría haber aclarado por qué se acude a las reglas competenciales del ordenamiento autónomo, sin dar entrada a las del sistema comunitario o convencional.

Sostiene la Sala que la formulación unitaria de la demanda contra las dos empresas –una española y otra americana– genera dudas sobre la competencia jurisdiccional de los tribunales españoles, en concreto, en lo relativo a la recepción de trabajadores americanos por la empresa nacional, toda vez que los trabajadores y la empresa tienen nacionalidad norteamericana, el lugar del contrato es EEUU y la “habitual prestación de sus servicios se desarrolla en tal país” y que aunque en 2004 vinieron excepcional y transitoriamente a territorio nacional, desde 2005 no han prestado servicios para ninguna empresa española, haciéndolo en territorio irlandés. No le plantea dudas, sin embargo, la competencia de los tribunales nacionales para conocer de la demanda respecto de los pilotos de FUA que prestan servicios para RYAN en Norteamérica por “la existencia de una relación laboral básica entre españoles (trabajador y empresa) con contrato celebrado en España, para prestar servicios ordinariamente en territorio español”.

En todo caso, entiende la Audiencia que en aplicación del artículo 25.2 LOPJ, con los datos señalados, “la competencia jurisdiccional y objetiva de esta Sala se alza como evidente” para este segundo caso. Y la formulación unitaria de la demanda hace que “por ello y ante la circunstancia de que en el año 2004 algunos pilotos norteamericanos pudieron haber prestado servicios para la empresa española Futura, bajo sus órdenes, ese concreto punto y circunstancia puede, sin perjuicio de un mejor criterio de más altos Tribunales y acogiendo el informe del Ministerio Fiscal y, a su vez, siendo indiscutible la competencia respecto de los pilotos españoles, proceder la desestimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por la empresa”.

Probablemente habría sido conveniente ahondar más en los argumentos que sustentan la declaración de competencia de los tribunales nacionales para conocer de una demanda que, como se ha dicho, se interpone contra dos empresas, una nacional y otra americana, con una doble pretensión, que se considere cesión ilegal –con las consecuencias legalmente procedentes– la práctica de la empresa española de ceder trabajadores para prestar

servicios en Norteamérica, y la práctica de la comercial norteamericana de ceder trabajadores para prestar servicios en España. Como fuere, la argumentación ha sido mejorada —y variada— con los razonamientos del Tribunal Supremo en la sentencia que ahora se comenta, en la que no se sostiene la plena competencia de los tribunales nacionales para la totalidad del pleito. Y ello pese a que como en la propia sentencia se señala ninguna de las dos partes haya planteado nuevamente la cuestión. Lo que en modo alguno impide un pronunciamiento al respecto porque la competencia de los tribunales es una cuestión de orden público que puede conocerse de oficio.

A los efectos de determinar la competencia del foro, tal como acertadamente recuerda el Tribunal Supremo, debe procurarse, en primer término, la aplicación de la normativa internacional sobre competencia judicial y sólo de no ser ésta posible acudir al derecho autónomo, localizado en este caso, como se ha dicho, en el artículo 25 LOPJ. No en vano las reglas de competencia judicial internacional que obligan al juez español se localizan en el sistema internacional o convencional, en el comunitario, y en el estatal o nacional.

El sistema internacional o convencional comprende todas las normas de competencia judicial internacional contenidas en Tratados o Convenios internacionales multilaterales y bilaterales. En materia laboral, hasta hace relativamente poco tiempo, este entramado convencional estaba formado por el Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, CB)¹, y en mucha menor medida por el Convenio de Lugano, aprobado el 16 de septiembre de 1988, que con el mismo objeto que el CB hacía las veces de éste para los Estados integrantes de la Asociación Europea de Libre Comercio.

Hoy la aplicación del CB ha dado paso a la entrada del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000², relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE L 12/1, de 16 de enero de 2001), que lo sustituye³. Así, por lo que ahora interesa, desde el 1 de marzo

(1) Sobre la primacía del Convenio de Bruselas, del Convenio de Lugano y del Reglamento comunitario sobre la normativa nacional interna, STS (Sala de lo Civil) de 23 de noviembre de 2004 (Ar. 108, 2005).

(2) Inicialmente esta “sustitución” había quedado empañada por la posición de Dinamarca, que se negó a tomar parte en la aprobación del Reglamento, obligando con ello a mantener el CB como Convenio bilateral *de facto* para cada Estado en sus relaciones con el Estado danés. No obstante, esta situación ha quedado parcialmente solventada con el Acuerdo que el 19 de octubre de 2005 se firmó en Bruselas entre Dinamarca y la Comunidad para dar entrada indirecta a las previsiones del Reglamento en este territorio, en el marco del principio de incorporación sucesiva y no traumática a Dinamarca de ciertas disposiciones del Título IV, cierto es que profundizando en su peculiar estatuto y en la implantación de fórmulas alternativas específicas para este territorio. Este Acuerdo, cuya firma fue aprobada en nombre de la Comunidad por la Decisión 2005/790/CE del Consejo, de 20 de septiembre de 2005 (LCEur 2005, 2553) (DO L 299, pág. 61) entró en vigor el 1 de julio de 2007, de conformidad con el artículo 12, apartado 2, del Acuerdo. Téngase en cuenta, por otra parte, que el CB continúa siendo aplicable para otros territorios a los que por su singular régimen no resulta de aplicación el Reglamento: territorios de ultramar de la República Francesa, y en particular Mayotte, y de las Antillas Neerlandesas, y en particular Araba. Así consta en el Dictamen 1/03 del TJCE Luxemburgo (Pleno) de 7 febrero de 2006, solicitado con arreglo al artículo 300 CE, apartado 6, el 5 de marzo de 2003, por el Consejo de la Unión Europea.

(3) El Reglamento se conoce coloquialmente, precisamente por suceder al Convenio, como “Bruselas I”. Como se sabe el texto original de este Reglamento ha sido modificado por el Reglamento 1496/2002 de la Comisión, de 21 de agosto de 2002, para incorporar las alteraciones de las normas de jurisdicción nacionales y de la lista de los Tribunales o autoridades

Competencia y ley aplicable en caso de cesión internacional de trabajadores

de 2002, el régimen comunitario de competencia judicial internacional vigente en nuestro ordenamiento viene establecido por las disposiciones contenidas en el Reglamento 44/2001, debiendo el juez español intentar la aplicación de esta norma en primer término cuando se le plantea un conflicto internacional.

Este juego absolutamente destacado del Reglamento comunitario (Reglamento 44/2001) resulta del principio de primacía que ordena la relación entre el Derecho interno de los distintos Estados y el Derecho comunitario, fruto de la cesión relativa de soberanía que conlleva necesariamente la incorporación a una organización de este tipo. Así la primacía del Derecho comunitario le da preferencia no sólo frente a las normas de Derecho nacional, sino incluso frente a los convenios internacionales, si bien éstos por su restringido ámbito territorial no juegan ningún papel en el litigio que nos ocupa⁴. Sólo si el Reglamento no resulta aplicable podrá el juez resolver el problema competencial aplicando las reglas competenciales contenidas en la LOPJ.

A estos efectos, es preciso recordar que desde el punto de vista espacial el Reglamento 44/2001, igual que sucedía con el CB, es universal, se aplica siempre, no en vano contempla tanto el supuesto del demandado domiciliado en un Estado parte como, bajo ciertas circunstancias, el que lo está fuera del territorio de la Comunidad⁵. No obstante, en el concreto supuesto que nos ocupa resulta imprescindible tener en cuenta, como acertadamente señala el Tribunal Supremo, que el artículo 4 del propio Reglamento advierte que “si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 22 y 23”. Las excepciones que el precepto contempla se refieren a competencias exclusivas –inexistentes

**EL RÉGIMEN COMUNITARIO
DE COMPETENCIA
JUDICIAL INTERNACIONAL
VIGENTE EN NUESTRO
ORDENAMIENTO VIENE
ESTABLECIDO POR
EL REGLAMENTO 44/2001**

competentes de los Anexos I y II realizadas por los Países Bajos y Alemania; y por Reglamento 1937/2004 de la Comisión, de 9 de noviembre de 2004, para adaptarlo a la incorporación de Letonia, Lituania, Eslovenia y Eslovaquia (Anexos I, II, III y IV).

(4) Nuestros Tribunales quedan igualmente obligados por los Convenios bilaterales firmados con Rumanía (hecho en Bucarest el 17 de noviembre de 1997, BOE de 5 de junio de 1999, corrección de errores BOE de 3 de julio) y con El Salvador (hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000, BOE de 25 de octubre de 2001), en los que se formulan también reglas de competencia judicial internacional en materia civil y mercantil, pero que lógicamente no interesan al presente supuesto.

(5) En este sentido, la doctrina tiene dicho a propósito de la aplicación espacial del CB, igualmente predicable del Reglamento respecto a este punto, que “se aplica en todos los territorios que constitucionalmente forman parte de los Estados miembros, con independencia del continente en que se hallen”. IRIARTE ÁNGEL, J.L., “El Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y la competencia judicial internacional respecto de los litigios derivados del contrato individual de trabajo”, RL, tomo I, 1996, pág.1318.

en materia laboral— y a acuerdos atributivos de competencia, que no concurren en este caso.

Esta remisión del Reglamento a las normas nacionales obliga al juez español a aplicar las reglas del artículo 25 LOPJ para pronunciarse sobre la competencia de los tribunales españoles en lo atinente a la demanda contra la empresa RYAN, domiciliada en Norteamérica, tanto en lo relativo a los intereses de los trabajadores norteamericanos como en lo referente a los intereses de los trabajadores españoles.

Pero no ocurre lo mismo con la demanda interpuesta contra la empresa española con domicilio en Palma de Mallorca. En este caso sí resulta de aplicación el Reglamento 44/2001, encajando, por lo demás, el supuesto en los límites materiales y temporales de aplicación de las normas competenciales del Reglamento⁶. Nótese, en este sentido, que materialmente el Reglamento se aplica a los asuntos civiles y mercantiles, con exclusión de algunas materias: fiscal, aduanera y administrativa, el “estatuto personal”, los pleitos comerciales (quiebra, convenios entre quebrado y acreedores, “y demás procedimientos análogos”), el arbitraje, y la protección social (Seguridad Social expresamente), que en principio ninguna relación guardan con el actual litigio.

Por su parte, las reglas de competencia judicial del Reglamento 44/2001 se aplicarán, como se ha dicho, cuando el demandado esté domiciliado en un Estado parte de la Comunidad, en este caso España, o cuando concurra alguno de los supuestos competenciales de los artículos 5 (competencias especiales), 22 (competencias exclusivas: sin efecto en materia laboral), 23 (sumisión expresa) o 24 (sumisión tácita), con independencia del domicilio del demandado, que en este caso, como ya se ha dicho, se localiza en territorio nacional.

De lo dicho se deduce, como sostiene el Tribunal Supremo, que las normas de competencia del Reglamento deben ser las aplicadas en este caso en cuanto a la demanda contra la empresa española. Esta conclusión sólo podría plantear dudas respecto al cauce procesal empleado. En el bien entendido que el pleito se encauza procesalmente por la vía del conflicto colectivo y de la lectura del Reglamento se desprende que esta norma no contiene previsiones específicas en materia laboral que alcancen a los pleitos colectivos como es el caso, limitándose, como el resto de reglas generales, a los derechos y deberes nacidos del contrato individual de trabajo. Ahora bien, esta ausencia de una regla competencial específica, como acertadamente señala el Tribunal, no debe suponer el desplazamiento de la norma comunitaria.

En efecto, aunque en realidad la demanda se plantee como una medida colectiva de conflicto esta circunstancia no desvirtúa la vinculación que los derechos concretos cuyo

(6) Temporalmente, el CB (nos referimos a él porque la aplicación del Reglamento le sigue en el tiempo) comenzó a ser derecho aplicable para España a partir de 1991. Con la adhesión de España y Portugal se elaboró la versión del CB de 26 de mayo de 1989, ratificado por nuestro país por Instrumento de 29 de octubre de 1990, publicado en el BOE el 28 de enero de 1991, con una corrección de errores publicada el 30 de abril de 1991, habiendo entrado en vigor esa versión del Convenio el 1 de febrero de 1991.

Competencia y ley aplicable en caso de cesión internacional de trabajadores

reconocimiento se pretende tienen con el contrato individual de trabajo. Argumento al que se podría añadir que la vinculación con el contrato individual resultará determinante también para localizar la norma de aplicación al fondo del asunto. Por todo ello parece sensato aplicar también a la problemática de la competencia judicial internacional las reglas diseñadas para conocer de los pleitos derivados del contrato individual de trabajo.

Esta regla, de vinculación del pleito al contrato de trabajo sirve también al Tribunal para pronunciarse sobre la competencia respecto de la empresa americana. Téngase en cuenta, en este sentido, que en el artículo 25.2 LOPJ atribuye competencia a los tribunales españoles para conocer de los conflictos colectivos iniciados ante la jurisdicción española. Pero no exige para tal atribución más que el conflicto se haya promovido en territorio nacional⁷. Precisamente porque en este caso no se trata de una confrontación colectiva en sentido estricto y porque la regla señalada no presenta en modo alguno la proximidad necesaria entre el foro y el litigio, la Sala considera más apropiado estar al primer apartado del artículo 25, referido a la competencia en materia de contratos de trabajo. En efecto, como acertadamente señala el Tribunal se trata de una controversia sobre los contratos de trabajo; controversia que se sustancia procesalmente de forma colectiva porque afecta a un grupo de trabajadores y se plantea desde un prisma más general. Esta perspectiva cambia totalmente el enfoque que deba darse al manejo de las reglas competenciales, en el bien entendido que a tal efecto deberán tomarse las diseñadas para los conflictos individuales de trabajo, con las garantías e instrumentos de protección del trabajador que éstas cobijen⁸.

B) Competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda contra la empresa española

En el caso de la empresa española, el conocimiento del litigio por los tribunales nacionales será predicable tanto para la pretensión que afecta a los trabajadores nacionales desplazados a EEUU como para la de los americanos desplazados a territorio nacional. En ambos casos por la aplicación de la regla general del domicilio del demandando, pudiendo serlo también por el juego de las reglas especiales en materia laboral. En efecto, el domicilio del demandado se presenta en el Reglamento 44/2001 como foro general de competencia, conforme al cual las personas domiciliadas en un Estado contratante estarán sometidas a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, y FUA tiene su domicilio en territorio español.

(7) Probablemente esta regla competencial entendida en su literalidad total pueda considerarse uno de esos “foros exorbitantes” a los que se hacía referencia en el artículo 3 CB.

(8) La propia Sala muestra sus dudas sobre la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo para este tipo de demandas, si bien no puede pronunciarse sobre esta concreta cuestión porque no puede conocerse de oficio y las partes no la han atacado. Sobre esta concreta cuestión, sostiene el Tribunal Supremo que debe estarse a los términos de la litis, que se ha planteado en el sentido de determinar si una general e indeterminada práctica empresarial, de la que *de facto* deriva la cesión de trabajadores de FUA a RYAN, de forma directa y para prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de ésta, y a la inversa, la cesión de trabajadores de RYAN a FUA para prestar servicios para en territorio nacional, merece la consideración de cesión ilegal de trabajadores con las consecuencias legales que procedan en función de la ley aplicable al pleito. Así pues, los términos del litigio permiten encauzar las pretensiones sindicales por la vía del procedimiento especial de conflicto colectivo, pues la oferta que FUA hace a sus pilotos para disfrutar de la licencia invernal es general, no individualizada, configurando con ello un interés general no individualizado de naturaleza colectiva y no plural.

Pero es que además la competencia de los tribunales nacionales para el conocimiento de estas pretensiones puede resultar del juego de las reglas especiales en materia de contrato de trabajo⁹. Y es que el carácter alternativo de las reglas expuestas, que supone atribuir un derecho de opción entre el domicilio del demandado y los foros especiales para la materia laboral sólo está reconocido en el Reglamento 44/2001 al trabajador.

En cuanto a las reglas especiales por razón de la materia, en el Reglamento 44/2001 la regla general en materia contractual se localiza en el artículo 5, que hace una llamada a los tribunales del lugar donde haya sido o deba ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda, entendiendo en los casos de “prestación de servicios” que éste será el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubiesen sido o debiesen ser prestados los servicios. Ahora bien, esta regla general se concreta aun más para la contratación laboral, que, por lo pronto, se concentra en una sección específica, la quinta, que aglutina la traslación a los litigios laborales de todos los foros con las particularidades necesarias para la adecuada protección del trabajador (artículos 18, 19, 20 y 21)¹⁰.

En el ámbito del Reglamento, los foros especiales en razón de la materia sólo pueden ser alegados por el trabajador (lo que por las singulares condiciones de este pleito, debe entenderse extendido al sindicato que protege sus intereses). En este sentido, los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados por el trabajador ante los tribunales del Estado del lugar en el que desempeñare habitualmente su trabajo, del último lugar en que lo hubiese desempeñado, o del lugar en que estuviese o hubiese estado situado el establecimiento que le empleó si no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado (artículo 19)¹¹. Abanico de foros competenciales que no se ofrece, por contraste, al empresario que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 20.1º del Reglamento, sólo podrá demandar al trabajador ante el tribunal del Estado miembro en el que éste tuviese su domicilio¹², sin perjuicio, eso sí, del derecho que le asiste a reconvenir ante el tribunal en el que el trabajador hubiera presentado la demanda (artículo 20.2º).

(9) La existencia de competencias especiales no inhabilita la regla general del domicilio del demandado, en el bien entendido que los foros especiales y el domicilio del demandado conviven pacíficamente, mediante un sistema alternativo de funcionamiento, matizado en el Reglamento 44/2001.

(10) Vid. CALVO CARAVACA, A.L., “Artículo 17”, en *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, págs. 364-365; RODRÍGUEZ BENOT, A., “Algunos aspectos de la competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo: Derecho español y Convenios de Bruselas y Lugano”, *La Ley. Comunidades Europeas*, núm. 69, 1991, pág. 3; GUZMÁN ZAPATER, M., “El artículo 5.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y su interpretación jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *RIE*, vol.12, núm. 2, 1985, pág. 413.

(11) Sobre la relevancia del lugar en el que el trabajador ha establecido el centro efectivo de sus actividades cuando se quiere concretar cuál es el tribunal competente y el trabajador presta servicios en distintos Estados, puede verse la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 9 de enero de 1997, Asunto C-383/95, *Petrus Wilhelmus Rutten contra Cross Medical Ltd.*

(12) Ésta era una de las reivindicaciones de parte de la doctrina, ZÁBALO ESCUDERO, M.E., “Competencia judicial internacional en materia laboral en el Convenio de Bruselas”, en *VVAA, La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: Una reflexión preliminar española*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 237 y 238.

Competencia y ley aplicable en caso de cesión internacional de trabajadores

Así las cosas, la aplicación de estas reglas especiales llevará igualmente a la competencia de los tribunales españoles —competencia que, como se ha dicho, resulta ya en realidad del foro general del domicilio del demandando— tanto para los trabajadores nacionales como para los americanos. Para los primeros porque prestan habitualmente servicios en territorio nacional.

Más compleja podría resultar esta competencia en el caso de los trabajadores americanos. Sin embargo, la solución es la ya expuesta para los nacionales, toda vez que en la realidad de la literalidad de los términos parece deducirse la contratación de estos trabajadores para ser enviados a territorio español, sin que, al contrario de lo que ocurre con los pilotos contratados por FUA, en este otro caso parezca existir un contrato con RYAN por el que se presten habitualmente servicios en territorio americano y excepcionalmente en territorio español. En el acuerdo de colaboración entre ambas empresas se dice que RYAN empleará tanto personal como esporádicamente se acuerde entre las partes, para prestar servicios en nombre de FUA en sus operaciones europeas. Esta “contratación para la cesión” supone que la prestación habitual de servicios de estos trabajadores transcurra en territorio español. Y, en todo caso, la competencia de los jueces nacionales viene dada también para estos trabajadores por el foro general del domicilio del demandado.

C) Incompetencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda contra la empresa americana

La solución ha de ser distinta para las pretensiones ejercitadas contra la empresa americana, a la que no puede aplicarse el Reglamento por tener su domicilio fuera de la Comunidad Europea. Esta exclusión nos obliga, como ya se ha dicho, a buscar en los fueros especiales de competencia en materia de contrato de trabajo, enumerados en el artículo 25.1º LOPJ, la regla competencial aplicable. Este precepto contiene cinco fueros especiales, que funcionan de forma alternativa, no existiendo entre ellos relación de jerarquía o preferencia alguna, de manera que el juez español puede arrogarse competencia por la concurrencia de cualquiera de las circunstancias que enumeraremos¹³. Así, conforme a este precepto, podrán conocer

**EN EL ÁMBITO
DEL REGLAMENTO,
LOS FOROS ESPECIALES
EN RAZÓN DE
LA MATERIA SÓLO PUEDEN
SER ALEGADOS
POR EL TRABAJADOR**

(13) RIVAS VALLEJO, M.P., “Competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo (I)”, REDT, núm. 71, 1995, pág. 552.

los tribunales españoles del pleito interpuesto cuando: la prestación de los servicios haya tenido lugar en territorio nacional; el contrato se haya celebrado en territorio español; el demandando tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española (cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios, o de celebración del contrato), y en el contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.

De los foros expuestos sólo puede servir al supuesto que nos ocupa el primero. El juez español puede declararse competente para el conocimiento de los litigios que traigan su causa en una prestación laboral de servicios desarrollada en España, con independencia de la nacionalidad de las partes¹⁴ y de su domicilio. Con esta llamada al *locus laboris* se garantiza la conexión del asunto con el territorio nacional, y en buena medida la coincidencia entre el foro y el *ius*¹⁵. Pues bien, en el actual proceso esta regla no puede servir para declarar la competencia de los tribunales españoles respecto de la pretensión ejercitada contra la empresa americana por los trabajadores españoles desplazados a territorio norteamericano. En este caso, el servicio litigioso se llevará a cabo en territorio extranjero, las partes no estarán obligadas contractualmente (recordemos que el contrato que tienen los trabajadores nacionales les vincula con la empresa española), y la empresa demandada está domiciliada en EEUU, sin tener en territorio nacional una sucursal, agencia o delegación.

Pero es que en realidad tampoco sirve, como sostiene la Sala, para declarar la competencia de los tribunales españoles respecto de los trabajadores americanos, porque aunque en este caso la prestación de servicios litigiosa acontece en territorio nacional, esa prestación no se realiza a favor de la empresa americana sino de la española.

No son, por lo tanto, competentes los tribunales españoles para conocer de la demanda contra la empresa RYAN tanto respecto a los trabajadores nacionales como respecto a los americanos.

Esta solución supone escindir el enjuiciamiento de la cesión como fenómeno complejo, aunque unitario en la medida en que de las dos implicaciones de la cesión: las que derivan para el cedente y para el cesionario corresponderían a jurisdicciones distintas. Pero esta ruptura resulta de la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional que obligan a los tribunales españoles, y también de la imposibilidad de acumular acciones que no corresponden al mismo tribunal (artículo 71.1.1º de la LEC).

(14) Los tribunales no siempre lo han entendido bien, así en la STSJ de Madrid de 20 de abril de 1998 (AS.1394), se dice que no tienen competencia los Tribunales españoles en un litigio entre partes extranjeras, aunque los servicios se presten en España. Probablemente se trata de una intolerable bilateralización del criterio de la coincidente nacionalidad de las partes.

(15) GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., "Liens entre compétence judiciaire et compétence législative", RCADI, núm. 156, 1977, pág. 334.

III. LOS PROBLEMAS DE LA LEY APLICABLE AL LITIGIO

Ya se ha dicho que en realidad el planteamiento del pleito como una demanda de conflicto colectivo no puede ser óbice para valorar la innegable vinculación con el contrato de trabajo. Tal es así que a la hora de determinar la norma aplicable al litigio debe estarse a las normas de conflicto en materia de contrato de trabajo. En esta materia, en la elección de la ley aplicable al contrato el juez español, como correctamente señala la Sala, ha de tener en cuenta las previsiones de dos sistemas: el convencional-europeo, contenido en el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las relaciones contractuales (en adelante, CR), y el autónomo, localizado en el artículo 10.6 CC y en el artículo 1.4º ET. La entrada de las normas de derecho autónomo sólo será posible en la medida en que el CR no resulte aplicable.

El CR fija reglas de conflicto *uniformes* (todos los Estados miembros que conozcan del litigio aplicarán las mismas normas), como sucedía con las de competencia judicial internacional del CB, y sucede hoy con las recuperadas y remozadas en el Reglamento 44/2001. Uniformidad que además responde a un intento por hacer coincidir el foro (concretado por las normas europeas de competencia judicial internacional) y el *ius* (al que nos lleva el CR)¹⁶. Temporalmente el CR se aplica en nuestro territorio a los litigios que se refieran a contratos celebrados con posterioridad al 1 de septiembre de 1993, lo que garantiza la aplicación —al menos desde la perspectiva temporal— al supuesto que nos ocupa.

Materialmente, el Convenio se aplica a las obligaciones contractuales en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes (artículo 1)¹⁷, entre las que expresamente se incluyen las relaciones laborales (artículo 6). Y desde el punto de vista espacial, se trata de un Convenio *erga omnes*, de manera que la ley a la que nos remitan sus normas de conflicto será de aplicación aunque no pertenezca a un Estado parte del CR (artículo 2).

Por lo demás, las normas de conflicto del CR responden a tres principios elementales, a saber: el principio de proximidad, que procura el mayor acercamiento posible del asunto al *ius* (que los hechos sean juzgados conforme al ordenamiento jurídico con el que mantengan los vínculos más estrechos); el de autonomía de la voluntad, que remite a las partes la elección de la ley rectora del contrato (principio cardinal en materia contractual), y el de protección de la parte más débil de la relación contractual (consumidores y trabajadores)¹⁸. A ellos debe sumarse el principio de solidaridad, hasta el momento sólo reconocido por la doctrina judicial y arbitral, que consiste en ofrecer al juez del foro la posibilidad de invocar normas imperativas de terceros Estados.

(16) Ello explica la consideración del CR como la “prolongación natural” del CB.

(17) El propio CR deja fuera de su radio de acción el estado civil y la capacidad de las personas físicas; el Derecho patrimonial de familia (testamentos, sucesiones, regímenes matrimoniales, contratos referentes a una obligación de dar alimentos); las obligaciones derivadas de instrumentos negociables (letras de cambio, cheques, pagarés); el Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas; los compromisos, los convenios de arbitraje y de elección de foro; los trusts; la prueba y el proceso.

(18) Vid. PARRA RODRÍGUEZ, C., *El nuevo Derecho Internacional de los contratos*, JM Bosch, Barcelona, 2001, págs. 401 y ss.

En todo caso, el juego de los tres principios enunciados da como resultado el que en primer término sean las partes las que decidan qué norma regulará sus relaciones (autonomía de la voluntad), entrando las reglas del CR (que llevan a la ley más próxima) en defecto de elección y como mecanismo singular de protección del trabajador¹⁹.

Como en el presente litigio no consta que las partes hayan elegido ley rectora de sus contratos, procederá la aplicación de la ley objetivamente aplicable por su mayor proximidad al negocio jurídico.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2º CR, la legislación del lugar de prestación habitual de servicios será la ley objetivamente aplicable al contrato en primer término, entendiendo por “lugar de prestación habitual de servicios”. Esta norma será la aplicable aunque temporalmente el trabajador sea desplazado a un Estado diferente.

A la hora de focalizar el lugar de prestación habitual, debe tenerse en cuenta que la habitualidad no resulta de la contraposición a la temporalidad, en el sentido de exigir que el contrato de trabajo nazca con vocación de permanencia, antes al contrario, puede servir igualmente cuando la prestación de servicios acaezca o haya acaecido en varios Estados siempre que uno de ellos merezca la consideración de lugar de prestación habitual. A tal efecto, puede considerarse, como viene señalando la jurisprudencia, lugar de prestación habitual, por ejemplo, aquel en el que se concentra la porción más importante en el quantum total del contrato (donde se localice la mayor porción de tiempo trabajado)²⁰; el lugar en el que el trabajador tenga instalado su “centro de operaciones”²¹, o el lugar en el que “el trabajador cumpla principalmente sus obligaciones con respecto de la empresa”, es decir, donde desarrolle la parte neurálgica o más importante de su actividad retribuida²².

En segundo lugar, el artículo 6 CR alude al “país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador” para el supuesto en el que no sea posible localizar en un único Estado el lugar de prestación habitual. A esta tesis coadyuva la redacción del propio precepto en el que se dice “(...) o si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador”. Es, por ende, necesario para que sea la ley del lugar de contratación la rectora del contrato que el trabajador no desarrolle su trabajo habitualmente en un mismo país, lo que no tiene que acontecer siempre que la prestación de servicios se produzca en más de un territorio.

(19) En general sobre la ley aplicable en defecto de elección y en especial sobre las previsiones de reforma que contiene el Libro Verde (considerablemente criticadas), CARRILLO POZO, L., “La Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 74, 2004, págs. 11-46, especialmente págs. 39-46.

(20) Vid. STJCE de 27 de febrero de 2002, asunto Herbert Weber v. Universal Ogden Services Ltd (C-37/00).

(21) STJCE de 13 de julio de 1993, asunto Mulox IBC Limited/Hendrick Geels, (C-125/92) (en el territorio en el que había instalado su despacho, desde el que actuaba).

(22) Así se advierte en la STJCE de 13 de julio de 1993, asunto Mulox IBC Limited/Hendrick Geels, (C-125/92).

Competencia y ley aplicable en caso de cesión internacional de trabajadores

Así, el juego de la regla analizada *ut supra* –lugar de prestación habitual de servicios– y la ahora comentada –lugar de contratación– no es alternativo, antes al contrario, la ley rectora del contrato en defecto de elección de las partes es la ley de prestación habitual de servicios, y sólo si es imposible localizar éste porque el trabajador preste servicios en el territorio de varios Estados (sin que ninguno de ellos sea el de prestación habitual), la ley rectora del vínculo será la del lugar de contratación.

Por último, la localización de la ley aplicable al contrato de trabajo conforme a las reglas expuestas –lugar de prestación habitual de servicios y lugar de contratación– se excepciona en los casos en los que, a la luz de las circunstancias, existe otro lugar con el que el asunto presenta vínculos más estrechos.

En todo caso, en el pleito resuelto por la sentencia ahora comentada, huelga señalar que la regla aplicable es la primera: lugar de prestación habitual, regla que nos lleva en todo caso a la normativa española. En efecto, en cuanto a la pretensión de los trabajadores españoles que prestan servicios en territorio americano como consecuencia de la cesión temporal, debe recordarse que aunque la prestación de servicios litigiosa se produce en EEUU, el trabajo se presta “habitualmente” en España, resultando por ende aplicable al contrato de trabajo y por tanto también a la posible cesión ilegal, la normativa española.

Por su parte, en cuanto a los pilotos americanos que prestan servicios en territorio nacional (en lo que afecta a la empresa española porque para la demanda contra la empresa americana la Sala ya se ha declarado incompetente), la norma aplicable podría depender, en principio, de la fórmula contractual empleada. En efecto, si se procede a la contratación de los trabajadores con el único fin de que presten servicios en territorio español, la norma aplicable será la española porque será España el lugar de prestación habitual (en su condición de único lugar de prestación efectiva). Y conviene recordar, como lo hace la Sala, que en los hechos probados de la sentencia recurrida se sostiene que el contrato entre las demandadas consiste en que RYAN empleará –en futuro y quizá con la acepción de contratará– tanto personal como esporádicamente se acuerde. Parece, así, que se trata de una contratación *ad hoc* para prestar servicios en España.

Pero es que incluso aunque esto no fuese así, y los pilotos pres-tasen servicios en territorio americano y ocasionalmente en

**EN PRIMER TÉRMINO,
SERÁN LAS PARTES
LAS QUE DECIDAN QUÉ
NORMA REGULARÁ SUS
RELACIONES EN VIRTUD
DEL PRINCIPIO
DE AUTONOMÍA
DE LA VOLUNTAD**

territorio español, la norma aplicable continuaría siendo la española, como acertadamente señalada la Sala²³. No en vano, la actual doctrina del Tribunal Constitucional sobre el efecto de la falta de alegación y prueba del derecho extranjero es la aplicación del derecho nacional, y en este caso el derecho estadounidense no ha sido ni alegado ni probado²⁴.

La Sala, sin duda, con acierto, deja claro que acata esta doctrina aunque sin compartirla, y es que dejar en manos de las partes la responsabilidad de alegar y probar el derecho extranjero puede derivar en la desvirtualización de los mandatos de las leyes de conflicto estudiadas, por imposibilitar en su caso la aplicación de la norma a la que éstas pudieran remitir. Precisamente por ello parte de la doctrina se muestra partidaria de la apreciación y aplicación de oficio del derecho extranjero si se considera que es el aplicable con independencia de la actitud de las partes²⁵. Y es que esta entrada supletoria del derecho nacional carece de respaldo legal, no existe una norma positiva en nuestro sistema que así lo prevea²⁶. Se basa en la aplicación residual del derecho interno (la ley española) como *lex fori* para evitar la desestimación de la demanda²⁷. Entendiendo esta jurisprudencia que la opción contraria, inadmitir la demanda o desestimar la pretensión, conllevaría una intolerable denegación de la justicia²⁸.

(23) En nuestro ordenamiento rige el principio de que las partes deben acreditar el derecho extranjero alegado, pesando sobre ellas la carga de probar su contenido y vigencia si lo invocan (de igual modo que los hechos), pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación (artículo 281 LEC). Principio que también se contenía en el artículo 12.6º CC, derogado por la Disposición Derogatoria Única.2.º 1 de la LEC. Si bien la dición de la norma no es exactamente la misma, la LEC dice hoy "1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso. 2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación". El artículo 12.6º CC, por su parte, disponía que "La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas".

(24) El Tribunal Supremo viene insistiendo en que la ley extranjera, como hecho, debe ser alegada y probada por la parte que la invoca. SSTs de 1 de febrero de 1934 (Ar. 227), de 4 de diciembre de 1935 (Ar. 2312) y de 9 de enero de 1936 (Ar. 49), y de la Sala de lo Social de 10 de diciembre de 1990 (Ar. 9762).

(25) En este sentido, ABARCA JUNCO, A.P. y GÓMEZ JENE, M., "Alegación y prueba del derecho extranjero en el procedimiento laboral: A propósito de la STS (Sala de lo Social) de 22 de mayo de 2001", REDT, núm. 119, 2003; LEQUETTE, Y., "L'abandon de la jurisprudence Bisbal", Rev. Crit. Dr. Int. Pr., 1989, pág. 318; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., "Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español", RL, tomo I, 1996, págs. 1355 y 356. En contra de esta solución, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 55.

(26) De hecho, aunque tradicionalmente se había venido exigiendo además una prueba plena del contenido y vigencia de los preceptos –sin bastar la cita aislada de los artículos de Códigos extranjeros–, e incluso en ocasiones su exégesis. En los últimos tiempos el Tribunal Constitucional ha relajado esta exigencia probatoria, y en la STC 172/2004, de 18 de octubre, se admite para dar entrada al derecho extranjero la simple aportación de algunos documentos relativos a la ley aplicable, sin precisión clara de los preceptos concretos de aplicación al asunto. Un comentario a esta sentencia en CARRILLO POZO, L.F., "Alegación y prueba por el demandado de la ley extranjera aplicable: Ausencia de violación del derecho a la tutela judicial efectiva por la negativa a aplicar Derecho español", en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social* (2004), Civitas, Navarra, 2005, págs. 345-361.

(27) SSTs de 11 de mayo de 1989 (Ar. 3758), de 21 de junio de 1989 (Ar. 4771), de 23 de marzo de 1994 (Ar. 2167), de 25 de enero de 1999 (Ar. 321), de 5 de junio de 2000 (Ar. 5094) y de 13 de diciembre de 2000 (Ar. 10439), y de la Sala de lo Social de 7 de noviembre de 1989 (Ar. 8015), de 16 de marzo de 1999 (Ar. 4411), de 13 de diciembre de 2000 (Ar. 10439).

(28) En este sentido, SSTs de la Sala de lo Civil de 11 de mayo de 1989 (Ar. 3758), de 23 de marzo de 1994 (Ar. 2167), de 13 de diciembre de 2000 (Ar. 10439), de 5 de marzo de 2002 (Ar. 4085), y STC 155/2001, de 2 de julio.

Competencia y ley aplicable en caso de cesión internacional de trabajadores

En todo caso, el acatamiento de la jurisprudencia aún vigente sobre el efecto de la falta de prueba del derecho extranjero, supone en este caso la aplicación de la normativa española también a la cesión de pilotos americanos para prestar servicios en territorio nacional, sea cual sea la fórmula contractual empleada al efecto.

IV. SOBRE LA CESIÓN DE LOS TRABAJADORES

Aunque no es el objetivo fundamental de este comentario, conviene ponerle fin recordando la solución que la Sala da al fondo del asunto, esto es: a la existencia o no de cesión ilegal de trabajadores en la comentada práctica empresarial de FUA²⁹. A efectos de llegar a una conclusión al respecto, el Tribunal comienza distinguiendo entre la situación de los trabajadores de FUA en situación de licencia invernal que prestan temporalmente servicios en EEUU, y la de los pilotos americanos que son “empleados” para prestar servicios en territorio nacional.

Respecto a los primeros la sentencia recurrida había rechazado la existencia de cesión ilegal aseverando que el envío a EEUU convenía a los propios pilotos, que de ello se deducía la anuencia tácita de los representantes sindicales, y que los trabajadores no eran contratados para ser cedidos, al prestar servicios para la empresa demandada en territorio nacional el resto del tiempo. El Tribunal Supremo descarta que estos argumentos tengan peso suficiente para excluir la existencia de cesión. Razona la Sala, en este sentido, que la mayor o menor conveniencia que pueda tener la medida para los pilotos no exime del cumplimiento de una norma imperativa, pudiendo únicamente justificar el hecho de que el afectado adopte o no medidas legales contra la empresa. Debiendo aplicarse similar razonamiento para descartar la suficiencia de la connivencia sindical.

Descartado con ello el desplazamiento de la regla de derecho necesario contenida en artículo 43 ET, recuerda la Sala que este precepto aunque se refiere literalmente a la contratación de trabajadores para cederlos, debe ser entendido no en el sentido de que resulte necesario que el personal se contrate ya inicialmente con la finalidad de ser cedido. Antes al contrario, basta con que se produzca un fenómeno interpositorio conforme al cual aparece en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, para que nos encontremos ante una cesión.

El ámbito de la cesión del artículo 43 ET es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas³⁰, e incluye en general los supuestos de interposición en el contrato de trabajo. Lo que persigue esta norma no es otra cosa que la relación laboral real coincida

(29) Nótese que sobre la demanda contra la empresa americana la Sala se declara, por las razones ya vistas, incompetente.

(30) Vid. SSTs de 16 de junio de 2003 (Ar. 7092), 3 de octubre de 2005 (Ar. 7333) y 5 de diciembre de 2005 (Ar. 2676). Como se advierte en estas sentencias “La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios –el real y el formal– para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador, y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal”.

con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden³¹.

Es por ello necesario distinguir, por tanto, dos fenómenos distintos de cesión, a saber: la cesión fraudulenta en las que el cedente es un empresario ficticio y las cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente³². Esta distinción permite a la Sala concluir que en el caso de los trabajadores españoles que prestan temporalmente servicios para RYAN no hay un fenómeno interpositivo porque las partes no persiguen ocultar la posición empresarial real de quien percibe la prestación de servicios. No queda acreditado que RYAN no incorpore a su plantilla a este personal durante la vigencia del servicio, de hecho FUA sigue abonando el salario base, corriendo el resto de la retribución a cargo de RYAN, que asume por tanto una posición empresarial. Concluye, así, la Sala entendiendo que en este caso se trata de una suspensión atípica del contrato de trabajo, que no parece esconder una conducta fraudulenta.

Pero no le merece la misma consideración la cesión que afecta al personal americano que es contratado por RYAN para prestar servicios para FUA. En este caso, como se ha venido diciendo a lo largo de este comentario, el término contractual no parece dejar ningún margen para la duda: “RYAN empleará tanto personal como esporádicamente se acuerde (...)”, y una vez empleados quedarán bajo el mando, dirección y control de FUA, supereditados a las instrucciones diarias, agenda y dirección de ésta. Estos trabajadores sí son contratados para ser cedidos, y aunque la prestación la recibe FUA, es RYAN quien sigue apareciendo como empresario a efectos del pago de salarios y Seguridad Social. Aparece como empresario durante el período de prestación de trabajo para FUA alguien que no es empresario real en ese período y ello permite apreciar la cesión ilícita.

Por lo demás, declara la Sala fuera del radio de acción del proceso de conflicto colectivo la pretensión de que se haga un reconocimiento de los derechos de los trabajadores cedidos en orden a la opción prevista en el artículo 43 ET.

(31) Sobre la evolución de la jurisprudencia en este sentido, desde las Sentencias de 18 de marzo de 1994 (Ar. 2548), y de 21 de marzo de 1997 (Ar. 2612), hasta las de 14 de septiembre de 2001 (Ar. 258 de 2002), 17 de enero de 2002 (Ar. 3755), 16 de junio de 2003 (Ar. 7092), 3 de octubre de 2005 (Ar. 7333) y 5 de diciembre de 2005 (Ar. 2676).

(32) SSTs de 3 de octubre de 2005 (Ar. 7333) y de 17 de abril de 2007 (Ar. 3173).

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Ley o reglamento aplicable. A) Principio de especialidad. B) Aplicación de las normas en el tiempo. **2. Convenio colectivo aplicable.** A) Sucesión de convenios. B) Aplicación del convenio correspondiente a la actividad principal de la empresa. C) Imposibilidad de que la autonomía individual determine el convenio aplicable. **3. Posición del convenio colectivo en el ordenamiento.** A) Sometimiento del convenio al principio de jerarquía normativa. B) Aplicación del convenio en virtud del principio de norma más favorable. C) El convenio colectivo como fuente del derecho con capacidad innovativa: límites. **4. Otros instrumentos de regulación colectiva laboral.** A) Sobre el alcance de las competencias de las Comisiones paritarias. B) Convenios colectivos extraestatutarios: materias prohibidas. **5. Valor del contrato y los pactos y decisiones individuales.** A) Condición más beneficiosa. B) Sobre el valor liberatorio del finiquito. C) Imposibilidad de que la autonomía individual determine el convenio aplicable. D) Prohibición de que la autonomía privada altere la fecha de vacaciones determinada por convenio, incluso en supuestos de incapacidad temporal. E) Pactos individuales en masa, derechos indisponibles y libertad sindical. F) Autonomía de la voluntad y relación especial de alta dirección. G) Autonomía de la voluntad y principio de igualdad y no discriminación. **6. 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 5 a 8 de 2007 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 734 a I.L. J 1241).

1. LEY O REGLAMENTO APLICABLE

A) Principio de especialidad

Como es conocido, el principio de especialidad es un criterio de articulación de normas en cuya virtud, concurrente una norma general y una norma específica en la regulación de una determinada materia, debe darse aplicación a ésta, en detrimento de aquélla (sin que ello suponga, por supuesto, derogación de la norma que resulta postergada, sino simplemente desplazamiento en la aplicación o inhibición de sus efectos). Aunque no lo diga expresamente, éste es precisamente el principio que utiliza la **STSJ de 17 de enero de 2007**, I.L. J 1173, en cuya virtud se determina que la facultad de exclusión del socio de una sociedad cooperativa por las causas legalmente previstas no está prescrita, toda vez que no resulta de aplicación el artículo 60.2 del ET, que establece un plazo de 60 días (norma general), sino lo que establece la normativa aplicable a la Sociedad Cooperativa, y concretamente el plazo de tres meses, según el artículo 41 de la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (norma especial).

B) Aplicación de las normas en el tiempo

A propósito de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial debida a indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, que como se sabe ha sido modificada por el RD-Ley 5/2006, de 9 de junio, extendiendo su responsabilidad en relación a indemnizaciones reconocidas por conciliación judicial (antes sólo respondía por indemnizaciones reconocidas por sentencia o resolución administrativa), resuelve la **STSJ de Andalucía de 30 de enero de 2007**, I.L. J 1165, dando aplicación al criterio *tempus regit factum*, que, en defecto de previsión de aplicación retroactiva por la norma derogatoria posterior, procede aplicar la norma según la redacción vigente en el momento en que se produce el hecho causante de la prestación del FOGASA. Así pues, como la solicitud de las indemnizaciones al FOGASA se ha hecho antes de la entrada en vigor del RD-Ley 5/2006, ha de aplicarse la norma en su redacción anterior a esta fecha, que no reconocía que el FOGASA respondiera por las indemnizaciones establecidas en virtud de conciliación judicial. Así lo dispone con toda claridad la Disposición Transitoria Cuarta del RD-Ley 5/2006, según la cual “las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial que se establecen en la nueva redacción del artículo 33 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores serán aplicables a las solicitudes de prestaciones que se presenten a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley”, es decir, el día 15 de junio de 2006.

2. CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

A) Sucesión de convenios

A propósito de los trabajadores de una empresa que habían venido cobrando un plus de trabajo en sábados, domingos y festivos cuando desempeñaban su actividad laboral en

I. Fuentes del Derecho

días de puente, porque así constaba en un acuerdo firmado entre los representantes de los trabajadores y la empresa, resuelve la STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2007, I.L. J 864, que ese complemento debe continuar percibiéndose aun cuando los Convenios Colectivos aprobados ulteriormente hayan regulado el referido plus limitando su devengo a los sábados, domingos y festivos trabajados, sin incluir expresamente los días de puente. Según la sentencia, sucede así, en primer lugar, porque la regulación del referido plus en los nuevos convenios no excluye expresamente su abono en los días de puente, de modo que no puede entenderse que es su voluntad derogar el compromiso que había sido asumido en el acuerdo de empresa anterior. El texto de los nuevos convenios —dice la sentencia— “no contiene una regulación singular de la forma de remunerar el trabajo en los días de ajuste o puente, lo cual ratifica la idea de que los negociadores del convenio no quisieron derogar el acuerdo anterior de 18 de diciembre de 1990”, que reconocía el abono en tales casos.

El mantenimiento del derecho de los trabajadores a cobrar el complemento de trabajo en sábados, festivos y fines de semana por trabajo realizado en días de puente debe mantenerse además, dice la sentencia, por otra razón: que durante la vigencia de los nuevos convenios, que pretendidamente expresarían una voluntad de suprimir el abono del referido complemento en situaciones de trabajo en días de puente, la empresa ha continuado pagando el complemento cuando se trabajaba precisamente en puentes. “Nada más elocuente —dice la sentencia— que el hecho de que tras la firma de los nuevos convenios se siguiera cumpliendo lo pactado diez años antes (en el acuerdo de empresa de 1990), al menos en el marco de una pauta interpretativa clásica en nuestro ordenamiento como es la de ver la conducta inmediata posterior de las partes (en este caso las que firmaron los convenios colectivos que presuntamente habrían suprimido el abono del plus en días de puente) como elemento identificador de su común intención al contratar (artículo 1281 CC), que es criterio prioritario en la determinación de lo pactado”.

La sentencia precisa en todo caso que el derecho de los trabajadores a cobrar el plus dimana del acuerdo colectivo de 1990, cuya vigencia subsiste en este punto, y no de una condición unilateralmente reconocida por la empresa a los trabajadores afectados por este conflicto. “Claro es que —dice la sentencia— este reconocimiento unilateral se habría dado si en verdad los convenios posteriores hubieran dejado sin efecto el pacto de 1990, a tenor de la misma conducta empresarial seguida bajo la vigencia de tales convenios, consistente en pagar el plus litigioso a los trabajadores que prestaban servicio en días de puente o de ajuste, ya que su abono únicamente podría imputarse a una voluntad empresarial de otorgamiento de una mejor condición laboral a los trabajadores de la empresa que hasta entonces se beneficiaban de ello con título en el acuerdo en cuestión; voluntad que se hizo sin sujeción a condición o tiempo y que, en la medida en la que los trabajadores la recibieron pacíficamente, habría entrañado un acuerdo tácito de voluntad con similar efecto al que deriva del pacto de 1990, conforme dice la jurisprudencia”.

B) Aplicación del convenio correspondiente a la actividad principal de la empresa

Trata la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 15 de febrero de 2007, I.L. J 938, de un trabajador que habiendo venido prestando servicios para una empresa de transportes, solicita,

entre otras cosas, que su indemnización de despido se calcule con base en el salario que estipula el Convenio Colectivo de actividades conexas de comercio de la construcción y no el Convenio de transportes de mercancías por carretera. La sentencia dice que esto no es posible, y no ya porque en el contrato suscrito por el trabajador constara expresamente que era de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo de transporte de mercancías por carretera –después de todo la determinación del campo de aplicación de los convenios, como normas que son, no puede quedar en manos de empresarios y trabajadores–, sino porque, como ya ha aclarado la STS de 29 de enero de 2002, “para la determinación de cuál es el convenio aplicable a la empresa y a sus asalariados ha de seguirse el criterio en pro de la actividad real preponderante de la mercantil”, de modo que, como en este caso, la empresa es ante todo una sociedad de transportes, es el Convenio Colectivo de transportes el que debe aplicarse, “sin que se pueda aplicar a un trabajador lo que más le beneficie de cada Convenio, sino la regulación completa de uno de ellos” (no se admite el espiguo en nuestro derecho).

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de enero de 2007**, I.L. J 1190, entiende por su parte, en el caso de una empresa sin convenio propio, que nada impide aplicar simultáneamente en ésta la pluralidad de convenios sectoriales que determine el distinto tipo de actividades desempeñadas en la empresa, cuando desempeñe pluriactividad, y que en tal caso el convenio aplicable a cada trabajador será aquel cuyo ámbito de aplicación se corresponda mejor con las actividades desempeñadas.

C) Imposibilidad de que la autonomía individual determine el convenio aplicable

La **STSJ de Valencia de 22 de febrero de 2007**, I.L. J 898, en un caso en que estaba en cuestión el convenio colectivo aplicable cuando se trataba de calcular los derechos económicos de un trabajador, resuelve que debe estarse a criterios objetivos, y no a lo que las partes estipulen en su contrato. Dice la sentencia que “ni el trabajador ni la mercantil demandada pueden disponer de la aplicación de un convenio colectivo diferente al que corresponde a su ámbito de aplicación, ya que tales convenios obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito y durante todo el tiempo de su vigencia, quedando dichos sujetos bajo la esfera de su completa regulación, pues el convenio como fuente de derecho tiene reconocida su fuerza vinculante, con el doble efecto normativo y obligacional, ostentando dicha fuerza vinculante *erga omnes*, es decir, obligando a todos dentro de sus ámbitos subjetivo, funcional, territorial y temporal de aplicación, y sin posibilidad de exclusión por un contrato individual que remita a un convenio colectivo no aplicable a la propia actividad reconocida como ejercida por la empresa”. Las partes del contrato de trabajo “no pueden determinar con fundamento en su autonomía individual el marco normativo regulador de la relación de trabajo (...), pueden convenir la mejora de las condiciones que deban regir la relación de trabajo que concierten, pero con sujeción al marco normativo aplicable de conformidad con el contenido de la prestación laboral concertada, no siendo posible (...) elegir o seleccionar el marco normativo regulador de la relación de trabajo que conciertan, que les viene impuesto por las normas jurídicas”.

3. POSICIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO EN EL ORDENAMIENTO

A) Sometimiento del convenio al principio de jerarquía normativa

No es lícito, según la STS de 7 de junio de 2007, I.L. J 1121, que el convenio colectivo establezca regulaciones contrarias a lo dispuesto por normas imperativas y convenios internacionales. En el caso de un convenio colectivo —el XV CC de Iberia LAE y su personal de tierra— que, al regular la clasificación profesional, creaba un grupo profesional —concretamente, el de Técnicos de Mantenimiento de Aeronaves—, dando cabida en éste no sólo a los trabajadores que tenían licencia habilitante para desempeñar tales funciones (de acuerdo con lo que establece el RD 284/2002, de 22 de marzo, por el que se determinan las condiciones para el ejercicio de las funciones de los Técnicos de Mantenimiento y Personal Certificador de Mantenimiento de las Aeronaves Civiles), sino también a determinados trabajadores que carecían de licencia habilitante, resuelve la sentencia que nos ocupa que tales previsiones convencionales son nulas.

La de los Técnicos de Mantenimiento de Aeronaves es, por obvias razones de seguridad, una profesión reglada, que requiere para su ejercicio cumplir las exigencias —particularmente la de tener una licencia habilitante— a las que se refiere el RD 284/2002, de 22 de marzo, razón por la que es lógico que no se permita que un convenio colectivo cree con la nomenclatura de Técnicos de Mantenimiento de Aeronaves un grupo profesional en el que queden incluidos también quienes no lo son conforme al citado reglamento por no ostentar la licencia habilitante requerida a tales efectos.

Dice concretamente la sentencia que “si el RD 284/2002 permitiera la existencia de técnicos de aeronaves con licencia y de técnico de aeronaves sin licencia nada impediría que el Convenio Colectivo y los preceptos precitados se estimaran adecuados a derecho; pero ello no es así pues en el artículo 2 define la licencia como título habilitante para el desempeño de las funciones de técnico de mantenimiento de aeronaves civiles, de donde se desprende que dicho Real Decreto no acepta la posibilidad de que existan técnicos de mantenimiento de aeronaves sin licencia, o, lo que es igual, que el *nomen* de técnico de mantenimiento de aeronaves lo reserva para quienes tengan la licencia correspondiente. Es, por lo tanto, a partir de esta constatación —sigue la sentencia— como debe estimarse que el Convenio Colectivo cuando da ese nombre a técnicos carentes de ese título está incumpliendo aquellas normas reguladoras de esta profesión. Es cierto a tal efecto que el artículo 22 del ET habilita a los negociadores de un Convenio para regular con entera libertad la constitución de los grupos profesionales, pero no es menos cierto que en ello como en todo, deben respetar las normas imperativas como dispone con carácter general el artículo 85.1 del propio ET, por ello, si existe una norma de desarrollo de un Convenio Internacional que dispone quiénes pueden ostentar la condición de técnicos de mantenimiento de aeronaves, no puede aceptarse que en un Convenio Colectivo se desfigure esa denominación para atribuírsele a otro tipo de profesionales”.

B) Aplicación del convenio en virtud del principio de norma más favorable

En relación al derecho a optar entre la readmisión o la indemnización en los casos de despido declarado improcedente, dice la STS de 21 de junio de 2007, I.L. J 1123, que

tal derecho de opción corresponde al trabajador cuando aquélla le haya sido reconocida a éste por convenio colectivo. Dice la sentencia que el otorgamiento al trabajador del derecho a optar entre ser readmitido o indemnizado “está dentro del ámbito de regulación que es propio de la negociación colectiva, y se ajusta a las relaciones que entre Ley y Convenio Colectivo establece el artículo 3.3 del ET , pues se trata de una norma más favorable para el trabajador que respeta los mínimos de Derecho necesario contenidos en la Ley. En efecto, la regulación contenida en los artículos 56 del ET y 110 LPL tiene carácter de Derecho necesario relativo, que –como tal– puede ser mejorado por la autonomía colectiva. No se trata de Derecho necesario absoluto, de un lado, porque son reglas de carácter sustantivo (se ubican en el ET), aun a pesar de haberse incorporado también a un texto de naturaleza procesal (artículo 110 LPL); y, de otra parte, porque si por norma legal el empresario puede optar por cualquiera de los términos de la opción, no se aprecia inconveniente en que pueda hacerlo de forma genérica y previa a través de la negociación con los representantes de los trabajadores (STS de 11 de marzo de 1997 –rec. 3967/1996–). La sentencia precisa además que el derecho se mantiene tratándose de Administraciones Públicas (SSTS de 12 de julio de 1994 –rec. 121/1994–; 24 de noviembre de 1995 –rec. 568/1995–; 30 de septiembre de 1996 –rec. 83/1996–; 20 de marzo de 1997 –rec. 3305/1996–; 11 de mayo de 1999 –rec. 2279/1998–; 25 de mayo de 1999 –rec. 4086/1998–; 21 de septiembre de 1999 –rec. 8213/1999–; 26 de diciembre de 2000 –rec. 61/2000–, y 05 de octubre de 2001 –rec. 3267/2000–. El ATS 16 de junio de 1998 –rec. 2860/1997– considera falto de contenido casacional el recurso que ignora tal doctrina). Y con mayor motivo cuando –como se dice en STS de 26 de diciembre de 2000 –rec. 61/2000– no cabe olvidar que aunque se trate de un claro beneficio para el trabajador, éste se pactó en un conjunto indisoluble de derechos y obligaciones que probablemente tuvo sus contrapartidas en otros aspectos del pacto para los trabajadores afectados”.

C) El convenio colectivo como fuente del derecho con capacidad innovativa: límites

Dice la STS de 5 de julio de 2007, I.L. J 1082, que el convenio colectivo, no resultando contrario a lo dispuesto en la Constitución ni a las exigencias legales y reglamentarias, es decir, a las normas jerárquicamente superiores, tiene capacidad para innovar por sí mismo el ordenamiento jurídico, pudiendo establecer regulaciones distintas a las normas a las que está sometido (a diferencia de lo que sucede en el caso del reglamento, como es sabido). En el caso de un convenio que establecía una indemnización superior a la legalmente establecida para las situaciones de extinción del contrato en virtud de expediente de regulación de empleo –es decir, por despido colectivo, con fundamento en el artículo 51 del ET–, pero no en los casos en que la extinción se produjera por las mismas causas –económicas, técnicas, organizativas o de producción– pero en virtud de despido objetivo –con fundamento en el artículo 52 del ET–, dice la sentencia que la capacidad innovativa del convenio le permite establecer tales diferencias, con la única condición de que no impliquen vulneración del principio de igualdad, al que éste está sometido por su carácter de norma o fuente del derecho. La sentencia entiende que no hay vulneración del principio de igualdad, toda vez que la extinción por despido colectivo y la extinción por despido objetivo no son situaciones

I. Fuentes del Derecho

iguales, sino claramente distintas, lo que justifica que el convenio ofrezca un tratamiento jurídico diferenciado.

Se trataba concretamente de un convenio que establecía que cuando la extinción de los contratos se produjera en virtud de expediente de regulación de empleo mediante acuerdo con los representantes de los trabajadores la indemnización a abonar sería de un mes y medio por año de servicio con tope de 12 años, no estableciendo una previsión así para los casos de despido objetivo –por idénticas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción–, supuesto este en que debería regir la indemnización ordinaria de 20 días de salario por año de servicio con tope de 12 mensualidades. La sentencia entiende que no hay vulneración del principio de igualdad dado que “las situaciones comparadas no son iguales, ya que mientras la extinción por causas previstas en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores opera por la sola voluntad del empresario, siendo la decisión unilateral de extinguir el contrato por las causas previstas en dicho precepto la que provoca la extinción, la extinción autorizada en expediente de regulación de empleo requiere, para que se imponga la indemnización mínima prevista en el precepto de 1,5 meses de salario por año de servicio, que exista un acuerdo entre la empresa y los trabajadores afectados por el expediente extintivo”.

4. OTROS INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN COLECTIVA LABORAL

A) Sobre el alcance de las competencias de las Comisiones paritarias

Se pronuncia la STS de 30 de mayo de 2007, I.L. J 1054, sobre el alcance de las competencias de “administración del convenio” de la Comisión Paritaria, diciendo concretamente que ni puede modificar lo acordado en el convenio, lo que equivaldría a atribuir a ésta una capacidad normativa de negociación colectiva de la que carece, ni tampoco asumir funciones que vayan más allá de lo que permite el ET y la misma Constitución, independientemente de lo que pueda haber previsto el convenio al efecto.

En el caso concretamente de la Comisión Paritaria de un convenio que, de acuerdo con lo previsto en el propio convenio, decide la no aplicación de las reglas de antigüedad del mismo a determinados trabajadores a los que era en principio de aplicación –por el mero hecho de estar sujetos a un convenio extraestatutario anterior–, implicando ello una deferencia de tratamiento desventajosa o perjudicial para estos trabajadores, dice la sentencia que ello es contrario al ordenamiento, aprovechando de paso para poner de manifiesto cuáles son y hasta dónde llegan las competencias de la Comisión paritaria.

Dice concretamente la sentencia que la existencia de un previo convenio de eficacia limitada no implica en modo alguno que los trabajadores afectados por él no queden vinculados por el nuevo Convenio de carácter estatutario, una vez que éste se aprobó, pues dicho Convenio abarca dentro de su ámbito a todos los trabajadores de la empresa, por lo que a todos ellos les resulta aplicable (artículo 83.1 ET). Por ello, si a la hora de cumplir la Comisión Paritaria con su cometido de determinar las condiciones en las

que los aludidos trabajadores se integran en este Convenio, acuerda –en esencia– que a ellos no se les aplicarán las normas paccionadas relativas a la antigüedad, y que el tiempo servido en la empresa con anterioridad no se les tendrá en cuenta a efectos de cuatrienios, debe decirse que ello es, a todas luces, contrario al principio de igualdad en la aplicación de las normas, consagrado en el artículo 14 de la CE y en el artículo 17 del ET, toda vez que supone un trato desigual y peyorativo de estos trabajadores con respecto al resto de sus compañeros, sin que exista razón justificativa alguna para esta diferenciación.

A mayor abundamiento, la sentencia nos recuerda que las competencias de “administración del convenio” de las comisiones paritarias no implican ni capacidad para modificar lo pactado en convenio colectivo ni capacidad para hacer lo que el ordenamiento jurídico no permite, toda vez que la determinación de las funciones respectivas de la comisión negociadora del convenio y de la comisión de aplicación del mismo en el marco de la negociación colectiva de eficacia general corresponde en exclusiva al legislador, y excede por tanto de las atribuciones de los sujetos con capacidad convencional representados en la propia comisión negociadora asignar valor normativo a los acuerdos de la comisión de aplicación. O dicho de otro modo: (1) la comisión paritaria no puede arrogarse otras funciones que aquellas que expresamente les atribuya el convenio colectivo en cuyo seno haya visto la luz (artículo 85.3 ET); (2) las atribuciones que convencionalmente les sean dadas a dicha comisión nunca pueden ser mayores ni distintas de las que la Ley permita, como consecuencia de que los convenios deben siempre mantenerse “dentro del respeto a las leyes” (artículo 85.1 del ET); (3) devendrán nulos los acuerdos de la comisión paritaria contrarios a estas exigencias.

En relación al caso de un complemento salarial, un complemento de puesto de trabajo cuya asignación a determinados cometidos profesionales requiere la previa negociación en la Comisión paritaria –la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación del Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado (CIVEA)–, dice la **STSJ de Extremadura de 13 de febrero de 2007**, I.L. J 854, que no cabe reconocer tal complemento sino cuando haya sido ligado a determinadas tareas o funciones profesionales por decisión de la CIVEA, previa negociación entre sus partes integrantes. Sucede así porque tal es la condición que establece el Convenio Único del Personal Laboral de la Administración, sin que pueda decirse que ello entra en contradicción con lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil, “porque aquí no se ha dejado al arbitrio de una de las partes que suscribieron el convenio colectivo el cumplimiento de lo pactado, sino a una comisión en la que participaban representantes de ambas, creada por el propio convenio (...) y en la que están representadas las dos partes de igual forma”. Estamos ante una delegación de las facultades de negociación colectiva, y por tanto de verdaderas competencias normativas, a la Comisión paritaria o de interpretación del convenio, y ello con independencia de que tales competencias sólo se reconozcan en términos muy limitados. Se pronuncia en el mismo sentido la **STSJ de Extremadura de 13 de febrero de 2007**, I.L. J 857.

I. Fuentes del Derecho

B) Convenios colectivos extraestatutarios: materias prohibidas

Trata la STS de 1 de junio de 2007, I.L. J 1116, de los convenios de eficacia limitada. En el caso de una empresa en que se había negociado uno de estos convenios estando en situación de ultraactividad el convenio estatutario vigente, concluye la sentencia, después de recordarnos la doctrina general sobre esta peculiar instancia normativa, que el convenio extraestatutario, por su carácter esencialmente contractual y alcance necesariamente limitado, no puede erigirse en sustituto del convenio estatutario, ni por tanto hacerse cargo de materias o cuestiones que por su vocación normativa y de generalidad sólo pueden abordarse a través de la negociación colectiva estatutaria. La sentencia viene a decir, en consecuencia, que los convenios extraestatutarios no podrían ocuparse de cualquier materia laboral, sino sólo de aquéllas de carácter particular, divisible o individualizable, nunca de aquellas otras que por su carácter o naturaleza piden más bien un tratamiento o regulación normativa o general. Las materias que la sentencia indica que no pueden ser reguladas a través de convenio extraestatutario por su carácter general son concretamente la clasificación y la promoción profesional y la composición, funcionamiento, competencias y atribuciones del Comité Intercentros.

5. VALOR DEL CONTRATO Y LOS PACTOS Y DECISIONES INDIVIDUALES

A) Condición más beneficiosa

En el caso de una empresa en la que los trabajadores habían venido disfrutando, con aquiescencia del empresario, del derecho a vacar en un período distinto al que en principio les correspondería, cuando en este período estuvieran en incapacidad temporal, y en la que posteriormente se aprueba un convenio colectivo en el que se fija como período de vacaciones para toda la plantilla el mes de agosto, resuelve la STS de 5 de junio de 2007, I.L. J 952, que debe continuar reconociéndose a los trabajadores el derecho a disfrutar las vacaciones en un período distinto al de incapacidad temporal cuando coincidan en el tiempo ambas situaciones de inactividad. Sucede así porque el derecho a disfrutar las vacaciones en período no coincidente con el de incapacidad temporal constituye una condición más beneficiosa, que no puede ser suprimida posteriormente por el convenio. Y es una condición más beneficiosa porque la referida ventaja ha sido otorgada por voluntad del empresario, al venir tolerando durante mucho tiempo su disfrute con “habitualidad, regularidad y persistencia”, lo que ha determinado su “incorporación al vínculo contractual”, máxime cuando los trabajadores continuaron de hecho disfrutando la referida ventaja dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigor del convenio en cuya virtud se pretende ahora declarar suprimido el beneficio. En idéntico caso, se pronuncia del mismo modo la STS de 5 de julio de 2007, I.L. J 1081.

En relación a determinadas ventajas o beneficios reconocidos por la empresa a determinados trabajadores –se trataba de ciertas mejoras voluntarias de Seguridad Social, que pasarían a disfrutarse por los trabajadores con ocasión de su entrada en la jubilación–, se pronuncia la STSJ de Cantabria de 15 de enero de 2007, I.L. J 794, sobre la condición

beneficiosa, sus requisitos y alcance. Dice concretamente que las mejoras voluntarias de Seguridad Social, que poseen las características propias de las prestaciones de la Seguridad Social, integrándose en su acción protectora y adquiriendo el carácter de prestaciones obligatorias, pueden presentarse además como auténticas condiciones más beneficiosas, cuando hayan sido implantadas mediante acuerdo individual o en virtud de reconocimiento unilateral del empresario, y que ello supone que no podrán ser suprimidas unilateralmente salvo renegociación o compensación.

Al menos acontecerá así siempre que concurren los requisitos que la jurisprudencia viene imponiendo para entender constituida una condición más beneficiosa, y particularmente la exigencia de que haya voluntad deliberada del empresario de reconocer determinada ventaja, puesto que la persistencia en el disfrute de determinados beneficios sólo es indicio de existencia de tal voluntad empresarial, pero no determina automáticamente que exista tal voluntad, razón por la que suele decirse que la mera habitualidad y frecuencia no crea por sí misma una condición más beneficiosa. Ahora bien, admitido que existe una condición más beneficiosa, ésta deberá ser respetada por el empresario, y no sólo por el que la haya reconocido sino también por el que quede situado en su posición jurídica en virtud de subrogación. Dice la sentencia que, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1 del ET, “las sucesivas sucesiones empresariales para nada han de impedir este derecho, puesto que (...) el empresario cedente quedará subrogado en los derechos y obligaciones y de seguridad Social del anterior”. La sentencia precisa que no estamos ante “una mera expectativa de derecho”, pues se trata de una “mejora de la Seguridad Social que no tiene su fuente en un Convenio Colectivo, que en su caso podría ser sustituido por otro, sino que su razón de ser descansa en la concesión y reconocimiento unilateral de la empresa cedente como condición más beneficiosa que tiene que cumplir el nuevo empresario y que es un derecho que asiste al trabajador sin que pueda ser objeto de modificación por decisión única del empleador”.

Según la **STSJ de Extremadura de 13 de febrero de 2007**, I.L. J 856, los trabajadores no pueden invocar la existencia de una condición más beneficiosa y oponerse a la supresión de una ventaja que venían disfrutando cuando la voluntad empresarial de conceder tal ventaja aparece ligada a determinada causa, pues es obvio que cuando esto sucede desaparecida la circunstancia que justifica la ventaja desaparece también la obligación del empresario de soportarla. En el caso concretamente de unos trabajadores que venían disfrutando una extensión del tiempo por bocadillo desde hacía tiempo, la sentencia resuelve que es lícito que el empresario reduzca la referida pausa, toda vez que la citada extensión del tiempo por bocadillo estaba vinculada a determinada rebaja en determinados pluses salariales, y es claro que si la ventaja se reconoce condicionadamente, desaparecida la condición ha de decaer también la ventaja. Según la sentencia, “no puede entenderse que sólo prevalezca la obligación de una de las partes, dejando sin efecto la de la otra, porque la condición, de existir, estará integrada por las dos obligaciones y con las dos ha de persistir”. No estamos por ello, concluye la sentencia, ante una renuncia sino ante “una válida disposición de derechos patrimoniales sobre los que el trabajador puede válida (y limitadamente) disponer a su conveniencia”.

I. Fuentes del Derecho

En el mismo sentido, la **STSJ de Valencia de 27 de febrero de 2007**, I.L. J 885, entiende que no hay condición más beneficiosa cuando determinado beneficio reconocido por la empresa aparece ligado a determinadas circunstancias, de modo que es posible suprimir unilateralmente la referida ventaja una vez que desaparezca el contexto en que se justificó su otorgamiento inicialmente. En el caso concretamente de una empresa de fabricación de azulejos que había venido suministrando a los trabajadores el agua por un sistema de botellas y vasos de plástico que se reponían después de su uso, debido a que el anterior sistema de suministro de agua desde un aljibe clorado no satisfacía las mínimas exigencias sanitarias, resuelve la sentencia que reseñamos que no constituye incumplimiento de condición más beneficiosa la supresión del suministro de agua mediante botellas y vasos de plástico una vez que la empresa ha tenido acceso a la red municipal de saneamiento y abastecimiento de agua. La razón es que la finalidad que perseguía la condición más beneficiosa que invocan los trabajadores –facilitar agua potable para consumo humano en condiciones higiénico-sanitarias adecuadas– se cumple adecuadamente tomando el agua de los grifos de la empresa una vez que ésta ha quedado conectada a la red de abastecimiento. Constituye la sentencia un interesante ejemplo de neutralización de la condición más beneficiosa por alteración de la llamada base del negocio (cláusula *rebus sic stantibus*).

Como dice la sentencia, “del relato fáctico que se acaba de exponer no cabe deducir que la empresa demandada al introducir el sistema de botellas de agua mineral y vasos de plástico para suministrar agua potable a los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo quisiese otorgarles el beneficio o ventaja que puede suponer beber agua mineral refrigerada respecto a beber agua potable corriente, sino que la introducción del agua mineral embotellada se acordó por la empresa demandada para subsanar las pocas garantías higiénico-sanitarias que ofrecía el anterior sistema de suministro de agua potable obtenida de un aljibe que la empresa rellenaba con cubas y que cloraba y que entonces era el único de que disponía el centro de trabajo al no tener el mismo acceso a la red municipal de abastecimiento de agua. El celo de la empresa demandada para preservar la salud de sus trabajadores y que se pone de manifiesto al sustituir el suministro de agua obtenido del aljibe por el sistema de botellas de agua mineral al no tener acceso a la red municipal de abastecimiento de agua, no puede identificarse con la voluntad empresarial de dispensar a los trabajadores agua mineral embotellada y refrigerada al margen de la red municipal de agua potable, habida cuenta que el acceso a la red municipal de abastecimiento de agua no existió hasta mediados del año 2005 y que además la empresa demandada tardó escasos meses en sustituir el sistema de agua mineral embotellada por las fuentes metálicas conectadas con la red de abastecimiento de agua potable, una vez que tuvo acceso a dicha red, por lo que se ha de concluir que no existe la condición más beneficiosa cuyo reconocimiento se reclama”.

En ocasiones, la doctrina de la condición más beneficiosa se utiliza para justificar por qué un convenio colectivo no concede a determinados trabajadores las ventajas o beneficios que vienen disfrutando otros trabajadores previamente contratados en la empresa. Sucede así en la **STS de 20 de marzo de 2007**, I.L. J 1063, en la que se resuelve que el beneficio de disfrute de una jornada continua de los trabajadores que vienen prestando servicios en determinada área geográfica de una empresa –empresa en la que la jornada

es normalmente partida— no debe extenderse a los trabajadores contratados sobrevenida-mente en aquella área geográfica, pues éstos deben someterse a la jornada partida que rige ordinaria y generalmente en la empresa. La razón de ello es, según la sentencia, que el beneficio de jornada continuada constituye una condición más beneficiosa que sólo puede invocarse por quien efectivamente la haya venido disfrutando por haberla incorporado a su contrato. Lo más llamativo de todo es, no obstante, el origen del beneficio que la sentencia considera condición más beneficiosa. Pues sucede que el beneficio deriva de que los trabajadores del área geográfica de referencia se habían incorporado a la empresa procedentes de otra empresa —en virtud de subrogación— y era el convenio de ésta, precisamente, el que determinaba el derecho de los trabajadores a disfrutar de jornada continuada y no someterse a jornada partida. La sentencia, así pues, admite que la condición más beneficiosa puede originarse cuando se trata de ventajas o beneficios colectivamente adquiridos por los trabajadores en virtud de subrogaciones empresariales, y concretamente de la regla del artículo 44.4 del ET, que dice como es sabido que “las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad transferidas”.

En relación a un servicio de transporte al centro de trabajo que la empresa venía sufragando a los trabajadores, la **STSJ de Madrid de 28 de mayo de 2007**, I.L. J 1137, se pronuncia de nuevo sobre la condición más beneficiosa, haciendo hincapié en los modos que existen de supresión o neutralización de ésta. Señala concretamente que “las condiciones más beneficiosas no tienen por qué perpetuarse en el tiempo en una suerte de indeseable petrificación, siendo plenamente admitida por la doctrina jurisprudencial la posibilidad de que sean suprimidas a través de la negociación colectiva con base en el incremento de otras condiciones laborales consideradas en su conjunto, o bien neutralizadas y compensadas adecuadamente en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o, si se quiere, en razón a la mayor onerosidad de la prestación por las alteraciones que pudieran haberse producido en la base del negocio y, por ende, en el equilibrio de las prestaciones mutuas que de él dimanar, o bien, por último, modificadas incluso total o parcialmente en su contenido por la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, mas, eso sí, siguiendo entonces, tanto si son de carácter individual como colectivo, los procedimientos previstos en aquel precepto”.

B) Sobre el valor liberatorio del finiquito

En el caso de una trabajadora que había mantenido dos contratos temporales sucesivos con una empresa, y que al final del segundo había aceptado la extinción y la liquidación de la relación laboral en virtud de un finiquito, se pronuncia la **STS de 26 de junio de 2007**, I.L. J 948, sobre el valor liberatorio de estos documentos de fin de contrato.

La sentencia nos recuerda la doctrina general en la materia, y comienza a tal efecto señalando que el finiquito, según el Diccionario de la Lengua Española, es remate de cuentas o certificación que se da para constancia de que están ajustadas y satisfecho el alcance

I. Fuentes del Derecho

que resulta de ellas. Indica también que el finiquito no está sujeto a forma *ad solemnitatem* y que su contenido, que es variable, puede hacer referencia bien al percibo de una determinada cantidad salarial, bien a la liquidación de las obligaciones, principalmente de carácter patrimonial, que se realiza con motivo de la extinción de la relación laboral, o, por último, a la propia extinción de la relación contractual, a la que, usualmente, se une una manifestación de las partes de no deberse nada entre sí y de renuncia a toda acción de reclamación. Dice además la sentencia que en lo que concierne a la extinción del vínculo laboral el finiquito es la manifestación externa de un mutuo acuerdo de las partes —que constituye causa de extinción de la relación laboral, según el artículo 49.1.a) del ET—, es decir, expresión de un consentimiento, que, en principio, debe presumirse libre y conscientemente emitido y manifestado —por lo tanto sin vicios que lo invaliden— y recaído sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato, según quiere el artículo 1262 del Código Civil. Por ello, para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato, debería incorporar una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre la extinción, o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario. Concluye la sentencia que por regla general debe reconocerse a los finiquitos, como expresión que son de la libre voluntad de las partes, la eficacia liberatoria y extintiva definitiva que les corresponda en función del alcance de la declaración de voluntad que incorporan.

Ahora bien, dice también la sentencia que esa eficacia jurídica que con carácter general se atribuye a tales pactos, no supone en modo alguno que la fórmula de “saldo y finiquito” tenga un contenido o carácter sacramental con efectos preestablecidos y objetivados, de modo que aquella eficacia se imponga en todo caso, abstracción hecha de las circunstancias y condicionamientos que intervienen en su redacción. Al contrario, habrá de tenerse en cuenta: (1) que el carácter transaccional de los finiquitos (artículo 1809 del Código Civil en relación con los artículos 63, 67 y 84 LPL) exige estar a los límites propios de la transacción, de modo que los actos de disposición en materia laboral han de vincularse a la función preventiva del proceso propia de aquélla; y aun en ese marco, la ley ha establecido las necesarias cautelas para combatir los casos de lesión grave, fraude de Ley o abuso de derecho que prevé el artículo 84.1 LPL; (2) que los vicios de voluntad, la ausencia de objeto cierto que sea materia del pacto, o la expresión en él de una causa falsa, caso de acreditarse, privarían al finiquito de valor extintivo o liberatorio, al igual que ocurrirá en los casos en que el pacto sea contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros o contenga una renuncia genérica y anticipada de derechos contraria a los artículos 3.5 del ET y 3 LGSS. Precisamente para evitar, en lo posible, que se produzcan tales situaciones, es por lo que el trabajador cuenta con los mecanismos de garantía a los que hacen referencia los artículos 49.1 y 64.1.6 del ET.

Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, dice la sentencia que nos encontramos que sobre la relación contractual existente la trabajadora firmó un documento en el que, después de aceptar que se consideraba saldada, finiquitada e indemnizada por todos los conceptos, se añadía lo siguiente: “quedando resuelta totalmente la relación laboral que les unía”, expresión que, unida a los restantes términos del documento, debe interpretarse como el reconocimiento por la trabajadora de que con dicha cantidad no sólo quedaban liquidadas las cantidades pendientes de abono, sino que también quedaba indem-

nizada y se extinguía el vínculo hasta entonces existente. Teniendo en cuenta que no hay vestigio de que concurriera ninguno de los vicios del consentimiento a que se refiere el artículo 1265 del Código Civil, error, dolo, violencia o intimidación, hay que concluir, en contra de lo que se afirma en la sentencia recurrida, que ese texto implica una patente declaración expresa de voluntad de extinción del vínculo laboral que unía a las partes. Es muy importante precisar que la sentencia no valora el dato —que consta en los hechos probados— de la existencia de irregularidades en los contratos temporales, seguramente porque la demanda no invocó para fundamentar su pretensión que la aceptación del valor liberatorio del finiquito podría constituir una renuncia de derechos contraria al artículo 3.5 del ET (pues el trabajador habría adquirido la condición de indefinido como consecuencia precisamente de las irregularidades de los contratos).

Según la **STS de 9 de julio de 2007**, I.L. J 1074, es válido y produce plenos efectos liberatorios un finiquito en el que un trabajador del sector de la banca, tras aceptar una indemnización extintiva de 51.863.600 pesetas, se declara “totalmente liquidado y saldado por todos los conceptos con la empresa al haber causado baja definitiva en la misma así como del Régimen de Previsión del personal de la Entidad, comprometiéndome a no pedir ni reclamar nada más”. No hay por tanto lugar a la reclamación que el trabajador plantea posteriormente de que se le abone la aportación constituida a su favor en el Fondo del Régimen de Previsión del personal de la empresa. La sentencia dice que el previo finiquito es válido y ha liberado totalmente a la empresa.

Dice la misma que “como ya ha dicho la STS de 27 de abril de 2006 los derechos de previsión social pueden ser objeto de transacción” y que “el documento cuya eficacia se cuestiona es expresión de una transacción, respecto a la que ninguna imputación se realiza de que fuese suscrito, con violencia, dolo o intimidación”. Y continúa señalando lo siguiente: “La interpretación de su alcance (del finiquito) debemos realizarla siguiendo las pautas establecidas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil. El texto hace una alusión expresa a la baja en el Régimen de Previsión de la Entidad y adquiriendo el compromiso de no pedir ni reclamar nada más. Como acto simultáneo que puede ayudar a desentrañar la intención de los contratantes hemos de tomar en consideración que en el mismo acto se entregó al hoy demandante la suma de 51.863.600 pesetas. Todo ello ocurrió en 1996, fecha en la que los posibles derechos al rescate de los valores consolidados estaba discutido, hasta el punto de que el conflicto colectivo que dio lugar a la Sentencia de esta Sala de 31 de enero de 2001, fue promovido por la Caixa. Es decir, el documento se suscribió cuando los posibles derechos de los trabajadores despedidos se hallaban en cuestión. El negocio que se realizaba era incardinable en el mandato del artículo 1809 del Código Civil según el cual ‘la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado’. Los actos posteriores son igualmente elocuentes. El recibo se suscribió en 1996 y no es hasta 2001 que se presenta la demanda. Si en aquel acto no se hubiera tenido la intención de transigir los posibles derechos derivados del Plan de Pensiones, la demanda se hubiera interpuesto a renglón seguido. Pero no. Se interpuso cinco años después, cuando ya se conocía la sentencia que decidía sobre la cuestión. In-

I. Fuentes del Derecho

actividad de la que puede colegirse que el trabajador sabía que había transigido y por una suma más importante en 1996, que lo es en la actualidad. Y cuando se despeja la duda sobre la existencia del derecho, por la sentencia referida, se intenta la presente reclamación, dejando sin efecto la transacción que se realizó en presencia de la incertidumbre”.

La **STSJ de Valencia de 9 de enero de 2007**, I.L. J 804, nos recuerda la doctrina general sobre el finiquito y su valor liberatorio sólo relativo. Citando la Jurisprudencia, dice concretamente que el finiquito, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio—deducible en principio de la seguridad del tráfico jurídico e incluso de la buena fe del otro contratante—viene sometido como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial. Este control debe recaer fundamentalmente sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo—mutuo acuerdo o en su caso transacción—en virtud del cual aflora al exterior, y es con motivo de este examen cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por: (1) defectos esenciales en la declaración de la voluntad, (2) falta de objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca, (3) o resultar contrario a una norma imperativa, al orden público o también cuando perjudique a terceros.

En todo caso, la sentencia precisa que el alcance del acto de voluntad que se expresa a través del finiquito debe valorarse en función de las circunstancias del caso concreto, por lo que el valor liberatorio del recibo de finiquito viene determinado por el examen conjunto del texto literal que expresa la voluntad del contratante y por los elementos y condicionamientos específicos del contrato que se finiquita. La aplicación de estos criterios al caso concreto determina la no atribución de efecto liberatorio al finiquito, toda vez que la aceptación por el trabajador de la extinción de su contrato—un contrato temporal de obra o servicio que había sucedido a otros previamente celebrados entre las partes que también habían sido saldados y finiquitados al tiempo que eran sucedidos por otros—sólo cabe interpretar que se hizo, viendo los antecedentes de la relación de trabajo entre las partes, pensando que iba a producirse una nueva contratación, de modo que debe entenderse que la voluntad del trabajador expresada en el finiquito se daba en el contexto de la seguridad de que éste iba a volver a ser contratado como antes.

Dice concretamente la sentencia que “al término de cada contrato la actora era convenientemente preavisada, saldada y finiquitada, es decir, que la firma por la actora del correspondiente recibo de finiquito tras la comunicación empresarial de fin de contrato y la posterior suscripción por la misma de un nuevo contrato de trabajo de duración determinada era la operativa que usaba la empresa demandada para dar cobertura formal a la prestación de servicios de la demandante”, de ahí que “sea lógico suponer que cuando la actora firmó el último recibo de finiquito no hizo sino plegarse a las exigencias empresariales sobre la forma de articular la relación laboral existente entre las partes, y por consiguiente de la firma de dicho finiquito por parte de la trabajadora accionante no cabe extraer la conclusión pretendida de que la actora accedió voluntariamente a finalizar su relación laboral, sino que tan sólo cabe deducir que la demandante prestó su consentimiento a la liquidación de los conceptos salariales pendientes de ser abonados a la fecha de comunicación de fin de contrato, siendo compatible la firma del indicado recibo de finiquito con la convicción, que sin duda tenía la actora, de que la misma seguiría pres-

tando servicios en la empresa”. “La dinámica operativa que ha llevado a cabo la empresa demandada para dar cobertura formal a la prestación de servicios de la demandante –dice la sentencia–, sin duda con el ánimo de evitar la adquisición de fijeza por parte de la trabajadora accionante, impide atribuir al último recibo de finiquito suscrito por la misma valor liberatorio”.

Sobre el valor liberatorio del finiquito, precisa la **STSJ de Murcia de 15 de enero de 2007**, I.L. J 802 –en un caso en el que la empresa había reconocido una mejora voluntaria de Seguridad Social al trabajador, consistente en el abono de determinada cantidad económica en caso de producirse una situación de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo– que el finiquito, firmado en el momento del cese del trabajador, “sólo tiene alcance en relación con lo consignado en el mismo”, es decir, en relación “al despido que se produjo y por los conceptos adeudados en ese momento en relación con el despido, pero no así respecto de una cuestión nacida con posterioridad y referida a supuestos distintos y diferentes a los que se tuvieron en cuenta al aceptarse el finiquito, como es la indemnización solicitada por incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo”. Máxime si, así lo indica la sentencia, la referida indemnización tiene el carácter de “mejora voluntaria”, y por tanto naturaleza de prestación de Seguridad Social, pues ha de tenerse en cuenta que “está prohibido cualquier tipo de transacción, judicial o extrajudicial sobre dicha mejora voluntaria de la Seguridad Social”, pues “como argumenta la jurisprudencia al tratarse de una mejora complementaria de la acción protectora de la Seguridad Social participa de la naturaleza de las prestaciones del sistema, entre las que debe contemplarse su irrenunciabilidad”.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de febrero de 2007**, I.L. J 1092, se ocupa del finiquito y su valor liberatorio en el caso de la extinción del contrato de un alto directivo, aunque lo cierto es que sólo se evoca en ésta la doctrina general sobre el referido documento extintivo, sin incorporar consideraciones relacionadas con las particularidades que pudieran derivarse de la mayor fuerza que cabría reconocer a la voluntad de las partes en el caso de tan particular relación especial de trabajo. Simplemente, entiende la sentencia que el finiquito es válido y produce efecto liberatorio por no haber vicio del consentimiento, renuncia de derechos, perjuicio de terceros, ni vulneración de normas de carácter imperativo. La sentencia dice literalmente que “el documento examinado no ha supuesto una renuncia de derechos, ni ha vulnerado ninguna norma legal o convenio colectivo” y ello –y esta última precisión es indudablemente un tanto curiosa y llamativa– “al existir una escasa diferencia en la indemnización pagada por la empresa y la que debiera haber satisfecho la misma”.

Se pronuncia también acerca del valor liberatorio del finiquito la **STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2007**, I.L. J 1195. Trata concretamente la misma la cuestión de si un trabajador, después de firmar el finiquito, puede reclamar a la empresa determinado concepto retributivo –una retribución variable que se abonaba a los trabajadores al final de cada ejercicio anual, una vez liquidadas y auditadas las cuentas de la empresa– respecto del que nada dice específicamente el documento de finiquito. La sentencia, después de un

I. Fuentes del Derecho

completo y exhaustivo recorrido por la jurisprudencia existente en materia de finiquito, resuelve que no puede entenderse que el trabajador haya renunciado con el finiquito a la retribución variable que ahora reclama a la empresa.

Según la sentencia, “no parece existir duda sobre el valor liberatorio de la firma del actor sin reservas a efectos de reconocer la percepción de las cantidades consignadas en el documento de saldo y finiquito. Con su firma sin objeciones —dice la sentencia— el demandante reconoció percibir aquellas cantidades. Y tampoco parece negarse que tenga un valor liberatorio respecto a las obligaciones cuyo pago consta en el propio documento (el abono de las partes proporcionales de las pagas extras y de las vacaciones no disfrutadas). Lo que resulta controvertido es que el documento de saldo y finiquito tenga también valor liberatorio respecto a cualquier otra obligación derivada del contrato de trabajo, significativamente el abono de la retribución variable”.

El documento de saldo y finiquito —continúa la sentencia— “es susceptible de interpretación, debiendo prevalecer en todo caso la intención de los contratantes (artículo 1281 del Código Civil), y en nuestro caso hemos de reparar en las siguientes circunstancias. En primer lugar, el documento fue unilateralmente redactado por la empresa, por lo que la oscuridad de sus términos no debería beneficiarle (artículo 1288 del Código Civil). En segundo lugar, como cláusula liberatoria, se empleó una fórmula genérica de estilo que no fue puntualmente negociada por las partes y que perfectamente pudo pasar desapercibida. En tercer lugar, ninguna referencia se hace a la retribución variable, por lo que no puede entenderse que la misma fuera objeto de negociación a la hora de firmar el finiquito, y en este sentido, cualquiera que sea la generalidad de los términos empleados, no deben entenderse comprendidos en cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados propusieron contratar (artículo 1283 del Código Civil). En cuarto lugar, en todo caso debe estarse también a los actos coetáneos de las partes para juzgar su intención, y aunque el demandante no puso objeción alguna a la firma del finiquito, hizo constar expresamente su disconformidad al despido y a la consiguiente extinción de la relación laboral (artículo 1282 del Código Civil). Y finalmente, difícilmente podían las partes disponer del crédito devengado por el actor como retribución variable si se acababa de cerrar el ejercicio contable, no se habían sometido las cuentas a la correspondiente auditoría y las partes, especialmente el trabajador, ignoraban si se había cumplido el objetivo y por tanto disponían del derecho”.

Concluye la sentencia que “en el caso de autos el finiquito en cuestión tiene carácter liberatorio en todos y cada uno de los conceptos económicos que en el mismo se contienen, salvo en el relativo a la cantidad que tiene causa en el presente procedimiento (la retribución variable). Al respecto cabe decir que: a) la partida objeto de reclamación (retribución variable) no es un concepto salarial ordinario del trabajador, de ahí que pueda comprenderse el por qué no se incluyó en el finiquito que la empresa presentó al actor, hoy recurrido, en el momento de comunicarle el despido; b) cuando se produjo el despido, todavía no se podía concretar el montante de la citada retribución variable, debido al año contable y a la necesidad de una serie de trámites, como son el de auditar las cuentas; c) el trabajador, ante el acto inesperado del despido, manifestó su disconformidad, la cual es factible que se atribuya a todo lo que un despido engloba, ya que éste se realiza en un

solo acto y en donde a la vez, se le presentan varios documentos, como la propia carta, liquidación y finiquito, por lo que la manifestación de no conformidad, es perfectamente atribuible al despido en todas sus facetas, incluido el finiquito; d) ante un acto de despido, promovido por la empresa, cuesta entender que exista un equilibrio e igualdad de posiciones, que pueda beneficiar a la empresa por la firma de un documento genérico y redactado por ella, respecto a una partida que no forma parte del salario ordinario que puntualmente el trabajador cobra en nómina, de ahí que la firma del finiquito en cuestión sea perfectamente interpretada por el trabajador como lo que es, una liquidación de sus partidas salariales, pero en ningún caso de la partida que nos ocupa, al quedar ésta fuera de tales conceptos ordinarios de retribución”.

En un sentido parecido, la **STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2007**, I.L. J 1133, resuelve que, en orden a saber cuándo la suscripción de un finiquito tiene valor liberatorio para el deudor, deben tenerse en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: (1) que no es posible entender que el finiquito pueda dar cobertura a la extinción de una obligación referida a partidas económicas que no figuran en él; (2) que hay que ponderar el alcance de lo liquidado con el finiquito, en cuanto puede haber un desequilibrio manifiesto entre lo saldado por éste y lo que el trabajador ha querido conciliar, es decir, que si el finiquito parte de una relación laboral definida en determinados términos, mientras que la realidad muestra que dicha relación era manifiestamente distinta, hay que deducir que no ha habido voluntad de renunciar a los derechos asociados a esta última; (3) que ha de considerarse si el finiquito ha sido efectivamente negociado *ad hoc* o si, por el contrario, contiene “cláusulas estereotipadas hechas en la misma imprenta donde la empresa se provee de esta clase de documentos”.

C) Imposibilidad de que la autonomía individual determine el convenio aplicable

La **STSJ de Valencia de 22 de febrero de 2007**, I.L. J 898, en un caso en que estaba en cuestión el convenio colectivo aplicable cuando se trataba de calcular los derechos económicos de un trabajador, resuelve que debe estarse a criterios objetivos, y no a lo que las partes estipulen en su contrato. Dice la sentencia que “ni el trabajador ni la mercantil demandada pueden disponer de la aplicación de un convenio colectivo diferente al que corresponde a su ámbito de aplicación, ya que tales convenios obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito y durante todo el tiempo de su vigencia, quedando dichos sujetos bajo la esfera de su completa regulación, pues el convenio como fuente de derecho tiene reconocida su fuerza vinculante, con el doble efecto normativo y obligatorio, ostentando dicha fuerza vinculante *erga omnes*, es decir, obligando a todos dentro de sus ámbitos subjetivo, funcional, territorial y temporal de aplicación, y sin posibilidad de exclusión por un contrato individual que remita a un convenio colectivo no aplicable a la propia actividad reconocida como ejercida por la empresa”. Las partes del contrato de trabajo “no pueden determinar con fundamento en su autonomía individual el marco normativo regulador de la relación de trabajo (...), pueden convenir la mejora de las condiciones que deban regir la relación de trabajo que concierten, pero con sujeción al marco normativo aplicable de conformidad con el contenido de la prestación laboral concertada,

no siendo posible (...) elegir o seleccionar el marco normativo regulador de la relación de trabajo que conciertan, que les viene impuesto por las normas jurídicas”.

D) Prohibición de que la autonomía privada altere la fecha de vacaciones determinada por convenio, incluso en supuestos de incapacidad temporal

Trata la STSJ de Aragón de 30 de enero de 2007, I.L. J 1215, de la limitada capacidad de la autonomía privada de los contratantes para alterar la fecha de disfrute de las vacaciones cuando éstas vienen determinadas por convenio colectivo. Concretamente, aborda la sentencia la cuestión de si es posible que, fijado el período de vacaciones por convenio, el trabajador y el empresario puedan acordar una fecha alternativa cuando al trabajador le resulte imposible el disfrute en la fecha establecida por encontrarse en ésta en situación de incapacidad temporal. La sentencia, recordándonos que el supuesto es distinto a los de suspensión por maternidad, e incluso incapacidad temporal relacionados con el embarazo, parto o lactancia, resuelve no ya que el trabajador no tenga derecho a imponer al empresario una fecha distinta para el disfrute de sus vacaciones, para evitar la superposición del período de su disfrute con el de la incapacidad temporal, sino que ni siquiera cabe que pueda establecerse una fecha alternativa en virtud de pacto individual entre empresario y trabajador, como en principio podría hacer viable el artículo 3.1.c) del ET (posibilidad de que las partes puedan mediante contrato mejorar las condiciones laborales establecidas por ley o convenio).

Según la sentencia, “ha de recordarse la existencia de consolidada doctrina jurisprudencial, con origen en la de suplicación del extinto Tribunal Central de Trabajo, definitivamente confirmada mediante las Sentencias de 30 de noviembre de 1995 y 27 de junio de 1996, de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en las que —en el supuesto de pacto colectivo relativo a la fijación del período vacacional para todos los trabajadores de la empresa, y la imposibilidad de disfrute de vacaciones por algún trabajador individual por consecuencia de haber permanecido en situación de IT durante el período vacacional— en base a la dicción del artículo 38.2.b) del Estatuto de Trabajadores (redacción anterior a la reforma efectuada por la Ley 11/1994), con aplicación de las normas recogidas en los artículos 1091 y concordantes y 1105 del Código Civil, y por consecuencia de la primacía del pacto colectivo sobre el pacto individual, se determinaba la imposibilidad de fijación de un nuevo período individual de vacaciones para personas determinadas que estuvieren de baja por IT en el período fijado como vacacional para la totalidad de la plantilla de la empresa y por consecuencia de pacto colectivo”. Dicha doctrina jurisprudencial —prosigue señalando la sentencia— “sigue viva —esta misma Sala la ha aplicado en la reciente Sentencia de 30 de diciembre de 2005— y ha sido refrendada por la antes reproducida de 11 de julio de 2006 e —indudablemente— no es aplicable respecto al caso de embarazo o maternidad —Sentencia de 18 de marzo de 2004 dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— ni al caso en que no existe pacto colectivo sino distintos pactos individuales para la fijación del calendario vacacional —Sentencias citadas de esta Sala y la de 21 de marzo de 2006 del Tribunal Supremo—, pero sí, como se anticipó, al presente caso, en el que en el artículo 28 del Convenio Colectivo de la empresa demandada se señala el mes de agosto como vacacional para todo el personal de la empresa”.

E) Pactos individuales en masa, derechos indisponibles y libertad sindical

En el caso de una empresa que concierta masivamente con sus trabajadores pactos individuales en los que éstos asumen la obligación de prestar servicios en domingos y festivos, tanto si ello constituye jornada ordinaria como extraordinaria, con los descansos compensatorios o contraprestación económica establecidos por ley, todo ello conforme a las disposiciones legales que regulan la apertura del comercio en domingo y festivos, resuelve la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de febrero de 2007**, I.L. J 1095, que ello no sólo es contrario a la regulación legal y a lo dispuesto en el convenio colectivo vigente –al ser el tiempo de trabajo, y particularmente los tiempos de descanso, una materia imperativa, inasequible a la negociación individual–, sino también una conducta contraria al derecho de negociación colectiva de los representantes de los trabajadores e incluso al derecho de libertad sindical, en la medida en que tales pactos en masa pueden verse como una suplantación del cauce que el empresario debe seguir cuando busque conseguir una regulación a escala colectiva de las relaciones de trabajo.

F) Autonomía de la voluntad y relación especial de alta dirección

El RD 1382/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación de trabajo especial de alta dirección, atribuye como es sabido una importante capacidad de determinación de los términos y condiciones de trabajo a la autonomía de la voluntad, es decir, al acuerdo individual entre el empresario y el trabajador, debido a que no puede presumirse cuando se trata de altos directivos la misma situación de debilidad o necesidad que se da por supuesta cuando se trata de trabajadores asalariados comunes. En efecto, el artículo 3.1 del RD 1382/1985 declara que “los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes”. Ello no quiere decir, sin embargo, que no haya normas imperativas aplicables en esta relación especial de trabajo, normas contra las que nada podrá hacerse por acuerdo de las partes. No debemos olvidar que el propio artículo 3.1 del RD 1382/1985, tras decir efectivamente que “los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes” precisa de inmediato que “con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación”.

Hay por tanto en el RD 1382/1985 normas imperativas indisponibles para las partes, y contra las que en consecuencia nada podrán éstas acordar. Tal es el caso de los plazos de preaviso aplicables al desistimiento empresarial, que deberán cumplirse conforme a “los términos fijados en el artículo 10.1” (artículo 11.1), previsión esta última en la se establece concretamente “un preaviso mínimo de tres meses”. La **STSJ de La Rioja de 27 de febrero de 2007**, I.L. J 999, resuelve en este sentido que no cabe que las partes puedan pactar una reducción de los plazos de preaviso –de “un mínimo de tres meses”, como dice el RD 1382/1985– a 15 días, toda vez que la libertad de regulación de derechos y obligaciones en el contrato está limitada por las normas imperativas del RD 1382/1985. No cabe por ello que el preaviso mínimo de 3 meses se reduzca por contrato a sólo 15 días, máxime cuando la referida reducción del preaviso se ha pactado sólo cuando quien

I. Fuentes del Derecho

insta la extinción del contrato es el empleador, y no cuando la insta el trabajador, al que, no se olvide, el RD 1382/1985 también exige un preaviso mínimo de tres meses. Según la sentencia, “el contrato no establece compensación alguna entre la obligación de preaviso del empresario y la del trabajador en los casos de desistimiento de uno y otro; por el contrario, sólo reduce el período de preaviso que el RD 1382/1985 fija para ambos en tres meses a quince días cuando quien desista sea el empresario, no cuando lo haga el trabajador, razón por la que no queda sino entender que se incumple la exigencia de que el desistimiento empresarial se haga con un preaviso mínimo de tres meses”.

G) Autonomía de la voluntad y principio de igualdad y no discriminación

La capacidad que tienen las partes —empresario y trabajador— para establecer y regular los términos de su relación de trabajo está sometida como es sabido a la exigencia de no discriminación (prohibición de trato distinto por determinadas circunstancias personales como la edad, el sexo, la minusvalía, la orientación sexual, las creencias, etc.), mas no estrictamente al principio de igualdad (necesidad de que toda diferencia de trato, cualquiera que sea su causa, aparezca justificada por razones objetivas adecuadas). Por lo menos sucede así cuando se trata de empresas privadas. No cuando se trate de Administraciones Públicas. Éstas, en efecto, no sólo están sometidas a la exigencia de no discriminación sino también al principio de igualdad. Nos lo recuerda la **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de enero de 2007**, I.L. J 1182, que juzga contraria al principio de igualdad la decisión de un Ayuntamiento de abonar retribuciones diferentes a dos trabajadores que estaban desempeñando las mismas funciones. La misma doctrina se expresa en la **STSJ de Aragón de 31 de enero de 2007**, I.L. J 1218, aunque en este caso el fallo no considera que haya habido vulneración del principio de igualdad al no haber quedado acreditada la identidad de situaciones de los trabajadores.

6. SENTENCIAS CON EFECTOS EXTRA PARTES

Trata la **STS de 14 de mayo de 2007**, I.L. J 737, 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.

La sentencia resuelve que la sentencia contencioso-administrativa anulatoria de la autorización para extinguir contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de pro-

ducción no sólo alcanza en sus efectos a los contratos de los trabajadores impugnantes, sino que proyecta su alcance 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.

Dice la sentencia que la doctrina ha sido ya unificada por esta Sala ante numerosas reclamaciones idénticas a la presente y de la misma empresa y expediente, entre otras, en las Sentencias 10 de octubre, 15 y 29 de noviembre de 2006 y 8, 16 y 22 de febrero de 2007 (recursos 5379/2005, 5359/2005, 117/2006, 5365/2005, 5374/2005 y 5362/2005, respectivamente). La clave de la cuestión radica, según estas sentencias, en La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998), cuando establece en su artículo 72.2 y 3 que (1) “la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas”, razón por la que “las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada”, del mismo modo que también “se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas”, y (2) que “la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes”, aunque “tales efectos podrán extenderse a terceros en los términos previstos en los artículos 110 y 111”.

Según la sentencia, la interpretación de este precepto no arroja dudas: cuando la sentencia anula un acto produce efectos a todos los afectados. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal de 7 de junio de 2005 (recurso 2492/2003) desarrolla la doctrina a ese respecto en los siguientes términos. La eficacia material de las sentencias alcanza, por principio, únicamente a quienes son parte en el proceso. En lo contencioso-administrativo las sentencias anulatorias de disposiciones generales y actos administrativos tienen, no obstante, una fuerza expansiva, que se apoya en la dicción literal del artículo 86.2 de la LJCA cuando dispone que no sólo producirán efectos entre las partes, sino también entre las personas afectadas por ellos. Esta excepción se justifica porque carece de sentido que, declarada la nulidad de una disposición o un acto administrativo en virtud de sentencia firme, se ejerza una nueva pretensión anulatoria por un tercero cuando el acto que se trata de impugnar ha desaparecido de la realidad jurídica. Sin embargo, atendiendo al expresado tenor literal del artículo 86.2 LJCA, es claro que se refiere únicamente a la sentencia que contiene un pronunciamiento de anulación –artículos 41 y 84.a) de la LJCA– y a las consecuencias que indefectiblemente deriven de él para una Administración Pública sometida al principio de legalidad (artículo 103.1 CE), sin hacer referencia a los pronunciamientos que acogen alguna de las pretensiones de plena jurisdicción a que se refiere el artículo 42 de la LJCA –supuesto que contempla el artículo 84, apartados b) y c) de la LJCA– reconociéndose en favor del actor o actores una situación jurídica individualizada. La sentencia advierte que el citado artículo 86.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 tenía el mismo contenido

I. Fuentes del Derecho

que el artículo 72 de la hoy vigente de 1998. Esta tesis ha sido reiterada luego en la de la misma Sala de 11 de abril de 2006.

En el período analizado, se pronuncian en el mismo sentido las SSTS 17 de mayo de 2007, I.L. J 738 y 1031, 24 de mayo de 2007, I.L. J 1047, 28 de mayo de 2007, I.L. J 791, 29 de mayo de 2007, I.L. J 1015, 30 de mayo de 2007, I.L. J 1018, 4 de junio de 2007, I.L. J 767, 5 de junio de 2007, I.L. J 790, 6 de junio de 2007, I.L. J 774, 7 de junio de 2007, I.L. J 771 y 779, 11 de junio de 2007, I.L. J 935, 12 de junio de 2007, I.L. J 1152, 14 de junio de 2007, I.L. J 923, 924 y 936, 18 de junio de 2007, I.L. J 1156, 29 de junio de 2007, I.L. J 908, y 5 de julio de 2007, I.L. J 966.

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, benévolo o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo. G) Trabajos de colaboración social. **4. Zonas grises.** A) Transportistas. B) Personal contratado en Administraciones Públicas. C) Autónomos. D) Profesiones liberales. E) Socios empleados. F) Arrendatarios y aparceros. G) Toreros. H) Religiosos. I) Trabajadores extranjeros. J) Otros. **5. Noción de trabajador en el sistema de seguridad social.** A) Trabajador por cuenta ajena.

a) Familiares. b) Extranjeros. B) Inclusiones por asimilación. a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas. b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares. c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado. d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local. e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesíásticas. f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales. g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones. a) Servicios amistosos, benévolo o de buena vecindad. b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social. **6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

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

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007 (recurso de suplicación 2796/2007), I.L.J 1103.

1. Se resuelve un recurso de suplicación planteado ante una resolución de instancia, que estima la excepción de incompetencia de jurisdicción ante la demanda presentada por doña Ariadna y doña Carla, para que se declare la naturaleza laboral de la relación que las unía con las empresas codemandadas –Supermercados Sabeco, Ocio y Cía., SA, Sucesores de Ocio y Cía. SL, Pastelería Alberdi, SL, y don Jorge Miranda, SL, estas cuatro últimas dedicadas a la fabricación y distribución de pan–. Los hechos de los que se parte son los siguientes: de una parte, las dos demandantes firmaron respectivos contratos de arrendamiento de servicios con las cuatro últimas codemandadas. En dicho acuerdo se pactó que ambas prestaran sus servicios como reponedoras para estas empresas y en los centros de venta indicados por aquéllas. Sus funciones consistían en controlar la mercancía recibida y distribuirla en el punto de venta, empaquetándola y entregándola al consumidor. De otro lado, las cuatro empresas de panadería firman un contrato con Supermercados Sabeco, conforme al cual este último les deja utilizar a los panaderos una parte de sus establecimientos a cambio de recibir el 20% de cada producto vendido al público. Conforme a éstos y otros hechos, el TSJ del País Vasco estima la demanda en lo sustancial, declarando la existencia de relación laboral entre las demandantes y las panaderías, pero no con el supermercado.

2. Tras desestimar tres de los cuatro motivos de recurso alegados por las demandantes, y destinados a revisar los hechos probados, la Sala opta por adentrarse en la cuestión clave planteada por el caso: la determinación de la existencia o inexistencia de un contrato de trabajo. La conclusión alcanzada es que las demandantes están prestando sus servicios en ese despacho de pan en virtud de un contrato de trabajo por cuenta de las sociedades de panadería demandadas. Así, se entiende que el servicio de venta de pan y pastelería es el objeto de un contrato pactado entre Supermercados Sabeco y las codemandadas y no con las demandantes. Además, el contenido del contrato firmado entre las panaderías y las demandantes no era la asunción del negocio de venta del pan y repostería, sino únicamente efectuar la función de reponedoras o, en otras palabras, de dependientas. Esta idea se ve reforzada con el hecho de que las fechas de contratación de una y otra reponedora varían, cuando la actividad se venía desarrollando con anterioridad a su contratación. Por otra parte, se trata de servicios que prestan por cuenta de esas sociedades de panadería pues son éstas las que corren con el riesgo del negocio y las que obtienen sus beneficios, sin que sea relevante que la retribución pactada consista en una comisión sobre ventas. Por último, son servicios que se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de las cuatro sociedades, la única aportación de las partes es la que consiste en la prestación de sus servicios personales, quedando sumamente limitada su capacidad de autoorganización.

II. Trabajador

3. Poco a poco, la sentencia va desgranando los indicios concurrentes en el caso para delimitar cada uno de los cuatro presupuestos que determinan la calificación como laboral de una determinada prestación de servicios. Una vez más, tal argumentación permite superar la denominación otorgada por las partes al documento que regula la relación laboral, actuándose ese principio antinominalista que caracteriza al contrato de trabajo.

c) Actividad dependiente

STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2007 (recurso de suplicación 1214/2007), I.L. J 1134.

1. La demandante prestó servicios para la Comunidad Autónoma de Madrid (CAMA) con categoría profesional de Trabajadora Social, bajo la figura de un contrato de prestación de servicios con el Colegio Oficial de Trabajo Social y Asistentes Sociales de Madrid. Efectivamente, la Comunidad de Madrid y el Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de Madrid firmaron un Convenio de Colaboración para la prestación del servicio de atención social en el marco de la Red Regional de oficinas Judiciales Locales y de Distrito. El servicio convenido consistía en la orientación sobre recursos y prestaciones sociales a los ciudadanos que soliciten cualquier tipo de atención social en las Oficinas Judiciales Locales (ubicadas en localidades que no son cabeza de partido judicial), en especial a las víctimas de delitos, agresiones o amenazas. Tiene carácter gratuito para el usuario. El Trabajador Social gozará de plena libertad en el desarrollo de la actividad, prestandose el servicio por colegiados especialistas entre las 09:00 y las 13:00 horas, de lunes a viernes, excluidos los festivos. Se crean dos servicios adicionales, un coordinador y un auxiliar administrativo, seleccionados por el Colegio oficial, cuyo coste asume la Comunidad de Madrid y que se cuantifica en 1.372,80 euros mensuales, para el primero, y 1.190,00 euros mensuales, para el segundo. La financiación corre a cargo de la Comunidad de Madrid y, en su caso, de los Ayuntamientos que participen en la ejecución. Los pagos se efectuaban por la CAMA al Colegio Oficial, con periodicidad mensual, una vez realizado el servicio y emitidas las respectivas minutas de los Trabajadores Sociales intervinientes conforme al período efectivo de prestación del servicio. La CAMA facilitaba locales y medios materiales para el desempeño del servicio y el Colegio Oficial seleccionaba a los trabajadores sociales que iban a prestar el servicio, determinando la forma de su provisión y las rotaciones necesarias para que se garantizara la cobertura del servicio durante el horario adecuado. Expresamente se advertía que en ningún caso la prestación de los servicios objeto del convenio implicaría relación laboral alguna con la CAMA. Un convenio posterior similar se realizó por los mismos contratantes para la prestación de asistencia y orientación sobre servicios y recursos en el Juzgado de Guardia de Madrid.

Durante la fase de elaboración de estos dos Convenios, la Junta de Gobierno del Colegio Oficial adoptó un Acuerdo por el que se aprobaban las “Normas Reguladoras del Turno de Intervención Social en Justicia”, de las que ahora interesa destacar que para acceder al turno es necesario que los trabajadores sociales que lo soliciten estén dados de alta en el Régimen de Autónomos de la Seguridad Social y en el Impuesto de Actividades Económicas. Y que el servicio se devengará por la prestación efectiva de éste, en los horarios asignados, de acuerdo con la facturación presentada por el profesional y según el cuadrante

de asignaciones. Los honorarios a facturar por los profesionales se establecen en función de una determinada cantidad por hora trabajada, diferente según se tratase de días laborables, domingos o festivos.

Tras la celebración del correspondiente sorteo, la demandante obtuvo una de las plazas, firmando el correspondiente contrato de prestación de servicios con el Colegio Oficial en fecha 27 de julio de 2005; pasando a realizarlos a partir del 1 de agosto, en la Oficina Judicial Local de Buitrago de Lozoya y en el Juzgado de Guardia de Madrid, según los turnos que le correspondieron en los respectivos cuadrantes mensuales. A la finalización de cada mes, la actora emitía dos facturas que le abonaba el Colegio Oficial, una para el servicio de las Oficinas Judiciales Locales (OJL) y otra para el del Juzgado de Guardia de Madrid (JGM), con arreglo a las horas trabajadas en cada uno de ellos, con el siguiente resumen de cantidades brutas. El servicio en la oficina Judicial de Buitrago se prestó en un edificio propiedad de la CAMA donde existen otros servicios públicos autonómicos. En dicho local, la actora disponía de un despacho propio y medios materiales proporcionados por la CAMA, entre otros, dirección de correo electrónico de la Comunidad. Dicha Oficina Judicial Local está dirigida y servida por funcionarios de la Comunidad de Madrid y en ella prestan servicios otros profesionales, como abogados, en labores de asesoramiento a ciudadanos. Por su parte, el servicio en el Juzgado de Guardia de Madrid se prestó en la sede judicial de Plaza de Castilla núm. 1 y en alguna ocasión el Juez de Guardia solicita de estos Trabajadores Sociales un informe de su especialidad sobre alguna de las víctimas de delitos.

Producido el cese de la actora, reclamó ésta por despido contra la CAMA y contra el Colegio, estimando el Juzgado la demanda al declarar el carácter laboral de la relación entre la actora y la CAMA y, en consecuencia, la improcedencia del despido. Interpuesto el recurso de suplicación por la CAMA, la Sala lo desestima asimismo.

2. La sentencia de instancia fundamenta su decisión en que las tareas del trabajo social realizado lo fueron por cuenta ajena, asistiendo a las víctimas de los delitos de violencia doméstica, no tratándose de un simple servicio de información y orientación, siendo la CAMA la que ha establecido el modo de trabajo, los horarios, dotando de sus propios medios materiales a las oficinas judiciales, dentro de su ámbito de organización y dirección, al ser sus funcionarios los que dan las instrucciones, ejerciendo el poder de dirección, y no el Colegio Oficial, que queda exonerado de responsabilidad por entender que su intervención no va más allá de la mera designación de los trabajadores sociales estableciendo un sistema objetivo de selección. Como expone la Sala en la sentencia *ad quem*, en realidad, la sentencia recurrida, sin hacer mención explícita o directa a una cesión ilegal de trabajadores, viene a dar indirecta cabida a esta figura, aun cuando no declare la responsabilidad solidaria de las demandadas, basando su construcción teórica en los rasgos que conforman doctrinalmente tal cesión ilegal, si bien la razón última por la que finalmente condena a la CAMA, absolviendo al Colegio Oficial, descansa en que entiende es aquélla la verdadera titular del vínculo laboral, por confluir en ella las notas que definen la relación laboral de los artículos 1 y 8 del Estatuto de los Trabajadores, normativa sobre la que vuelca el núcleo de su fundamentación jurídica, influyendo decisivamente

II. Trabajador

el hecho de ser la propia CAMA la que financiaba el coste de la asistencia prestada por los trabajadores sociales y, naturalmente, por la demandante.

A los argumentos contenidos en la sentencia de instancia añade la de suplicación una extensísima argumentación, sobre la simulación del contrato de trabajo, la subcontratación y la cesión ilegal de trabajadores, figuras que a la postre no influyen decisivamente en el fallo, por lo que pueden obviarse en este comentario, aunque los razonamientos son extensos y cuidados.

En realidad, toda esa extensa argumentación interesa aquí sólo en orden a obtener la principal conclusión relacionada con la acción que se ejercita, no otra que la de despido, previa declaración de la naturaleza de la relación contractual subacente. A este respecto, afirma la Sala que "(...) si los contratantes han disimulado la celebración de un contrato de trabajo tras la apariencia de otro distinto (en nuestro caso sería el de prestación del servicio de atención social con amparo en las normas reguladoras del turno de intervención social en justicia), la destrucción de la ficción, caso de existir, procederá por la vía de la comprobación de la existencia de rasgos definitorios esenciales del contrato de trabajo, rechazando, por tanto, la situación que se quiere hacer aparecer hacia el exterior. Veamos, pues, si pese a la denominación nominal o formal de contratos de prestación de servicios, la relación de la actora es o no una relación laboral, para lo cual lo esencial es determinar si concurre la dependencia y ajenidad, en cuanto el hecho de que se trata de una relación personal y voluntaria no parece controvertido".

A partir de lo anterior, la mayor importancia de la sentencia que se comenta, para esta sección, radica en determinar los presupuestos sustantivos de la ajenidad y de la dependencia. Respecto de ellos afirma la Sala que "(...) la ajenidad, en la doctrina tradicional del Derecho del Trabajo, pasaba por distinguir, a su vez, la ajenidad en los frutos, en los medios y en el resultado. Los frutos no son adquiridos en un primer momento por el trabajador sino que pasan directamente a incorporarse en el patrimonio de otra persona. Los medios de producción no son puestos por el trabajador sino por la empresa, y, finalmente, el riesgo es asumido por el empresario. Más modernamente la ajenidad se identifica con la adquisición de la utilidad patrimonial o ventaja del trabajo por una persona u organización distinta de la que lo presta. La dependencia es equivalente a la existencia de órdenes ajenas al trabajador sobre el modo de ejecución del trabajo, si bien no ha de entenderse como un concepto necesariamente rígido, como subordinación estricta en todos los aspectos y circunstancias de tiempo, lugar y modo, sino que también, en su modalidad flexible, es acomodación de la actividad laboral a los condicionamientos y programas de la organización productiva en la que aquélla se inserta (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y García Murcia). Es posible que las profesiones liberales, con ciertos condicionamientos derivados de exigencias técnicas y deontológicas, se desenvuelvan en régimen laboral de dependencia, aunque realizados en régimen de autonomía. Decimos esto a propósito de que la prestación de servicios de la actora, como derivada de los convenios de colaboración entre la Comunidad de Madrid y el Colegio Oficial de Diplomados en trabajo social y asistentes sociales de Madrid, se desenvolvía en el desarrollo de su actividad supuestamente con plena libertad y autonomía, figurando de alta en el RETA y de alta en el Impuesto de Actividades Económicas".

Inmediatamente, la Sala propone diversos ejemplos, empezando por los abogados, con cita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia núm. 3466/2002 de Cataluña (Sala de lo Social), de 29 de abril, recurso de suplicación 7559/2001 (AS 2002, 2115), contemplando el supuesto de un abogado que acudía los tres días de la semana que le habían sido fijados por su empleador a la sede de UGT de Girona en la que permanecía realizando su actividad de asesoría jurídico-laboral toda la tarde. En el desarrollo de ésta utilizaba los medios materiales propios del sindicato demandado tales como teléfono, fotocopidora, etc. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia núm. 581/2002 de Madrid (Sala de lo Social, Sección Segunda), de 10 de septiembre, recurso de suplicación 1930/2002 (AS 2002, 3423), contemplando el caso del abogado que debía cumplir un horario, aun sin exhaustivo control, percibía una cantidad mensual fija con independencia del trabajo efectuado, atendía los asuntos de los clientes del despacho que le eran adjudicados, sin intervenir en las condiciones con éstos convenidas para la asesoría concertada, y su trabajo estrictamente era controlado por el jefe del despacho que firmaba, corregía y/o rehacía los escritos, careciendo de libertad para asumir o no un tema y de independencia en el modo de plantearlos, sin participar en los gastos del despacho. Es reiterada la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS que declara la irrelevancia de la calificación que las partes otorguen a un contrato, señalando que la naturaleza jurídica de un ente contractual viene determinado por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan [entre otras muchas, SSTs, Sala Cuarta, de 20 de septiembre de 1995 –recurso 1463/1994 (RJ 1995, 6784)–, 15 de junio de 1998 –recurso 2220/1997 (RJ 1998, 5260)–, 20 de julio de 1999 –recurso 4040/1998 (RJ 1999, 6839)–] y que la dependencia –entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa–, y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato [entre otras, SSTs, Sala Cuarta, de 14 de febrero de 1994 –recurso 123/1992 (RJ 1994, 1035)–, 27 de mayo de 1992 –recurso 1421/1991 (RJ 1992, 3678)–, 10 de abril de 1995 –recurso 2060/1994 (RJ 1995, 3040)–, 20 de septiembre de 1995 –recurso 1463/1994–, 22 de abril de 1996 –recurso 2613/1995 (RJ 1996, 3334)–, 20 de octubre de 1998 –recurso 4062/1997 (RJ 1998, 9296)–, Sala General]; si bien el requisito de dependencia no concurre cuando el contratado actúa con plena autonomía [entre otras, STS, Sala Cuarta, de 7 de marzo de 1994 –recurso 615/1993 (RJ 1994, 2210)–], aunque “mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma” y “también es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial” [entre otras, SSTs, Sala Cuarta, de 17 de julio de 1993 –recurso 1712/1992 (RJ 1993, 5688)–, 18 de marzo de 1994 –recurso 558/1993 (RJ 1994, 2548)–].

A partir de esos ejemplos, amplía la Sala el argumento con referencia a los profesionales, citando la Sentencia de 27 de abril de 2001, recurso de suplicación 1106/2000 (AS 2001, 2356) en la que se estableció que “(...) la prestación de servicios de los profesionales puede llevarse a cabo bien mediante un contrato de trabajo o bien a tra-

II. Trabajador

vés de un contrato de arrendamiento de servicios, habiendo señalado la jurisprudencia que en ocasiones la línea de separación entre ambas figuras es borrosa y de fronteras imprecisas, por lo que han de valorarse cuidadosamente las circunstancias de cada caso [STS de 12 de julio de 1988 (RJ 1988, 5798)]. También se ha dicho que la esencia del arrendamiento de servicios es similar a la de la relación laboral, de forma que aquella figura, por evolución legislativa, ha sido desplazada del Código Civil (LEG 1889, 27) a la legislación laboral; siendo ya hoy la única nota distintiva la de la prestación de los servicios profesionales bajo la dirección y ámbito de organización de un empleador, y normalmente –no necesariamente– con carácter exclusivo [STS de 7 de julio de 1988 (RJ 1988, 5770)]. Se ha estimado, en este sentido, que la línea divisoria entre una y otra opción –arrendamiento de servicios y contrato de trabajo– se halla en lo que la jurisprudencia llamó ‘integración en el círculo rector y disciplinario del empresario’, concepto que en la legislación vigente se formula como la prestación de servicios que tiene lugar ‘(...) dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica’ [artículo 1.1 ET (RCL 1995, 997)] y que la doctrina científica denomina nota o criterio de dependencia. Para delimitar ambas figuras contractuales, la ajénidad carecerá de virtualidad diferenciadora, pues la transmisión originaria de los frutos o de la utilidad patrimonial del trabajo se produce tanto a favor del empresario como del arrendatario de servicios, el examen habrá de detenerse en la comprobación del modo de la prestación, distinguiendo si se realiza con la independencia propia de un profesional libre, o por el contrario, mediante la integración en una organización ajena. En el caso del arrendamiento de servicios, el profesional realiza su cometido con entera independencia, teniendo libertad para aceptar o rechazar los encargos, y normalmente cuenta con una organización propia, en ocasiones con trabajadores a su servicio, que le permite ofrecer sus servicios en el mercado con autonomía, el profesional percibe sus retribuciones en forma de honorarios, que fija valorando por sí mismo los servicios prestados, ateniéndose en su caso a los establecidos por la corporación profesional respectiva. Por el contrario, el contrato de trabajo implica la integración en el ámbito de organización y dirección de otra persona, el empleador, y ello significa la incardinación del trabajador en la estructura empresarial sin libertad para aceptar o rechazar el trabajo que se le asigna y sin que exista o se haya considerado la existencia de una organización propia del trabajador. Si existe dependencia, la retribución deberá considerarse salarial, a pesar de la forma que eventualmente se le haya podido dar, frecuentemente con el fin de enmascarar la verdadera naturaleza laboral de la relación, y desde luego la fijación unilateral de las retribuciones por la empresa, sin relación alguna con un sistema de honorarios profesionales, debe apuntar a la laboralidad de la relación”.

Todavía la sentencia vuelve sobre la nota de la dependencia, como rasgo constitutivo del contrato de trabajo, afirmando respecto de ella que deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones: “a) no se opone a la misma el hecho de que el trabajador pueda gozar de cierta, o incluso elevada, independencia técnica en la ejecución de su trabajo, según lo requiera la índole de la profesión o tarea desempeñada; b) la nota de dependencia puede y suele manifestarse a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar y modo de realización del trabajo, como jornada y horario preestablecidos, puesto de trabajo en fábrica u oficina, ordenación y control continuos y eventual ejercicio del poder disciplinario; c) aun en ausencia de tales manifestaciones, la dependencia puede también reflejarse en otros

posibles aspectos de la ejecución del trabajo, que están en función del tipo de servicios prestados en cada caso, como señalan las SSTs de 8 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7622) y 22 de abril de 1996 (RJ 1996, 3334). Como sintetiza la STSJ del País Vasco (Sala de lo Social, Sección Primera), de 15 de marzo (AS 2005, 2173), en el recurso de suplicación 55/2005, en los casos de determinación de los rasgos que configuran la relación laboral, ha de tenerse en cuenta:

a) Que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros de naturaleza análoga, como el de ejecución de obra, el de arrendamiento de servicios, el de comisión, etc., regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida, ni en la doctrina científica y jurisprudencial, ni en la legislación, ni siquiera en la realidad social; así como tampoco el casuismo de la materia que obliga a atender a las específicas circunstancias de cada caso concreto.

b) Que el contrato de trabajo no sólo se caracteriza por la ajenidad, sino también por referirse a un trabajo dependiente (artículos 1.1 y 3.1 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997)), siendo ésta la única nota que permite diferenciar el contrato de trabajo del civil de arrendamiento de servicios, o como dice el artículo 8.1 del mismo cuerpo legal: “se presumirá existente entre todo el que presta servicio, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”.

c) El trabajo regulado por el derecho del trabajo es, por lo pronto, el trabajo personal, esto es, el trabajo en cuya realización se comprometen de modo personalísimo seres humanos, personas físicas o naturales, sin que quepa posibilidad alguna de sustitución novatoria en la persona del trabajador. No interesan, por tanto, al derecho del trabajo ni las prestaciones a cargo de personas jurídicas ni aquéllas de carácter fungible en las que la persona del trabajador es intercambiable. A diferencia de lo que ocurre en los contratos civiles de empresa en los que el contratista de la obra no se obliga a trabajar personalmente.

d) Que la calificación de la relación que vincula a las partes debe hacerse a la luz del criterio jurisprudencial ampliamente reiterado que pone de manifiesto cómo los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorgan los intervinientes [Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1990 (RJ 1990, 4681)], debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el *nomen iuris* empleado por los contratantes [Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7310)]; siendo así que la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a las partes, no es algo que quede a la libre disposición de éstas, sino que es una calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual [Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1989 (RJ 1989, 2967); 18 de abril (RJ 1988, 2974) y 21 de julio de 1988 (RJ 1988, 6214) y 5 de junio de 1990 (RJ 1990, 6059)].

II. Trabajador

Al término de esta extensísima exposición, concluye la Sala diciendo que “(...) para determinar la existencia de un contrato de trabajo lo esencial es establecer la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia a las que se refiere el artículo 1.1º del Estatuto de los Trabajadores, esto es, que la prestación de servicios contratada se realice dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, y por tanto con sometimiento al círculo rector, disciplinario y organizativo de la misma [Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1099)]; no siendo suficiente para la configuración de la relación laboral la existencia de un servicio o actividad determinada y su remuneración por la persona a favor de quien se prestan para que, sin más, nazca a la vida del derecho el contrato de trabajo, pues su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta el servicio a favor de la persona que lo retribuye, siendo necesario para que concorra que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista rector y disciplinario del empleador, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil [Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5738) y 4 de febrero de 1990 (RJ 1990, 886)]. Por lo que, para que sea efectiva la presunción favorable a la existencia del contrato de trabajo, que establece el artículo 8.1º del Estatuto de los Trabajadores, es preciso que concurren los requisitos antes apuntados [Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1756)], no bastando la mera realización de una determinada actividad a favor, o por cuenta, de la persona que la retribuye; bien entendido que la dependencia no se configura en la actualidad como una subordinación rigurosa e intensa, habiendo sido estructurada, primero por la Jurisprudencia y luego por las propias normas legales, en un sentido flexible y laxo, bastando con que el interesado se encuentre, ‘dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona’ (artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores) [Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4993)], si bien la concurrencia de esta circunstancia debe exigirse en todo caso, en mayor o menor grado pero estando siempre presente en la relación entre las partes, pues en caso contrario se corre el peligro de desnaturalizar absolutamente el contrato de trabajo trayendo a este ámbito del derecho relaciones en las que no se dan los presupuestos fácticos que lo caracterizan, por lo que la flexibilización en la exigencia de este requisito debe hacerse de manera rigurosa, siendo muy escrupulosos a tal efecto, so pena de vaciar de contenido otras posibles formas de colaboración o prestación de servicios por cuenta, o, en interés de terceros, contempladas en el ordenamiento jurídico como ajenas al derecho del trabajo y en las que, en muchas ocasiones las partes convienen libremente en basar su relación rigiéndose durante su vigencia por normas ajenas al derecho laboral, pretendiéndose la aplicación de estas últimas cuando la relación se rompe, sin que real y efectivamente hubiesen concurrido en la prestación de servicios las notas características del contrato de trabajo”.

Llega el momento en que la Sala ha de pasar a la subsunción del supuesto de hecho sometido a su consideración en la rica doctrina elaborada previamente y lo hace con una sinceridad extrema, reconociendo que “(...) a criterio de los integrantes de esta Sección de Sala, el contrato de prestación de servicios suscrito por la actora, pese a la nomenclatura acuñada, sin necesidad de pronunciarnos sobre la existencia o no de la cesión ilegal, –innecesaria para confirmar o revocar la sentencia– y aun admitiendo las fronteras entre el contrato de arrendamiento de servicios y el contrato de trabajo no son claras, sino de contornos grises, oscuros e imprecisos, por lo que es menester reconocer que la cuestión

sometida a nuestra consideración es intrincada, compleja y abierta a otras interpretaciones, reviste las notas o características de propias de la relación laboral, debiendo aflorar la verdad sobre la apariencia, dotándola del adecuado régimen jurídico. En efecto, si la actora ha prestado servicios de orientación sobre recursos y prestaciones sociales en una oficina judicial, servicio público creado con una indudable vocación de permanencia, en la que disponía de despacho propio y medios materiales proporcionados por la Comunidad de Madrid, entre otros, dirección de correo de la Comunidad, y de atención a las víctimas de delitos de violencia doméstica y de género en el Juzgado de Guardia de Madrid, sometida a un horario, desarrollando la ejecución de su actividad con libertad y autonomía técnica, pero estando su trabajo sometido a la superior organización y dirección última de la Comunidad, a través de la jefatura de sus funcionarios, que dan instrucciones y coordinan a los trabajadores, y en el Juzgado de Guardia, a través de la inserción en un equipo multidisciplinar técnico integrado por psicólogos y trabajadores sociales que son personal laboral de la Comunidad de Madrid, emitiendo, a petición del Juez de Guardia, informes de su especialidad sobre las víctimas de los delitos, asumiendo la Comunidad, en virtud de los convenios suscritos, la obligación de financiar el coste de su asistencia como trabajador social, aunque cobrase mediante la intermediación del Colegio oficial, no parece sea posible deducir, repetimos que dentro de lo complejidad que presenta la litis, su relación no sea laboral, puesto que, en última instancia, quien dirige, organiza, presta los medios y financia los proyectos, aun no figurando nominalmente como empleador, prestando un servicio público necesario con vocación de permanencia y utilidad a la ciudadanía a la que sirve, acercándole la justicia, es la Comunidad de Madrid, y por ello, el cese de la demandante, como acertadamente resolvió el Magistrado de instancia, es un despido calificable de improcedente, y la sentencia se confirma con previa desestimación del recurso”.

3. La muy rica argumentación es irreprochable y la conclusión práctica a la que se llega no merece crítica, aunque quede en el aire un fleco poco razonable, atribuible sin embargo a la sentencia de instancia y a la probable deficiencia del recurso de suplicación. Se refiere ese fleco a la posición del Colegio, exonerado de toda responsabilidad, pese a que probablemente debió ser condenado de modo solidario con la Comunidad, habida cuenta de los contornos imprecisos y discutibles de las relaciones concertadas y de su intervención protagonista en los hechos. Porque si no hubo infracción legal la relación laboral declarada es más que discutible, pero si la hubo la solución final sí debe cuestionarse al haberse constituido aquella infracción con la connivencia de la corporación profesional.

d) Actividad por cuenta ajena

STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2007 (recurso de suplicación 1260/2007), I.L. J 1132.

1. Según consta probado en la sentencia, la demandante prestó sus servicios para la Organización Nacional de Ciegos de España (en adelante, ONCE) desde 1985. En concreto,

II. Trabajador

realizando tareas de adaptación y grabación de libros. Cobrando como media una retribución mensual de 648,09 euros. Para el desarrollo de su actividad la demandante utilizaba el material propiedad de la ONCE, recibiendo instrucciones técnicas de la ONCE para el desarrollo de su trabajo. Queda también demostrado que la demandante cobraba en función de los libros que adaptaba, pudiendo decidir qué trabajos realizar, por este motivo existen períodos sin facturar durante los años que duró la relación entre las partes. Siendo desde julio de 2002 hasta marzo de 2006, fecha en la que se le comunicó a la actora la resolución del contrato que la unía a la ONCE, mensuales las facturas que se giraban a la Organización.

2. La sentencia del Tribunal enjuicia si la excepción de incompetencia de jurisdicción acordada por el Tribunal de Instancia es correcta. Para ello hace un repaso de los requisitos exigidos por la jurisprudencia y la doctrina científica para entender que nos encontramos ante una relación de carácter laboral. En concreto, analiza los requisitos de dependencia y de ajenidad. Entendiendo por dependencia el equivalente a la existencia de órdenes ajenas al trabajador, y constituyendo indicios de la existencia de esta dependencia la asistencia al centro de trabajo, el sometimiento a un horario, el desempeño personal del trabajo entre otros.

Por su parte, la ajenidad puede ser definida, según el Tribunal, como la adquisición de la utilidad o ventaja del trabajo por una persona u organización distinta de la que lo presta. Algunos de los indicios de ajenidad que el Tribunal señala serían el carácter fijo o periódico de la remuneración, o la puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados. Una vez que ha definido los requisitos de ajenidad y dependencia, y una vez vistos los indicios más comunes, el Tribunal razona que en el presente caso no está presente el requisito de dependencia, mientras que sí concurre el requisito de ajenidad. Por lo tanto, acuerda ratificar la sentencia de primera instancia, reconociendo que el orden social no es el competente para conocer de las pretensiones de la demandante.

3. No parece cuestionable la concurrencia en el supuesto fáctico que nos ocupa del requisito de la ajenidad, ya que los frutos del trabajo son incorporados por la empresa. Sin embargo la presencia del requisito de dependencia debe ser analizada con mayor detenimiento. La particularidad del requisito de dependencia en los últimos tiempos proviene de que los tribunales han venido reconociendo que es un requisito graduado, es decir, que no todos los trabajos tienen el mismo grado de dependencia, y no por ello se debe dejar de reconocer el carácter laboral de todos ellos. El presente caso, por lo tanto, podría ser un supuesto de dependencia muy debilitada, haciendo competente al orden laboral. Los únicos dos rasgos que permiten compartir la teoría del Tribunal son: primero, la ausencia de un salario fijo, o al menos de una cantidad base fija que permita entender que hay una relación laboral, y segundo, la libertad de la trabajadora para elegir qué trabajos realizar. La inexistencia de al menos uno de estos requisitos esenciales, un salario mínimo o la no libertad para elegir el trabajo a realizar, imposibilita reconocer mínimamente algún grado de dependencia en la relación que venían manteniendo Organización y trabajadora.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

d) Deportistas profesionales

TSJS del País Vasco de 20 de febrero de 2007 (recurso de suplicación 2935/2006), I.L. J 835.

1. El TSJ del País Vasco desestima el recurso de suplicación planteado por el Sestao River Club de fútbol contra la sentencia de instancia que resolvía la demanda de despido planteada por don Enrique, declarando su improcedencia y condenando a dicho club al pago de la indemnización y salarios de tramitación correspondientes. Entre los hechos probados recogidos por la resolución recurrida destaca la reproducción del documento firmado entre las partes, en el que se estipula que don Enrique prestará sus servicios de jugador al club como futbolista aficionado y que percibirá en concepto de gastos una serie de cantidades fijas al mes, a las que se suman primas por partidos disputados y una parte variable a pactar posteriormente. Transcurridas dos temporadas, el entrenador del club comunica al actor su no renovación. Asimismo, se recogen los horarios de entrenamiento fijados por el club, así como que es éste el que facilita al jugador el equipamiento para desarrollar su actividad. Consta como hecho probado que don Enrique trabaja simultáneamente como comercial de la Cadena Ser.

2. La resolución del recurso planteado gira en torno a la infracción o no por parte de la sentencia de instancia del artículo 1.2 del RD 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral de los deportistas profesionales; precepto que delimita el ámbito subjetivo de dicha relación laboral. La parte recurrente estima que se trata de un futbolista aficionado, excluido de tal normativa, basándose en la inexistencia de retribución, pues hay una compensación de gastos; en la inexistencia de un régimen disciplinario, y en el desempeño por parte del actor de una actividad como comercial que resulta ser la principal frente a la actividad de futbolista. En contraposición, el TSJ del País Vasco analiza como argumento central la existencia de retribución en dicha relación, señalando que será tal aquellas cantidades percibidas que superen la compensación de los gastos derivados de la práctica deportiva. Así pues, en la medida que la retribución abonada al jugador superaba el doble del SMI se valora el carácter retribuido de su prestación de servicios. Asimismo, se considera la concurrencia de dependencia, en cuanto el actor estaba sujeto a horarios fijos de entrenamiento, así como a un control de sus salidas nocturnas en vísperas de los partidos. Igualmente, se resta valor a la compatibilidad de la prestación deportiva con la ordinaria de comercial, dada la pequeña dimensión del club y sus recursos económicos que no permiten exigir exclusividad a ninguno de sus jugadores.

3. Tal y como argumenta de forma impecable la sentencia comentada se trata de una relación laboral de carácter especial, ya que se entabla entre un jugador profesional y un club deportivo, en la que concurren todos los presupuestos de laboralidad, incidiendo en la

II. Trabajador

conurrencia de los más inciertos en el supuesto de hecho, como son la retribución y la dependencia. En este sentido, se muestra una vez más cómo la calificación que el deportista ostente en la Federación deportiva, o la que se le ha dado en el documento que ordena la relación (“futebolista aficionado”) resultan irrelevantes a los efectos de su consideración como laboral cuando dichos presupuestos concurren claramente.

STSJ de Aragón de 31 de enero de 2007 (recurso de suplicación 1170/2006), I.L. J 1220.

1. Los dos actores prestaron servicios para la Unión Deportiva Barbastro como jugadores de fútbol sin exclusividad, puesto que realizaban otros trabajos externos. Como el resto de jugadores del club, entrenaban 2 o 3 días a la semana, desplazándose desde Lérida, donde residían, a Barbastro en sus coches particulares, abonándose la empresa el kilometraje. La demandada se hacía cargo también de los demás gastos, como ropa, desplazamiento a las localidades donde jugaban los partidos, manutención y estancia. El único gasto que tenían que sufragar los jugadores era la compra de botas.

El primero de los dos futbolistas había suscrito contrato de trabajo en fecha 14 de julio de 2003, con una vigencia de 10 meses, hasta el 30 de abril de 2004. Posteriormente, el 27 de julio de 2004 suscribió nuevo contrato con una vigencia de dos temporadas, desde el 1 de agosto de 2004 hasta el 30 de junio de 2006. Finalmente, el 11 de agosto de 2005 suscribió nuevo contrato con una vigencia de dos años, desde el 1 de agosto de 2005 hasta el 30 de junio de 2007, en cuya cláusula tercera se acordó que “el jugador aficionado percibirá, como dietas, por sus servicios las siguientes cantidades: temporada 2005/2006, mensualidad de 1.080 euros, desde agosto de 2005 hasta mayo de 2006, ambos inclusive. Durante la temporada 2005/2006, recibirá la cantidad de 60 euros por cada gol marcado en partido oficial. Premio de 1.080 euros, correspondiente a la mensualidad de junio si el Club juega los Play-Off la temporada 2005/2006. Temporada 2006/2007, mensualidad de 1.200 euros, desde agosto de 2006 hasta mayo de 2007. Durante la temporada 2006/2007, recibirá la cantidad de 60 euros por cada gol marcado en partido oficial. Premio de 1.200 euros, correspondientes a la mensualidad de junio, si el Club juega los Play-Off la temporadas 2006/2007.

El segundo de los demandantes suscribió contrato de trabajo en 2003 con una vigencia de 10 meses, hasta el 30 de abril de 2004. El 27 de julio de 2004 suscribió nuevo contrato con una vigencia de dos temporadas, desde el 1 de agosto de 2004 hasta el 30 de junio de 2006, y el 12 de julio de 2005 suscribió nuevo contrato con vigencia desde el 1 de agosto de 2005 hasta el 30 de junio de 2007, en cuya cláusula tercera se estableció que “el jugador aficionado percibirá, como dietas, por sus servicios las siguientes cantidades: Mensualidad de 1.020 euros, desde agosto de 2005, hasta mayo de 2006, ambos inclusive. Premio de 1.020 euros correspondientes al mes de junio, en caso de que el Club juegue el Play-Off durante la temporada 2005/2006. Para la temporada 2006/2007 la mensualidad será actualizada”.

Finalizada la temporada 2005/2006, y habiendo conseguido el ascenso a 2ª B, la empresa indicó a los actores que se les comunicaría el día de inicio de los entrenamientos y que se

contaba con ellos. Sin embargo, cuando se pusieron en contacto posteriormente, les comunicó que su continuidad en el Club era difícil, iniciándose conversaciones para intentar llegar a un acuerdo. Al fracasar las negociaciones y habiendo comenzado la pretemporada el 20 de julio de 2006, los actores se presentaron el 11 de agosto de 2006 al entrenamiento en el Campo de Fútbol de Estadilla (Huesca), no permitiéndoseles el acceso.

2. El Juzgado, primero, y la Sala, después, rechazaron la excepción de incompetencia jurisdiccional por razón de la materia opuesta por el Club, basándose en la Sentencia de la propia Sala de 8 de marzo (AS 2004, 2497), en la que se había negado la existencia de relación laboral entre un jugador de fútbol y el Club Deportivo Valdeferro, de regional preferente, supuesto en el que el futbolista percibía 60 euros mensuales durante la temporada (10 meses) y primas por puntos que, en los tres últimos meses, habían ascendido a 75 euros, acudiendo el futbolista a los entrenamientos y a los partidos, argumentando entonces la Sala que el pronunciamiento de incompetencia está sólidamente asentado sobre la resultancia fáctica del proceso, habida cuenta del carácter no salarial de las exiguas percepciones del demandante y de cuanto al respecto dispone el artículo 1.2, párrafo segundo, del mencionado Real Decreto (1006/1985), que sitúa al margen de la relación laboral especial de los deportistas profesionales del artículo 2.1d) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), a “(...) aquellas personas que se dediquen a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club percibiendo de éste solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva”, como es el supuesto enjuiciado, en el que, además, tampoco se dan las notas estrictas de ajenidad y dependencia desde el momento en que no existe un rígido sistema de vinculación profesional a la actividad deportiva en facetas tan trascendentales como la dedicación al entrenamiento”.

A partir de ahí, razona la Sala que el presente supuesto de hecho es radicalmente distinto del primero, ya que los actores han prestado servicios profesionales a cambio de retribuciones superiores al mínimo interprofesional, sin que pueda influir en la existencia o inexistencia de la relación laboral la situación de pluriempleo. Tales retribuciones, por su cuantía, no pueden ahora imputarse a una mera compensación por gastos propios de la actividad deportiva porque éstos se pagaban aparte, salvo la compra de botas.

3. Carecen de interés en esta sección dos aspectos de la sentencia que jurídicamente sí lo tienen desde luego, uno el relativo a la denegación de una diligencia de prueba, solicitada por la empresa recurrente, con base en el artículo 460.2.2º LEC, por entender la Sala que tal precepto no es aplicable en el recurso extraordinario de suplicación. Y otro, relativo a la desestimación de la alegación de desistimiento, entendiéndose por el contrario estar en presencia de un despido y, en cuanto carente de causa, de naturaleza improcedente, lo que es muy claro a la vista de los hechos declarados probados. Por lo demás, el pronunciamiento de la sentencia es absolutamente coherente con los hechos declarados probados, en base a los cuales habría sido inaceptable un fallo distinto, calificando a los demandantes como deportistas aficionados y, por tanto, ajenos al ámbito de las relaciones laborales, especial en este caso por disposición de la ley.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

STSJ de Cataluña de 5 de febrero de 2007 (recurso de suplicación 8513/2006), I.L. J 1239.

1. La demandante ha venido prestando servicios como terapeuta/logopeda para el Consell Comarcal del Pla d'Urgell desde el 1 de noviembre de 2000, en el CDIAP. Desde su creación el CDIAP se ha venido gestionando mediante la contratación de profesionales autónomos titulados en el ámbito de la psicología, trabajo social, logopedia, fisioterapia y pediatría. El 13 de noviembre de 2000 el Consell Comarcal del Pla d'Urgell dictó resolución por la que contrataba a la demandante como terapeuta en el CDIAP, en el programa, durante 6 horas semanales los meses de noviembre y diciembre del año 2000 y 5 horas semanales a partir del año 2001, por 3.300 pesetas la hora. A finales del año 2000 y durante el año 2001, periódicamente (unas veces cada mes, otras cada dos meses), presentaba a la entidad demandada facturas haciendo constar como concepto "honorarios por los servicios de terapeuta en el CDIAP del Consell Comarcal del Pla d'Urgell" y como "precio" 3.300 pesetas la hora; la factura incluía un 9% de "retención IRPF" y estaba exenta de IVA. Para los años 2002, 2003 y 2004 se contrató a la demandante (el primer año como terapeuta y los otros dos como logopeda) para 12 horas semanales, fijándose un precio de 19,83 euros/hora (IVA incluido); en los contratos suscritos por las partes se fijaba una duración de 1 año y en la cláusula sexta se hacía constar que tenía naturaleza administrativa. En el año 2005 no consta contrato por escrito; la demandante siguió girando facturas de la misma forma que lo había hecho en los años anteriores, pero con un precio de 23,52 euros la hora. La cantidad percibida por la demandante por los servicios prestados se fijó atendiendo, como criterio orientativo, a la cuantía de los honorarios que contempla la ACAP; en el año 2005 la demandante facturó por el período de 15 de febrero a primera semana de agosto, consignando un total de 399 horas. Las facturas eran revisadas por la coordinadora del CDIAP, quien una vez autorizadas las remitía al Consell para su abono. La última factura girada por la demandante se refería a "la primera semana de agosto". La demandante ha estado afiliada al RETA. Los servicios que presta el CDIAP se dispensan en un inmueble independiente de la sede administrativa de la entidad demandada, los gastos del inmueble corren a cargo de la demandada, al igual que el material que se utiliza en éste. Los distintos profesionales que integran el equipo del CDIAP cuentan con llave del inmueble y se coordinan de forma autónoma, a través de una comisión, para repartirse las salas y horarios a los efectos de prestar los servicios de su especialidad; quien ha venido ostentando el cargo de Coordinadora del equipo ha sido doña Mari Trini. Esa misma comisión o equipo, integrado por los profesionales, organizaba la prestación del servicio en éste y todas las incidencias relacionadas con su desarrollo, sin rendir cuentas a la entidad demandada, con la que apenas había comunicación. La demandante era la que, dentro de la disponibilidad de salas que hubiera y de su conveniencia personal, decidía qué días y a qué horas acudía a prestar sus servicios. La demandante no estaba sujeta, fuera de la limitación de horario por razón de disponibilidad del local, a control horario, como tampoco a supervisión del Consell a la hora de prestar sus servicios, ausentarse de su puesto de trabajo o disfrutar de vacaciones y licencias. El 4 de noviembre de 2004 la actora comunicó a la entidad demandada que "se pone de baja laboral desde el 15 de octubre de 2004 y de baja de maternidad el 24 de octubre del mismo

año. Se prevé que se incorporará el 14 de febrero de 2005. Durante este período, la sustituirá la logopeda Gemma Fornés”. El 23 de febrero de 2005 remitió un escrito a la Gerente del Consell haciendo constar su disposición desde el 14 de febrero para incorporarse de nuevo al equipo del CDIAP. La demandante buscó a la persona que le sustituyó durante su ausencia y le comunicó de qué fecha a qué fecha le sustituiría. La entidad demandada no tiene en plantilla (ni laboral ni administrativa) a ningún logopeda, ni tiene creado tal puesto de trabajo. A finales del mes de junio de 2005 el coordinador de los Servicios Sociales comunicó a la actora que prescindirían de sus servicios.

2. Se estima que la Administración (Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto) no puede celebrar contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo, ni siquiera excepcionalmente, más que según la Ley de Contratos del Estado. En la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo) se preveía la posible contratación por parte de las Administraciones Públicas de los trabajos “de consultoría y asistencia, los de servicios y los trabajos específicos y concretos no habituales que celebre la Administración”. En SSTs de 2 de febrero de 1998, 19 de mayo de 2005, 27 de julio de 2005 y otras se limita a la realización de un trabajo específico, concreto y no habitual, y en el mismo sentido se encuentra la Ley 13/1995 modificada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre. Ante esta situación puede afirmarse que la contratación administrativa ya no admite la posibilidad de una contratación de actividades de trabajo en sí misma consideradas sino sólo en atención a la finalidad o resultado perseguido. De ello se deduce la inexistencia de naturaleza administrativa del contrato.

Pero se estima que falta la dependencia que requiere el artículo 1.1 ET, porque la actora contrató unas veces como logopeda y otras como terapeuta, la cantidad percibida por los servicios que prestaba se fijó atendiendo, como criterio orientativo, a la cuantía de honorarios que contempla la ACAP y procediendo a emitir las correspondientes facturas que eran revisadas por la coordinadora del CDIAP y una vez autorizadas eran remitidas al Consell para su abono, durante todo el período la actora estuvo en el RETA, la actora junto con los otros profesionales que integran el equipo del CDIAP cuentan con llave del inmueble y se coordinan de forma autónoma a través de una comisión para repartirse las salas y horarios a los efectos de prestar los servicios de su especialidad, esa misma comisión o equipo, integrado por los profesionales, entre ellos la actora, organizaba la prestación del servicio en sí misma y todas las incidencias relacionadas con su desarrollo, sin rendir cuentas a la entidad demandada, la actora era la que dentro de la disponibilidad de las salas y de su conveniencia personal, decidía qué días y a qué horas acudía a prestar sus servicios, tampoco estaba sujeta a control horario, su trabajo no era supervisado por el Consell, ni tampoco controlaba las ausencias, vacaciones y licencias, la actora, por ejemplo, en fecha 4 de noviembre de 2004 comunicó a la demandada que iniciaba baja por IT y baja maternal en una fecha determinada, comunicando igualmente con posterioridad cuándo reiniciaba la prestación de servicios, durante dicha situación la actora buscó a la persona que debía sustituirla durante su ausencia y comunicó a la empresa tal circunstancia y la fecha de incorporación y baja de la sustituta, y la empresa demanda no tiene entre su personal a ningún logopeda ni tiene creado tal puesto de trabajo.

II. Trabajador

3. Se ha de valorar positivamente la sentencia tanto respecto de la imposibilidad de que se trate de un contrato administrativo, en que es adecuada la cita legislativa y jurisprudencial, como de la falta de laboralidad por inexistencia de dependencia, si bien no todos los indicios que se exponen son relevantes. Tan sólo se pueden considerar impeditivos de la existencia del contrato de trabajo, la falta de control empresarial de la actividad expresada en el centro, esto es, no tener que rendir cuentas de la actividad y la libertad para las ausencias de la demandante, incluidas las debidas a vacaciones o IT, porque el resto no tiene significado obstativo a la laboralidad del contrato. Se ha de partir de que ya desde 2000 y 2001 y en el tramo 2002 a 2004 se había concertado que la demandante prestara 6 horas de trabajo semanal y luego (en 2001) 5, y hasta 2004 12 horas semanales, de manera que su concreción en el centro, se debía a las vacantes o “huecos” que dejaran otras asignaturas. Ésa es una expresión de mayor disponibilidad o dependencia. La retribución era revisada por la coordinadora del CDIAP. Tener o no tener la plantilla con profesionales como la demandante es un tema de mera organización empresarial de cuya corrección no depende la naturaleza del contrato, si es que los correspondientes servicios se prestaban. Que busque el empresario o el trabajador, por su voluntad, su propio sustituto es indiferente, si aquél es quien concertaba la suplencia según su propio criterio.

E) Socios empleados

STSJ de Valencia de 15 de febrero de 2007 (recurso de suplicación 4530/2006), I.L. J 897.

1. La presente sentencia resuelve el recurso de suplicación presentado por un socio trabajador contra la resolución judicial de instancia, por la que se absolvía a la sociedad cooperativa de la que era parte así como al Fondo de Garantía Salarial, de las pretensiones alegadas por el actor en demanda de despido. El relato de los hechos parte del procedimiento de expulsión llevado a cabo por “Auto Futuro Coop. V.” del socio trabajador don José Pablo, que tiene su origen en la notificación al actor del acuerdo del Consejo Rector de instruirle expediente disciplinario, comunicándole el correspondiente plazo de alegaciones, alegaciones que fueron formuladas por el actor en tiempo y forma. El siguiente paso por parte de la empresa fue notificar al actor la resolución del Consejo Rector de proceder a su expulsión, con suspensión de todos los derechos, a excepción del de voto e información, quedando abierta la vía de recurso ante la Asamblea General de la Cooperativa en el plazo de un mes desde dicha notificación. Tal resolución se apoyaba en una compleja y extensa serie de actuaciones del actor, constitutivas todas ellas de faltas muy graves, conforme a los Estatutos Sociales de la Cooperativa y a la propia Ley de Cooperativas de Valencia. Entre los hechos descritos destacan, el desvío de clientes a otros talleres, en los que el actor se encargaba de las reparaciones, así como ausencias prolongadas e injustificadas del puesto de trabajo. Todos ellos constituyen muestras claras de deslealtad hacia la entidad de la que el actor forma parte. Transcurrido el plazo para recurrir ante la Asamblea General, el Consejo Rector comunica la ejecución del acuerdo de expulsión.

2. La Sala de lo Social del TSJ de Valencia desestima el recurso de suplicación planteado fundamentalmente por defectos formales, ya que, en la medida en que se trata de un instrumento extraordinario de defensa ha de apoyarse en la cita de los preceptos vulnerados o no aplicados o, en su caso, de la jurisprudencia infringida, medios que no han sido observados por el recurrente, quien se ha limitado a defender la excepción de caducidad

de la acción apreciada en la instancia, en cuanto, a juicio de esta parte, la presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC sufre el requisito del recurso ante la Asamblea General de la Cooperativa. Pero, además, la resolución profundiza en la cuestión no planteada por la parte recurrente, señalando que el recurso sería desestimado, en primer lugar, porque no se está ante una relación laboral sino societaria, y, en segundo término, porque a los socios trabajadores les es aplicable su propia normativa, y sólo cuándo ésta así lo reconozca por las normas laborales sustantivas y procesales.

3. En efecto, en esta ocasión, el procedimiento de expulsión, expresamente contemplado por la legislación en materia cooperativa, ha sido realizado cumpliendo cada uno de los trámites que garantizan los derechos del socio así como los de la propia sociedad cooperativa. Con ese objetivo, dicho procedimiento prevé fases de alegaciones y recursos ante órganos distintos a aquel que adoptó la decisión disciplinaria. Es éste el proceso aplicable a cualquier socio trabajador, en la medida en que su relación es estrictamente societaria por decisión del legislador, a pesar de sus semejanzas con la relación laboral. Por esta razón, es la normativa cooperativa la que prevé como paso previo al acceso a la jurisdicción social, agotar la fase de recurso ante la Asamblea General de socios, que sustituye, no se equipara, al intento de conciliación vigente en el proceso laboral.

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Trabajador por cuenta ajena

STSJ del País Vasco de 9 de enero de 2007 (recurso de suplicación 2650/2006), I.L. J 976.

1. La Sentencia de suplicación, dictada al amparo del recurso interpuesto por la empresa, juzga el despido de la demandante en instancia a los dos meses de que la Tesorería General de la Seguridad Social acordara el alta de oficio de ésta en el Régimen General de la Seguridad Social. Esta declaración se produce a raíz de la denuncia que presenta la propia trabajadora ante la Inspección de Trabajo, en abril de 2005, al entender que su relación con la empresa mediante un vínculo mercantil estaba encubriendo en realidad una relación laboral. Como ya adelantábamos antes, la resolución mediante la cual acordaba el alta de oficio de la trabajadora en el Régimen General de la Seguridad Social fue dictada por la Tesorería General de la Seguridad Social en octubre de 2005. Dicha resolución fue recurrida en alzada por la empresa, siendo desestimado su recurso el mismo día en el que la empresa comunicó a la trabajadora que la confianza mutua, que debe regir la relación de arrendamiento de servicios mercantiles, se había roto, y que por lo tanto era intención de la empresa resolver el contrato que los unía con efectos desde 31 de diciembre de 2005.

Asimismo, para enjuiciar correctamente el supuesto fáctico que la presente sentencia nos presenta, debemos tener en cuenta algunos de los hechos que la sentencia de instancia declara como hechos probados, estos son: que la trabajadora desarrollaba su actividad de 9,30 a 13,30 horas; que era la empresa la que determinaba los clientes a visitar cada día, y la que se encargaba de proporcionar a la demandante en instancia los medios materia-

II. Trabajador

les necesarios para desarrollar su actividad, también corrían por cuenta de la empresa los gastos derivados de los desplazamientos fuera de la localidad de Vitoria; que la empresa no tiene personal laboral contratado propio; se declara también como hecho probado que la trabajadora cobraba un sueldo mensual de 1.200 euros, y que disfrutaba de su período anual de descanso en el mes de agosto.

2. Vistos los elementos fácticos, podemos entrar ya en el análisis de los fundamentos de derecho. Esta parte de la sentencia se articula en torno a los cuatro motivos alegados por la parte recurrente. La primera de las alegaciones se refiere a la redacción dada por la juzgadora de instancia a buena parte de los hechos probados. Manifiesta la parte recurrente que la redacción dada a los hechos probados predetermina el fallo de la sentencia, al presuponer que la relación que unía a empresa y trabajadora era una relación laboral y no una relación mercantil como defendía la empresa. Al respecto, estima el Tribunal que en algunos de los hechos sí se puede apreciar una predeterminación del fallo al contener expresiones como: que la empresa otorgó a la relación que unía a ambas partes la apariencia externa de relación mercantil, o al referirse a la parte demandante en instancia como la *trabajadora*. En atención a lo cual, acuerda la modificación de los hechos probados eliminando aquellas expresiones que pudieran predeterminar el fallo.

El segundo de los motivos del recurso planteado por la empresa pretende la modificación a la baja del salario de la trabajadora. Sostiene, que no deberían entenderse como salario aquellas partidas dinerarias que la trabajadora destinaba a satisfacer sus obligaciones con la Hacienda Pública en concepto de Impuesto del Valor Añadido. El Tribunal de Justicia no acoge este segundo motivo, en tanto que el destino final dado por la trabajadora a las cantidades recibidas por la empresa no es relevante para determinar si las cantidades pagadas por ella eran o no salario.

La tercera de las alegaciones formuladas por la empresa se refiere a la ausencia de dos de los requisitos básicos necesarios para que podamos entender que existe una relación laboral, la dependencia y la ajenidad. En este caso el Tribunal tampoco acepta la tesis alegada por la empresa, pues entiende que de la exposición de los hechos probados, una vez producidas las modificaciones oportunas según el fundamento primero, puede inferirse que la trabajadora lo era bajo régimen laboral en la medida en que no tenía cartera de clientes propia, su actividad estaba subordinada a la supervisión de su jefe directo, los gastos corrían por cuenta de la empresa, así como el cobro de un salario idéntico todos los meses independiente del trabajo realizado.

El último de los motivos del recurso interpuesto por la empresa mantiene que no se ha producido una infracción del artículo 24 de la Constitución, y de la *garantía de indemnidad*, derivada de éste. Al respecto señala el Tribunal que cuando se alega que la actuación del empresario ha vulnerado algún derecho fundamental del trabajador corresponde al primero aportar las pruebas suficientes que desvirtúen tal acusación, siempre y cuando el trabajador haya aportado un indicio suficiente para presumir que la vulneración existe. Siendo, para el Tribunal, en el presente caso claro que el despido se ha producido como consecuencia del ejercicio de los derechos legalmente reconocidos al trabajador y, por lo tanto, mereciendo el despido la calificación de nulidad, declarada en la instancia.

3. El razonamiento del Tribunal puede ser desmenuzado en dos partes, la primera es la referida a los aspectos formales y estaría compuesta por la resolución de los dos primeros motivos del recurso, y la segunda sería la parte que enjuicia los aspectos materiales y que comprendería las dos últimas alegaciones del mismo. No planteando problemas la parte formal nos limitaremos a analizar la parte material.

Respecto de la parte material debemos señalar que la sentencia viene a continuar con la asentada línea jurisprudencial que ha venido interpretando el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, así como de la interpretación hecha por los tribunales sobre la garantía de indemnidad. En relación a la objeción relativa a los requisitos de dependencia y ajenidad, el juzgador reitera los distintos argumentos fijados por la jurisprudencia para señalar cuándo estamos ante una relación laboral y, por lo tanto, cuándo nos encontramos con los requisitos de ajenidad y dependencia (en relación con ello, véanse I.L. 2007: J 265, J 836, J 1132; 2006: J 851, J 1060, J 1111). En esta medida, no cabe hacerle ninguna objeción, máxime cuando el presente caso presenta tantos, y tan claros, indicios de laboralidad.

Puede plantear más debate el último de los motivos alegados por la mercantil. Mantiene el Tribunal que el despido posterior al alta de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social, es una represalia de la empresa sobre la trabajadora, y como tal está prohibida por la garantía de indemnidad. Por su parte, la mercantil recurrente mantiene que el despido sólo responde a que a la empresa no le interesa otra relación con la trabajadora que la mercantil y, por lo tanto, la pretensión de la trabajadora interesando el alta de oficio ha provocado una falta de confianza mutua. Lo interesante del presente caso surge cuando debemos decidir si la resolución del contrato es o no una represalia. Pues es posible alegar, tal y como lo hace la empresa, que en su libertad de organización ha decidido que lo más adecuado para su actividad es la organización mediante contratos mercantiles y, por lo tanto, la resolución del que le unía a la trabajadora no sería una represión, pues la empresa no estaba intentando limitar los derechos de la trabajadora sino desarrollar su actividad conforme a su libertad. Sin embargo, dicho argumento debe ser rechazado sin ninguna duda, pues, a pesar de que nuestro ordenamiento reconoce el derecho a la libertad de organización empresarial, esta libertad debe desarrollarse respetando la normativa legal. Así, una empresa puede determinar que le es más ventajoso organizar su producción en torno a contratos mercantiles, siempre y cuando el desarrollo de esta actividad realmente se produzca cumpliendo los requisitos de los contratos mercantiles. Si, como en el presente caso, se dan los requisitos básicos de la relación laboral dará igual lo que las partes hayan acordado y el nombre bajo el que hayan regulado su interacción, y deberemos acordar que lo que realmente hay es una relación laboral y, por lo tanto, el despido producido como consecuencia de una legítima reclamación deberá ser considerado una represalia.

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

III. EMPRESARIO

Sumario:

1. Consideración preliminar. **2. Empresario.** A) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada. **3. Grupo de Empresas.** A) Requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad solidaria. **4. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Licitud de la contratación temporal ligada a la duración de la contrata. C) Sucesión de contratas y sucesión de empresas. **5. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Alcance de la responsabilidad solidaria del artículo 16 LETT: abarca también a las consecuencias del despido. **6. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. **7. Sucesión de empresas.** A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho. B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa. C) Sucesión *ex lege* indisponible para las partes. D) Alcance de la responsabilidad solidaria.

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 5 a 8 de 2007 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 734 a 1241) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a su Sala Cuarta, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. EMPRESARIO

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

De nuevo nos encontramos en el período analizado con sentencias que deben abordar cuestiones relativas a la especial situación de los profesores que prestan servicios en centros privados concertados. En esta ocasión el problema se centra en determinar el alcance de la responsabilidad de la Administración educativa respecto al abono de la paga extraordinaria de antigüedad prevista en el IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas con fondos públicos. Con carácter previo, al objeto de la mejor comprensión del debate, conviene recordar, como hemos realizado en crónicas precedentes, que la STS de 20 de julio de 1999 dejó claro que de lo dispuesto en la normativa aplicable (artículos 47 a 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación –derogados expresamente por la Disposición Derogatoria Única.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, cuyo artículo 76 recoge un contenido similar– y RD 2377/1985, de 18 de diciembre, Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos), se desprende que “en los casos de conciertos educativos suscritos entre empresas privadas dedicadas a la enseñanza y la Administración pública, esta última también responde frente a los profesores del centro educativo de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos”. Ahora bien, esta obligación de pago delegado que recae sobre la Administración –que, por otra parte, no asume ninguna posición empresarial–, no es ilimitada, sino que, en atención a lo dispuesto por el artículo 49.6 de la Ley 8/1995, “la Administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado, derivadas de convenios colectivos que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios”. Limitación que se fija anualmente en los Presupuestos Generales del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, y que viene dado por la cuantía que resulta de multiplicar el módulo económico de cada unidad escolar por el número de éstas existente en cada empresa o centro. No obstante, como señala la citada STS de 20 de julio de 1999, “el referido límite no se establece de una manera unitaria, sino que dentro de él se determinan varios grupos distintos de responsabilidad, produciendo la consecuencia de que, en realidad, más que un límite único aplicable a la responsabilidad citada de la Administración, operan varios límites diferentes, cada uno de los cuales se aplica a determinada clase de objetivos o débitos. Así se deduce del artículo 49.3 de la Ley cuando precisa que en el módulo económico por unidad escolar ‘se diferenciarán las cantidades correspondientes a salarios del personal docente del centro, incluidas las cargas sociales, y las de otros gastos del mismo’. Y el artículo 13.1 del Real Decreto mencionado, desarrollando el artículo 49.3, dentro de cada módulo diferencia las siguientes fracciones: a) ‘las cantidades correspondientes a salarios del personal docente, incluidas las cotizaciones por cuota patronal a la Seguridad Social correspondiente a los titulares de los centros’; b) ‘las cantidades asignadas por otros gastos, que comprenderán los de personal de administración y servicios, los ordinarios de mantenimiento y conservación y los de reposición de inversiones reales (...)’, y c) ‘las cantidades pertinentes para atender al pago de los conceptos de antigüedad del personal

III. Empresario

docente de los centros concertados y consiguiente repercusión en las cuotas de la Seguridad Social; pago de las sustituciones del profesorado y complemento de dirección; pago de las obligaciones derivadas de lo establecido en el artículo 68.e) del Estatuto de los Trabajadores”. Diseñada de esta forma la limitación de la responsabilidad de la Administración, han sido frecuentes los litigios centrados en la determinación de si una concreta partida salarial debía ser incluida en uno u otro de los apartados fijados por el artículo 13.1 del RD 2377/1985, pues podía darse el caso de que mientras en concepto de “gastos variables” la Administración ya hubiera cubierto el montante que le correspondía, no aconteciera lo mismo respecto a otro de los estipulados.

En este contexto, **STSJ de Aragón de 3 de enero de 2007**, I.L. J 1208, debe decidir si la paga extraordinaria por antigüedad, recogida en el IV Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos y sustitutiva de la anterior mejora social que se percibía en el momento de la jubilación de acuerdo con el III Convenio colectivo, debe ser abonada o no por la Administración en su función de obligada al pago delegado en virtud de concierto educativo. A esta cuestión nos hemos referido en comentarios precedentes, y en nuestra crónica núm. 31 ya aludimos a otro pronunciamiento de esta misma Sala relativo a idéntica cuestión y en el que la solución alcanzada fue la misma a la que ahora se llega, a saber, que la Administración educativa está obligada al abono de la citada paga de antigüedad. Los argumentos que conducen a tal conclusión son los que ya en aquél momento señalamos:

– Frente a la alegada por la Administración falta de naturaleza salarial de la mencionada paga, en tanto que se trata de una cantidad que no hace sino mantener el premio de jubilación recogido en el III Convenio –premio que la propia norma convencional calificaba de “mejora social”–, la Sala señalará que “la paga extraordinaria (...) se encuadra en el capítulo de las retribuciones y que a tenor del artículo 26 ET entra dentro de su amplio concepto de salario, pues es una retribución que se satisface como remuneración a una larga prestación de servicios y que su única razón de ser es remunerar una notable antigüedad en la prestación del trabajo a la empresa, sin que el artículo 26 ET ni la noción de salario requiera periodicidad”. Recordemos que, como indicamos en crónicas anteriores [véase crónica núm. 29, III.2.A)], ya el Tribunal Supremo había declarado la naturaleza salarial de la citada paga.

– Así las cosas y ante la previsión del artículo 49.6 de la LODE –hoy en el artículo 76 de la LOCE– que establece que la Administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado, derivadas de convenios colectivos, que superen el incremento global de las cantidades correspondientes a salarios, la sentencia comentada argumentará que la paga extraordinaria litigiosa no estaba contemplada como salario antes del IV Convenio colectivo, por lo que “el Convenio no introduce una alteración en este concepto salarial superior al porcentaje de incremento global presupuestario de los salarios, pues no puede alterarse lo que antes no existía (...) Por lo tanto, no puede oponerse sin más a lo reclamado (...) lo dispuesto en el artículo 49.6 de la LODE (...), porque la cuestión es, más que una alteración salarial, la introducción por Convenio de un concepto salarial nuevo, contemplado hasta entonces como mejora social de jubilación, la cual venía siendo abonada por la Administración”.

– Por lo demás, conduciría al absurdo “y sería discriminatorio, pretender que podrían abonarse por la Administración las pagas extraordinarias de antigüedad que se fueran solicitando durante el año hasta la fecha en que se llegara al límite presupuestado de la masa salarial del módulo, dejando fuera las que se devengarán posteriormente”.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad solidaria

La aplicación al caso enjuiciado de los ya consolidados criterios jurisprudenciales acerca de los requisitos necesarios para extender la responsabilidad de una de las empresas que conforman el grupo empresarial al resto de sus miembros, sirve de base a diversas sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia recaídas en el período diversificado para concluir en la existencia o no de responsabilidad solidaria. De lo señalado por el TS y de lo extraído de estos pronunciamientos puede llegarse a la siguiente esquematización.

– El grupo de empresas a efectos laborales ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme pero que hoy se encuentra sistematizada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (**STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2007**, I.L. J 1237; **STSJ de Valencia de 27 de febrero de 2007**, I.L. J 894).

“Los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son” (**STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2007**, I.L. J 1237); “no en vano es de recordar que las sociedades mercantiles son un instrumento que, a la búsqueda de ventajas prácticas en el campo financiero e industrial, se ha presentado como una pieza efficacísima de la sociedad capitalista. El valor esencial de las sociedades y su característica limitación de responsabilidad se centra, por tanto, en el aislamiento de su patrimonio respecto al de sus miembros y gestores, permitiendo liberarse de toda responsabilidad personal por los actos y contratos que contraigan en nombre de tales sociedades mercantiles” (**STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2007**, I.L. J 861).

– No obstante, aunque las medidas económicas de colaboración entre empresas no comportan que éstas pierdan su independencia y deban ser consideradas como unidad, en determinados supuestos de configuraciones artificiales de empresas aparentes sin sustrato real, cabe, en aplicación de la teoría del levantamiento del velo, llegar a la conclusión de que se trata de un único empresario, el grupo como tal, y que, por ende, es posible apreciar la responsabilidad solidaria de todas las empresas por las deudas de cualquiera de ellas (**STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2007**, I.L. J 861). A tales efectos, el artículo 1.2 ET, al reconocer la posibilidad de que las comunidades de bienes puedan ser empresarios, “admite la de asignar la cualidad de empleador a entes desprovistos de personalidad jurídica, lo que permite el tratamiento legislativo laboral del grupo de empresas, integrado por personas físicas o jurídicas, a la manera de comunidades de bienes que, conforme al citado precepto, tienen la condición legal de empresarios, con capacidad para contratar

III. Empresario

trabajadores y desarrollar con ellos relaciones laborales, de forma que, aunque desde la perspectiva jurídico-formal los componentes del grupo de empresas gozan de autonomía y de personalidad jurídica propia como personas físicas o jurídicas y como empresas diferenciadas, hay que reconocerle una personalidad en el ámbito laboral como si se tratase de una sola empresa, lo que encuentra justificación tanto en el principio de primacía de la realidad por encima de las formas jurídicas (...), como para evitar el abuso del derecho o el fraude de ley, artículos 7.2 y 6.4 del Código Civil” (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 16 de enero de 2007, I.L. J 1166).

– Para concluir en la existencia real de un único empleador, el conglomerado empresarial, y en la responsabilidad solidaria de sus distintos miembros, no basta con la simple presencia de una dirección unitaria de todas las empresas que conforman el grupo; hace falta un plus “un elemento adicional que la jurisprudencia (...) ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; 2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo; 3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de un exclusión de responsabilidades laborales; 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. Y todo ello teniendo en cuenta que salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas” (STSJ de Valencia de 27 de febrero de 2007, I.L. J 894; STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2007, I.L. J 1237; STSJ de Andalucía, Sevilla, de 16 de enero de 2007, I.L. J 1166). Son indicios razonables del cumplimiento de las exigencias de la responsabilidad solidaria “la concentración de acciones y facultades de administración, las confusiones de patrimonios, la falta de funcionamiento de unas sociedades y las apariencias externas de unitaria actuación, la insuficiencia de recursos patrimoniales para alguna de las empresas, las sucesiones entre ellas, constitución de sociedades filiales con modalidad de transmisión parcial de empresas (...)” (STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2007, I.L. J 861).

4. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 6.A).

B) Licitud de la contratación temporal ligada a la duración de la contrata

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de febrero de 2007, I.L. J 944, recuerda y reproduce la ya consolidada doctrina jurisprudencial según la cual es posible que la duración de una contrata actúe como límite de la duración del vínculo laboral en el marco de un contrato de obra o servicio determinado.

C) Sucesión de contratas y sucesión de empresa

Véase apartado 7.B).

5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL**A) Alcance de la responsabilidad solidaria del artículo 16 LETT: abarca también a las consecuencias del despido**

La determinación del alcance concreto de la responsabilidad (subsidiaria o solidaria, según los casos) que el artículo 16 LETT atribuye a la empresa usuaria ha sido objeto de cierta polémica judicial. La redacción literal del precepto alude a responsabilidad por “obligaciones salariales y de Seguridad Social”, lo que había ocasionado ciertas dudas acerca de si ello significaba, en aplicación de la regla de la ley especial, una limitación de la responsabilidad de la empresa usuaria, que quedaba constreñida a tales obligaciones, con exclusión de cualquier otra, o si, por el contrario, cabía entender que, en los supuestos del inciso final del artículo 16.3 LETT (contratos de puesta a disposición celebrados incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la LEET) era aplicable el artículo 43 ET y, por tanto, las consecuencias reparadoras más intensas y generales que tal precepto incorporaba (extensión de la responsabilidad a todas las deudas laborales y derecho del trabajador a adquirir la condición de fijo). Ya en crónicas precedentes (véase crónica núm. 29) nos hicimos eco de la tendencia mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia a favor de la primera de las tesis. Se trataba de la STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006, I.L. J 1105 que, en un supuesto de despido nulo del trabajador de una ETT, entendió que la responsabilidad era única y exclusiva de ésta, sin que fuera posible afirmar la responsabilidad solidaria de la Empresa Usuaria como pretendía el trabajador. En aquella ocasión la Sala del TSJ del País Vasco, tras diferenciar la figura de la cesión ilegal de trabajadores y la que se articula a través de las Empresas de Trabajo Temporal, argumentó que si en el contrato empresarial de puesta a disposición “no concurre la causa de temporalidad o no se ha producido el supuesto de extinción el cese del trabajador constituirá un despido pero que a todas luces deberá ser calificado de improcedente y donde la empresa de trabajo temporal será la única responsable de aquellas consecuencias, normalmente de naturaleza indemnizatoria (...) debiendo entender que si bien la ETT se encuentra supe- ditada en cierto modo a la empresa usuaria en lo que es causalidad de la temporalidad o extinción del contrato de puesta a disposición, las consecuencias de cualquier actuación fraudulenta tienen que ser impedidas legalmente reconociendo al trabajador sus derechos en lo relativo a la extinción del contrato y el salario aplicable, pero limitando tales responsabilidades a la empresa de trabajo temporal según el párrafo 3º del artículo 16 de la Ley 14/1994 donde la empresa usuaria solamente responde subsidiariamente de las deudas salariales y de Seguridad Social y en todo caso, y de forma solidaria, en caso de incumplimiento de prohibiciones y otras irregularidades a que se concierne la nulidad del contrato de puesta a disposición y que reflejan entre otros los artículos 6 y 8 de la referida Ley 14/1994 y que no se producen en el supuesto de autos”.

III. Empresario

Pues bien, nos encontramos ahora con otro pronunciamiento de este mismo Tribunal en el que la solución será justamente la inversa. La STSJ del País Vasco de 24 de enero de 2007, I.L. J 970, señala que

“(…) la responsabilidad solidaria del artículo 16 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal abarcará no sólo las obligaciones salariales y de seguridad social sino también las consecuencias del despido”. De tal manera que acreditada la utilización fraudulenta de diversos contratos de puesta a disposición en cadena para la atención de necesidades permanentes de la empresa usuaria, la responsabilidad derivada de la calificación del despido como improcedente “ha de atribuirse de manera solidaria tanto a la empresa de trabajo temporal como a la empresa usuaria con aplicación estricta del artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación al 16.3 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal siguiendo el párrafo cuarto del artículo 6 del CC”.

El fundamento de este cambio de postura se encuentra en la propia doctrina unificada del Tribunal Supremo (SSTS de 4 de julio de 2006, I.L. J 1446 y 28 de septiembre de 2006, I.L. J 1507), como la propia sentencia comentada reconoce, que a la hora de solventar “el dilema” acerca de si el inciso final del artículo 43.1 ET, cuando alude a las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas “en los términos que legalmente se establezcan”, está aludiendo solamente a la autorización administrativa de las ETT o, por el contrario, remite a toda la regulación legal relativa a las condiciones y requisitos para que la cesión de trabajadores a través de las ETT sea legítima, se inclina por la segunda de las opciones; eso sí matizando que “no comprendería –como integrante de la cesión ilegal– determinaciones reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la Ley; esto es, que el artículo 43 ET únicamente alcanza a los contratos de puesta a disposición realizados en supuestos no previstos en la formulación positiva del artículo 6 de la LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el artículo 8 de la LETT (...)” (véase crónica núm. 30).

6. CESIÓN ILEGAL

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

La plasmación normativa de algunos de los principales criterios utilizados jurisprudencialmente o bien la introducción de algunos criterios novedosos respecto de aquéllos para delimitar la lícita contrata de obras y servicios de la prohibida cesión de mano de obra aún no ha encontrado desarrollo y aplicación en la doctrina de los tribunales, que siguen, debido al momento en que acontecen los hechos analizados, recurriendo a los ya clásicos parámetros elaborados por la jurisprudencia para fijar los límites y la línea divisoria entre una y otra figura. A ellos aluden la STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de enero de 2007, I.L. J 1183, la STSJ del País Vasco de 24 de enero de 2007, I.L. J 970 (a la que ya nos hemos referido en el apartado precedente), la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 10 de enero de 2007, I.L. J 1177, la STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2007, I.L. J 1178, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 27 de marzo de 2007, I.L. J 901 y la STSJ de Baleares de 27 de febrero de 2007, I.L. J 997. Se trata de una elaboración a

la que ya hemos dedicado muchas crónicas y comentarios y que no por consolidada deja de plantear problemas en su aplicación al caso concreto, por lo que pasamos a resumirla brevemente y a detallar algunas de sus proyecciones sobre el supuesto de hecho analizado. Las sentencias citadas nos recuerdan lo siguiente.

– Los mayores problemas de diferenciación entre la contrata y la cesión ilegal de trabajadores se producen cuando aquélla se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria; agravándose la cuestión porque en la práctica “se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de aportación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita” (STSJ de Baleares de 27 de febrero de 2007, I.L. J 997).

– Por ello, la doctrina judicial recurre a diversos criterios de valoración, no excluyentes sino complementarios, que tienen valor orientativo o indicativo y permiten dilucidar si estamos en presencia de una figura u otra. Entre tales criterios pueden citarse: la aportación de medios de producción propios, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, el ejercicio de poderes empresariales, la realidad empresarial del contratista (...) (STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2007, I.L. J 1178; STSJ de Baleares de 27 de febrero de 2007, I.L. J 997).

– Si bien los anteriores criterios están encaminados a la constatación de la existencia real como entidad empresarial de la contratista, eso no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes pueda darse la cesión. Por el contrario, aun tratándose de dos empresas reales puede apreciarse el fenómeno interpositorio si esa organización productiva no se ha puesto en juego, limitándose la actividad del contratista al mero suministro de mano de obra o fuerza de trabajo a la empresa arrendataria (STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2007, I.L. J 1178; STSJ de Baleares de 27 de febrero de 2007, I.L. J 997; STSJ del País Vasco de 24 de enero de 2007, I.L. J 970; STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 27 de marzo de 2007, I.L. J 901). Y ello porque, como señala el Tribunal Supremo, “la esencia de la cesión no se centra en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización sino que lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o la otra empresa que la utiliza como si fuera propia” (STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de enero de 2007, I.L. J 1183). Se trata, por tanto, “de observar si existe o no la limitación de una actividad en el sentido de dar suministro de mano de obra o fuerza de trabajo necesario para el desarrollo del servicio a la cesionaria o, por el contrario, concurren los presupuestos de organización, infraestructura y ejercicio de servicios propios y dirigidos” (STSJ del País Vasco de 24 de enero de 2007, I.L. J 970).

– De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata sea un elemento clave de calificación, “aunque, excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la

III. Empresario

conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal” (STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2007, I.L. J 1178; STSJ de Baleares de 27 de febrero de 2007, I.L. J 997).

La aplicación de estas consideraciones al supuesto enjuiciado conduce a la **STSJ de Baleares de 27 de febrero de 2007, I.L. J 997**, a declarar la inexistencia de cesión ilegal de trabajadores, pues “en cuanto a la justificación técnica de la contrata y autonomía de su objeto debe destacarse que el objeto del contrato, ‘asistencia técnica del servicio de información al público, sala de autoridades y atención a la aviación general del aeropuerto’ (...), reúne esa nota de justificación técnica y autonomía en igual medida que otros servicios del aeropuerto subcontratados (...) En cuanto a la aportación de medios propios de producción, no estamos ante una contrata en que la aportación de elementos patrimoniales sea lo esencial (...), pero el adjudicatario se obliga a aportar los uniformes y distintivos del personal, el material de oficina, equipos portátiles de comunicaciones (teléfonos móviles y talkies), material de información (...) En cuanto al personal, el contratista mantiene todas sus facultades de dirección y aunque corresponde al llamado director del expediente, perteneciente a AENA, un intenso control de la actividad del adjudicatario, corresponde al coordinador, perteneciente a la adjudicataria, tomar las decisiones necesarias para el desarrollo de la actividad contratada (...) aunque el director del expediente es quien marcaba los objetivos a cumplir era el coordinador quien buscaba las concretas soluciones y daba las órdenes a los azafatos”.

A idéntica solución llega la **STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de enero de 2007, I.L. J 1183**, argumentando que “la empresa adjudicataria tiene una existencia real y ha dispuesto de medios materiales y personales propios, totalmente diferenciados de los pertenecientes a la Maestranza Aérea [la empresa adjudicataria ha desempeñado sus trabajos en taller distinto que el ocupado por el resto de trabajadores de Maestranza, utilizando dependencias, oficinas, vestuarios, comedor, medios de transporte diferenciados, así como medios materiales de propiedad de la empresa adjudicataria; los trabajadores de esta última visten sus propios uniformes y prestan equipo de protección y utillaje propio, recibiendo órdenes e instrucciones para el desempeño de sus funciones del coordinador de la misma], para la ejecución de las tareas derivadas del contrato administrativo suscrito (limpieza, decapado y pintura de aviones Mirage de la base aérea de Albacete); con la única excepción de que las pinturas y material químico son proporcionados por esta última, dada la naturaleza de su destino (aviones de combate de Mirage) y que las cabinas de pintura se comparten con la entidad contratante, manteniendo en todo momento el poder directivo y organizativo sobre el trabajador”.

Tampoco aprecia la presencia del fenómeno interpositorio en el caso examinado la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 10 de enero de 2007, I.L. J 1177**, señalando que “nos hallamos ante una Fundación pública autónoma –FAFFE–, creada por la Junta de Andalucía con una existencia real y no meramente ficticia, que cuenta con infraestructura propia, con organización independiente y que desarrolla una actividad propia y específica diferenciada de la actividad del Servicio Andaluz de Empleo, sin que la presencia temporal de algunos trabajadores, como la demandante, en centros de trabajo del Servicio Andaluz de Empleo signifique que han sido cedidos a dicho organismo para trabajar para él de forma encubierta, ya que sólo consta que se utilizaron los locales y medios materiales del

Servicio de Empleo de forma temporal y tras acuerdos concretos para lograr algunos de los objetivos de los Programas de la Fundación, dada la utilidad de algunos de los medios materiales y datos técnicos del Servicio de Empleo, permaneciendo siempre la actora bajo la dependencia de los responsables de la FAFFE”.

La misma conclusión alcanza la **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2007**, I.L. J 1178, que afronta el análisis de un supuesto de hecho algo peculiar. Los trabajadores fueron contratados por la empresa TPV como reponedores, prestando sus servicios en la empresa Iliturgitana de Hipermercados, SL, que opera como franquicia de Carrefour. Las distintas firmas comerciales de proveedores de mercancías de esta última empresa han celebrado un contrato de *merchandising* con TPV, SL, cuyo objeto es la reposición de productos y marcas en los citados centros comerciales. Para que TPV, SL pueda realizar su labor, las empresas proveedoras solicitan al centro comercial la oportuna autorización para que los trabajadores de TPV, SL puedan acceder a éste. Así las cosas, la Sala, ratificando el pronunciamiento judicial de instancia, rechazará la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre TPV, SL e Iliturgitana de Hipermercados, SL, argumentando que “la empresa que contrata a los trabajadores, TPV, SL, no es una empresa ficticia, sino que la misma se sitúa de manera real en el tráfico jurídico, estando dotada de una organización propia y con un objeto cierto y determinado (...) A su vez, la empresa codemandada, Iliturgitana de Hipermercados, en cuyo centro de trabajo (...) pasan a prestar servicios los trabajadores, no es la que contrata la realización de los mismos, o no lo hace de forma exclusiva con TPV, SL, sino que son los proveedores de Iliturgitana los que efectúan tal contratación a fin de que los reponedores de esa empresa se encarguen de situar sus productos en el local de Iliturgitana (...) de lo que se deduce que el trabajo desarrollado por aquéllos, se extiende tanto a Iliturgitana como a los aludidos proveedores de productos o marcas. A su vez en el desempeño de las funciones que conforman el quehacer de los reponedores (...) interviene la propia organización de TPV, SL, dotando a sus trabajadores de la correspondiente identificación, siendo sus mandos intermedios los que organizan y dirigen aquel trabajo (...); a lo que se une, en esa función rectora y organizativa, el que sea la propia Jefa de Equipo de TPV, SL la que planifique las vacaciones del personal de su empresa, sin perjuicio de que se coordine su fijación con la Jefa de Servicio de Iliturgitana, lo que resulta lógico, dada la interrelación existente entre el trabajo desempeñado y el lugar donde se lleva a cabo”.

Por el contrario, considera que ha existido cesión ilegal de trabajadores la **STSJ de Canarias (Santa) Cruz de Tenerife, de 27 de marzo de 2007**, I.L. J 901, pues “pese a que el contrato se pactó entre la entidad DINSA y el demandante, en verdad éste realizaba todo su trabajo en la Consejería demandada. La primera de ellas era quien pagaba el salario pero es evidente (...) que la actividad llevada a cabo por la referida persona se hacía dentro de la estructura organizativa de la Consejería (...). Y a estos efectos es por completo irrelevante si la empresa DINSA dispone o no de estructura organizativa propia y no constituye una mera ficción (...) De todo ello se desprende que el trabajo del actor no se encuentra encuadrado en el círculo organizativo de la empresa DINSA y de su labor, en definitiva, se aprovecha la Consejería en cuyo organigrama figura”.

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Elementos que delimitan el supuesto de hecho

La delimitación del supuesto de hecho del fenómeno de la sucesión empresarial es una de las cuestiones que ha suscitado mayor debate científico y jurisprudencial en lo que al análisis de esta figura concierne; y no sólo en nuestro país. La normativa comunitaria, y sus hasta cierto punto comprensibles imprecisiones, ha propiciado un elevadísimo número de pronunciamientos del TJCE y una vacilante doctrina, a veces con consecuencias directas sobre el texto de la norma y su necesaria rectificación, que, pese a todo, no parece definitivamente cerrada. Las transformaciones productivas y las nuevas formas de gestión empresarial están detrás, en buena medida, de la difícil determinación del encaje del caso examinado dentro de las coordenadas constitutivas de la sucesión de empresa, a lo que tampoco es ajena la cuestión, irrelevante en principio en el texto del artículo 44 ET, de la no siempre mejor opción de la afirmación de la existencia de subrogación por lo que a los intereses de los trabajadores respecta. En este contexto, de los dos elementos tradicionalmente exigidos por nuestro Tribunal Supremo en la configuración de la figura de la sucesión empresarial, a saber, el denominado elemento subjetivo, representado por el cambio en la titularidad empresarial, y el llamado elemento objetivo, materializado en la transmisión al cesionario de los factores materiales y personales necesarios para la actividad empresarial –hoy identificados en el artículo 44.2 ET en la transferencia de una entidad económica que mantenga su identidad– (STSJ de Andalucía de 8 de enero de 2007, I.L. J 1167) es este último el que mayores discusiones ha generado, fundamentalmente en su aplicación a los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas, como más adelante veremos.

A este debate se unen algunas de las sentencias recaídas en el período examinado. Así, la STSJ de Valencia de 6 de febrero de 2007, I.L. J 891, aclara el tipo de negocio jurídico que implica ese cambio de titularidad exigido por el artículo 44 ET, indicando a tales efectos que

“tratándose de que una persona jurídica cambia de denominación social carece de sentido referirse a la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, pues entonces no existe fenómeno alguno de sucesión en el sentido en que se entiende la misma en esa norma, pues en ella se alude a cedente y cesionario. Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2003 (...) la transmisión de empresas precisa la existencia de un negocio jurídico. Aunque éste puede tener diverso alcance; el cambio de denominación social no es un negocio jurídico, ni hay cesión alguna (...)”

Por el contrario, continúa la Sala,

“el supuesto contemplado en el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores de cambio de titularidad no es cuestionable que se entiende referido a los casos de fusión o absorción entre sociedades mercantiles, y no lo es porque nadie puede poner en duda que en estos casos, bien la entidad que surge de la fusión de las otras dos, bien la entidad absorbente, asume todos los derechos y obligaciones de las dos que desaparecen o de la única que desaparece (...) En estos casos la sociedad que nace o la que absorbe asume todo el patrimonio (activo y pasivo) y lo hace sin plazo propiamente dicho, salvo los comunes de prescripción”.

También la **STSJ de Madrid de 5 de febrero de 2007**, I.L. J 1128, alude a ese elemento subjetivo que forma parte del presupuesto de hecho de la sucesión estatutaria. En este caso el supuesto analizado era el siguiente: creación de la empresa pública “Inspección Técnica de Vehículos de la Comunidad de Madrid, SA (ITV)”, cuyo objeto es la gestión y explotación de la inspección de vehículos de dicha Comunidad, que, a su vez, era la entidad titular de la totalidad de las acciones de la mencionada empresa. Con posterioridad, la Comunidad de Madrid procede a la enajenación parcial de su accionariado en “ITV, SA”. En tales circunstancias la sentencia citada señala que

“La pérdida de la mayoría de capital social que detenta una Administración en una sociedad no supone, evidentemente, la desaparición de la sociedad, ni tampoco la transferencia a esa Administración de ningún conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio. Por lo tanto, no hay sucesión empresarial ni cabe la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sino que los derechos laborales de los trabajadores integrados en esa sociedad que en su día tuvo mayoría de capital público serán determinados por la propia regulación aplicable a la empresa en cuestión.”

Mayores dificultades entraña, como recordábamos anteriormente, la determinación de si en el supuesto enjuiciado concurre o no ese elemento objetivo imprescindible para que entre en juego el artículo 44 ET, pues como la propia doctrina judicial reconoce “actualmente no ha quedado cerrada de forma definitiva la polémica sobre cuál debe ser el objeto de la transmisión entre empresas respecto de las que se predica la existencia de sucesión, pues, si bien es cierto que la sentencia de casación para unificación de doctrina de fecha 4 de abril de 2005 afirma que basta la transmisión de la actividad empresarial, no es menos verdad que otras sentencias posteriores, también dictadas en casación para unificación de doctrina, de fechas 22 de noviembre de 2005 y 27 de octubre de 2005, se apartan de modo manifiesto de ese criterio, negando la sucesión empresarial después de constatar fehacientemente la transmisión parcial de actividad entre dos empresas” (**STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2007**, I.L. J 1133).

En este contexto, la **STSJ de Andalucía de 8 de enero de 2007**, I.L. J 1167, examina el caso de la no renovación de la concesión administrativa de los servicios de comedor y cafetería del Hospital Militar Vigil de Quiñones de Sevilla y la consiguiente recuperación por la entidad administrativa de las instalaciones y demás equipamiento que se cedían con la concesión del servicio, dándose la particular circunstancia de que la citada entidad no continúa con la explotación de la actividad empresarial. La Sala, tras recordar la doctrina del Tribunal Supremo acerca de los requisitos del artículo 44 ET, aludir a la suavización o matización que en lo que a la concurrencia del elemento objetivo deriva de las sentencias del TSJCE, señalar la recepción por nuestro Alto Tribunal de tales posiciones y resaltar la aclaración normativa que la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio de 1998 realizó del concepto genérico de transmisión, trae a colación, para la resolución de la cuestión debatida, la STS de 5 de febrero de 1991. En este caso se trataba de un servicio de atención a la mujer que en su día creó un Ayuntamiento y que había decidido extinguir, sin ser asumido por éste, habiendo puesto a disposición de los adjudicatarios de la contrata los locales

III. Empresario

necesarios, debidamente equipados. El Tribunal Supremo, recuerda la STSJ de Andalucía de 8 de enero de 2007, I.L. J 1167,

“declaraba que lo decisivo, para que exista subrogación, no puede estar en que el titular continúe el servicio o actividad objeto de concesión administrativa, cosa que puede depender únicamente de su voluntad, sino en que tenga la posibilidad de hacerlo. Aquello supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin costo alguno, recuperando los bienes que constituyen el sustrato objetivo de la empresa. Iría por ello contra el fin perseguido por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que estriba en garantizar la estabilidad en el empleo y asegurar de este modo los derechos de los trabajadores. Lo que significa, según la misma recogía, que lo transmitido era un conjunto organizado de bienes susceptibles de ser inmediatamente explotados para la prestación del servicio. Pues si ello era así, si el Ayuntamiento tenía posibilidad de continuar la prestación del servicio de que se trata, al recuperar toda su infraestructura física, la decisión unilateral de no continuar prestándolo de ningún modo puede afectar a los derechos laborales, sin que nada tenga que ver, la STS (Sala de lo Social) de 1 diciembre 1999, al ser supuestos distintos, en éste concurrían como circunstancias que: a) las partes de la contrata de ejecución o realización de servicio eran un organismo público y una empresa contratista; b) el objeto de la contrata era la prestación del servicio de cafetería o cantina durante un período de tiempo determinado en un centro de trabajo del organismo público comitente; c) las instalaciones y medios materiales utilizados para la prestación del referido servicio de cafetería son de la propiedad del organismo público en cuyo centro de trabajo se realizó, y d) la terminación de la contrata ha supuesto el cierre de la cafetería, circunstancias que en el caso debatido no concurren, ni respecto a la propiedad de los medios materiales utilizados para la prestación del servicio que en parte importante son de la recurrente, ni el servicio prestado era tan sólo de cantina para los trabajadores de un organismo público, sino de cafetería-restaurante de un Centro Hospitalario”.

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

La aplicación de los efectos subrogatorios a los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas sigue ocupando la mayor parte del debate judicial en lo que a la figura de la sucesión de empresas respecta. La vacilante doctrina del TJCE sobre la cuestión y la reticente actitud de nuestro Tribunal Supremo hacia las tesis y criterios del órgano jurisdiccional comunitario no han hecho sino acrecentar el problema, propiciando pronunciamientos jurisdiccionales de signo muy dispar e introduciendo altas dosis de inseguridad en la calificación definitiva que deba merecer un concreto supuesto de hecho.

La doctrina judicial se afana por evidenciar la evolución que tanto la normativa española como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJCE han sufrido, intentando proyectar sobre el supuesto examinado las últimas posiciones mantenidas; la tesis de la sucesión en la plantilla no acaba por encontrar un perfil cerrado y las soluciones finales son sumamente dispares. Con reproducción de argumentaciones y consideraciones idénticas se concluye en resultados opuestos (caso paradigmático es el de la STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2007, I.L. J 862 y la STSJ del País Vasco de 16 de enero de 2007, I.L. J 979), lo que evidencia la necesidad de estar muy atentos a las circunstancias concretas del caso examinado.

En este contexto, la **STSJ de Cantabria de 19 de febrero de 2007**, I.L. J 880, después de aludir a “la nueva doctrina jurisprudencial” sobre la sucesión de contratados de servicios y su inclusión en el ámbito aplicativo del artículo 44 ET, llegará a la conclusión de que en el caso examinado sí existió sucesión de empresa, pues “sí hubo transmisión del elemento de la plantilla, en el momento de la nueva contrata, a lo que se añade que el jefe de ventas o superior jerárquico en el organigrama de ventas, es ahora el administrador y director de la nueva empresa”. De tal manera que, siguiendo el criterio del TS, “la sucesión procede no sólo cuando hay transmisión de activos patrimoniales, sino también en aquellos otros supuestos en los que el cesionario de una actividad se hace cargo en términos significativos de calidad y número de parte del personal del cedente. Ésta es la situación que concurre en el supuesto de autos en el que, además, de transmitirse algún elemento patrimonial como los uniformes, los mismos que identifican el servicio prestado por la actora, antes y después de la transmisión del servicio, a la vez, ha seguido con la actividad ejercitada por los mismos empleados (los ha ampliado posteriormente), para llevar a cabo la actividad contratada, el mismo administrador actual era el jefe de ventas anterior, y el resto son promotores”.

A igual conclusión llegarán la **STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2007**, I.L. J 862 y la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de febrero de 2007**, I.L. J 944. En el primer caso, se trataba de una sucesión de contratados de limpieza y la Sala, tras un detenido repaso a la doctrina del TJCE y del TS sobre cuándo se entiende producida la transmisión de empresa, argumentará que en el caso de autos se está ante “un sector de actividad en el que la mano de obra personal es elemento predominante frente a los elementos materiales para realizarla”, por lo que es aplicable el artículo 44.1 ET. Diverso es el supuesto de la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de febrero de 2007**, I.L. J 944, en el que el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) ha venido adjudicando sucesivamente el servicio de mantenimiento de las cintas transportadoras de equipaje y de las puertas automáticas del Aeropuerto de Gran Canaria a diversas empresas. La sentencia citada señalará que en este caso “resulta difícil atisbar transmisión de elementos patrimoniales, de infraestructura productiva, pues tratándose de una empresa dedicada a la prestación de servicios (concretamente de mantenimiento de instalaciones) la sucesión en la concesión administrativa otorgada por AENA lo que implica es que pasen a cargo de la nueva empresa concesionaria las instalaciones del Aeropuerto de Gran Canaria para llevar a cabo las labores de mantenimiento de las mismas. Pero el mantenimiento de instalaciones es una actividad intensiva de mano de obra, por lo que para determinar la existencia o inexistencia de sucesión empresarial habrá de estarse a la prueba de que cada nuevo contratista se ha hecho cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea (...) Por tanto, a la actividad desarrollada por las empresas sucedidas y sucesoras es la misma, los mismos medios, los métodos de organización y el procedimiento y la misma mano de obra ocupada, por lo cual hemos de concluir necesariamente que se produce una sucesión en una entidad económica autónoma susceptible de explotación”.

Las tesis de la “sucesión de plantilla” (que “hay que tomarla con reservas, pero siguiendo la doctrina comunitaria”) es también el principal fundamento utilizado por la **STSJ del**

III. Empresario

País Vasco de 16 de enero de 2007, I.L. J 980 para predicar la aplicación del efecto subrogatorio al supuesto enjuiciado. No obstante, éste presentaba una singularidad adicional pues, habiéndose hecho cargo la nueva contratista de todos los trabajadores de la anterior, no asumió los contratos de trabajo de aquellos que en el momento de la transmisión se encontraban en situación de incapacidad temporal, por lo que la Sala añade que “existe una posible discriminación”. En la misma línea, es, de nuevo, el criterio de la asunción de plantilla y el cambio de doctrina de nuestro TS a la luz de la jurisprudencia comunitaria sobre el particular el centro de la argumentación de la **STSJ de Cataluña de 15 de febrero de 2007**, I.L. J 1233. Se afirmará así que “puede existir sucesión cuando la empresa adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte significativa de la plantilla de la anterior empresa que lo venía prestando (...), lo que permite afirmar que se ha producido una sucesión que obliga a la recurrente a la subrogación de los contratos de trabajo, de conformidad con el artículo 44 del ET, sin que a ello sea obstáculo el que la nueva contrata no coincida exactamente con la anterior al haberse ampliado el servicio, que comprende no sólo la información, promoción y venta de los productos y servicios comercializados por Amena en los puntos de venta establecidos por la dirección de ventas, que fue el objeto de la contrata anterior, sino también la realización de un servicio de *reporting* comercial a elaborar con carácter diario sobre ventas y *stocks*, así como la coordinación de este servicio con un seguimiento de calidad de venta y exposición de producto, pues lo esencial es que el mismo servicio que antes se prestaba se sigue realizando en los mismos lugares y en otros, y es llevado a cabo en su práctica totalidad por los mismos trabajadores, sin que conste la aportación de una significativa infraestructura o de especiales elementos materiales que antes no se utilizaban”.

Por el contrario, considera que en el supuesto enjuiciado (sucesivos contratos de arrendamientos de servicios por parte de una Comunidad de Propietarios a diversas empresas para el mantenimiento y control de acceso a garajes y sus dependencias) no procede la aplicación del artículo 44 ET y las consecuencias a él ligadas la **STSJ del País Vasco de 16 de enero de 2007**, I.L. J 979, dado que “no se ha transmitido elemento patrimonial alguno. Tampoco el nuevo empresario ha incluido en su plantilla trabajadores procedentes de la anterior concesión. No hay así elemento alguno que sea determinante de una sucesión de empresas que obligue a la subrogación. No se ha transmitido posesión de bienes, simplemente se ha ordenado que se realicen las tareas de gestión del aparcamiento sin que ello implique titularidad alguna ni arrendaticia ni de ningún otro tipo de los bienes cuya gestión se encarga al cesionario. Por ello no puede mantenerse que exista sucesión”.

Tampoco aprecia la existencia de sucesión empresarial la **STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007**, I.L. J 834. Ante un supuesto de sucesión de contratas de limpieza, la Sala examinará la existencia o no del efecto subrogatorio desde dos ópticas diversas. En primer lugar, analizará si en el caso de autos se dan o no los requisitos que la norma convencional exige para que el cambio de contratista lleve aparejada la obligación del nuevo empresario de asumir los contratos de trabajo del anterior. Tras sintetizar la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular, la respuesta será negativa. A continuación la Sala estudiará la eventual aplicación del artículo 44 ET a la situación enjuiciada y, tras un largo análisis de los cambios de la doctrina del TS a la luz de los pronunciamientos comunitarios, rechazará igualmente tal posibilidad, argumentando que en el caso de autos no concurren los requisitos precisos

para la aplicación de la tesis de la asunción de la plantilla pues “pese a que estemos ante el servicio de limpieza de las instalaciones de una empresa, que se venía prestando mediante una contrata individualizada (lo que constituye una entidad económica con entidad propia), y si bien es cierto que no consta transmisión de elementos patrimoniales, resulta notorio que este tipo de servicios los requiere en grado mínimo, siendo el elemento central de aportación empresarial la mano de obra que suministra. Ahora bien, no hay dato alguno expresivo de que la recurrente haya asumido a quienes trabajaban en el servicio por cuenta de la contratista saliente o de que estuviera obligada a asumirlos (...)”.

Similar doble análisis realiza la **STSJ de Madrid de 21 de mayo de 2007**, I.L. J 1138, ante un supuesto de sucesión en la adjudicación del servicio de aprovisionamiento de comidas preparadas de la empresa RENFE. Frente a una pretendida aplicación de la teoría de la existencia de sucesión empresarial en caso de sucesión de contratas en las que el objeto de la transmisión es una actividad cuya ejecución requiere, esencialmente, mano de obra, la sentencia citada mantendrá que “la empresa de la que se predica la condición de transmitente se dedica a la actividad de provisión de comidas preparadas, lo que quiere decir que, en la medida en que no hay dato alguno en el relato fáctico que permita entender que las actoras realizasen actividades no relacionadas con ese objeto –cuya consecución requiere, como elemento esencial, contar con la necesaria infraestructura patrimonial que permita la condimentación, traslado, conservación y servicio de comida a pasajeros–, como tampoco la hay de la transmisión de los elementos materiales necesarios para su ejecución, no podrá hablarse de empresa de actividad cuyo objeto esencial es mano de obra carente de infraestructura productiva material. Por lo tanto, la aplicación del artículo 44 ET hubiera requerido la transferencia de dichos activos patrimoniales”.

Rechazada la aplicación del artículo 44 ET al concreto supuesto de sucesión de contratas examinado y fundamentado el efecto subrogatorio pretendido en las previsiones de la norma convencional, cabe plantearse el alcance de la responsabilidad empresarial en tales supuestos. Para la **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de enero 2007**, I.L. J 1190, habrá que estar a lo previsto al efecto en el convenio colectivo, que es el que determina las consecuencias subrogatorias derivadas de la sustitución de la prestación de servicios, sin que sea posible extender sin más en estos casos la garantía de la responsabilidad solidaria contenida en el artículo 44.3 ET.

C) Sucesión *ex lege* indisponible para las partes

Como precisa la **STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2007**, I.L. J 862, “la subrogación empresarial por cambio de empresario puede venir impuesta por Ley (fundamentalmente vía artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores), por convenio colectivo o porque así venga impuesta en el clausulado condicional de un pliego de condiciones administrativas que asume la adjudicataria del concreto servicio”. Ahora bien, los efectos y naturaleza de cada uno de estos mecanismos son diversos; en el caso del artículo 44 ET “el mecanismo de sucesión *ex lege* (...) es indisponible para las partes (*ius cogens*), de forma que cuando se dan todos los requisitos exigidos para que opere, el mismo entra en juego inexora-

III. Empresario

blemente y con independencia de la naturaleza pública o privada de la empresa en la que preste servicios el trabajador. Todo ello con independencia de que, en aquellos casos especiales en los que un convenio colectivo o un pliego de condiciones de un concurso de adjudicación de una concesión administrativa impongan la subrogación del personal en los supuestos de cambio de empresario (normas más favorables para el trabajador), la misma operará aunque no se den los requisitos previstos en el tantas veces referido artículo 44 del Estatuto” (STSJ de Canarias, Las Palmas, de 28 de febrero de 2007, I.L. J 944). Por tanto, “en la medida en que el cambio de contratista reúna los rasgos propios de la sucesión de empresas, la regulación convencional deberá ser respetuosa con los mínimos establecidos en ese precepto estatutario [artículo 44 ET]” (STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007, I.L. J 834).

D) Alcance de la responsabilidad solidaria

El artículo 44 ET contempla dos tipos diversos de garantías para los supuestos de sucesión de empresa, a saber, la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior (artículo 44.1 ET) y la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas en las transmisiones que tengan lugar por actos *inter vivos* (artículo 44.3 ET). Se trata de dos mecanismos distintos, con presupuestos diferenciados, pero que evidentemente pueden cruzarse en ocasiones a la hora de determinar el fundamento en el que descansa la imputación de la responsabilidad por una concreta obligación a tales sujetos. Así, de acuerdo con la STSJ de Valencia de 6 de febrero de 2007, I.L. J 891, el artículo 44.3 ET se refiere “a los supuestos en que se produce una transmisión (cesión) de un conjunto organizado de bienes de una empresa a otra, es decir, aquellos en que existe un negocio jurídico entre dos entes resultado del cual se transmite una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada, pero de modo tal que después del negocio jurídico los dos entes subsisten (...) Para este supuesto lo que dispone es que, no sólo el cesionario (lo que es evidente dada la subrogación general y atendiendo a lo dispuesto en el apartado 1), sino también el cedente responde, y los dos solidariamente, de las obligaciones nacidas con anterioridad (e incluso de las nacidas posteriormente si la cesión fue declarada delito). El cesionario responde por la regla del apartado 1, el cedente por la regla del apartado 3”. Desde esta perspectiva, y en relación al caso enjuiciado (responsabilidad del cesionario por las consecuencias de una enfermedad profesional nacida con anterioridad a la cesión pero que se exterioriza tras ésta), entiende la Sala que “carece de sentido (...) referirse al plazo de tres años que se prevé en el artículo 44.3, pues ese plazo no atiende a la responsabilidad del cesionario, sino a la inclusión en la responsabilidad del cedente. El actor dirigió su demanda contra la entidad cesionaria (...) y la misma no puede oponer el transcurso de ese plazo; pudo oponer la excepción de prescripción, la general del artículo 59 (...)”. Conviene precisar que si bien en el supuesto enjuiciado la tesis expuesta sirve para solucionar el problema, subrogación y responsabilidad solidaria poseen requisitos y alcance diversos. Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, el propio pronunciamiento comentado lo recuerda –aunque añade que a veces se han aceptado reglas especiales–, que el mecanismo del artículo 44.1 ET exige que los contratos estén en vigor en el momento de la transmisión, presupuesto no aplicable a la responsabilidad solidaria (STSJ del País Vasco de 16 de

enero de 2007, I.L. J 979). Esto significa que tratándose de obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión pero no ligadas a relaciones laborales respecto de las que se ha producido la subrogación, la eventual responsabilidad del cesionario sólo sería exigible por la vía del artículo 44.3 ET.

Uno de los elementos configurados de la responsabilidad solidaria ex artículo 44.3 ET, como acabamos de exponer, es su alcance temporal, que el precepto determina en los siguientes términos: cedente y cesionario “responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”. El significado de ese plazo de tres años ha sido objeto de cierta polémica, en particular en lo que se refería a su conexión con el plazo general de prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo de un año contenido en el artículo 59 ET, en la medida en que aquél pudiera significar o no una excepción a éste (en general sobre el alcance de la responsabilidad solidaria, véanse crónicas números 2, 6, 8, 16 17, 19 y 20). No exactamente a esta cuestión concreta pero sí al significado del plazo de los 3 años mencionados en el artículo 44.3 ET alude la **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de febrero de 2007**, I.L. J 1007, que debe pronunciarse sobre la eventual responsabilidad de cedente y cesionario por las consecuencias derivadas de la falta de cotización durante un período de 12 meses correspondientes a fecha anterior a la transmisión, y de un mes que tuvo lugar con posterioridad a ésta. La Sala sostendrá que

“la empresa cedente (...) y la cesionaria (...) responden solidariamente del pago del incremento de la duración del subsidio por desempleo reconocido al actor, derivado de las consecuencias de la falta de cotización de los períodos a que hace referencia el hecho probado segundo de la sentencia recurrida, al haberse producido los mismos dentro del plazo de tres años anteriores a la transmisión, salvo un mes que quedaría fuera de dicho plazo; dato este que la Sala ignora, dada su mínima trascendencia en el resultado total del descubierto y en la responsabilidad empresarial consiguiente”.

Con tales palabras, la sentencia analizada parece entender que la mención de los tres años tiene por función establecer el campo temporal de nacimiento de las obligaciones garantizadas con la responsabilidad solidaria, limitando ésta a las obligaciones nacidas en el período comprendido entre la fecha de la transmisión y los tres años previos a ella, cuando el precepto estatutario lo que realmente hace es delimitar el ámbito temporal de exigencia de esa responsabilidad que en lo que a las obligaciones cubiertas comprende todas las nacidas con anterioridad a la transmisión sin límite alguno.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. 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 contratos indefinidos. c) Extinción. **3. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos.** A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato fijo discontinuo. C) Contrato de relevo-jubilación parcial. **4. Contratación en la Administración Pública.** A) Irregularidades en la contratación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En relación con este bloque temporal que aborda las sentencias publicadas en los números 5 a 8 de *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, cabría destacar en este período la reforma operada en materia de contratos de relevo y jubilación parcial por la Ley 40/2007. Desde el punto de vista de los pronunciamientos recaídos en este lapso temporal, han de reseñarse entre otras, las siguientes sentencias: en primer lugar, la **STS de 14 de mayo de 2007**, I.L. J 743, en punto a una acción de despido por la reducción de jornada operada en una empresa como modificación sustancial de condición de trabajo por razones económicas; en segundo lugar, la **STS de 19 de julio de 2007**, recurso 1192/2005, de Sala General, que varía la posición del Alto Tribunal en supuestos de no incorporación del trabajador temporal a su plaza tras haber superado el concurso para la fijeza en la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos; y, finalmente, la **STS de 14 de junio de 2007**, I.L. J 933, en relación con la extinción del contrato por obra adscrito a una contrata.

2. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

Los pronunciamientos judiciales recaídos en el período analizado en relación con el contrato que nos ocupa se centran en la identificación de la causa del contrato como obra con autonomía y sustantividad propia. Así, la **STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2007**, I.L. J 1201 –y, en un caso similar la **STSJ de Canarias de 23 de abril de 2007**, I.L. J 881–, viene a reiterar la conocida jurisprudencia en relación con la adecuada utilización del contrato para la cobertura de contrata pactadas por la empresa, dado que:

“(…) lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo en los casos en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en este contrato”.

La **STSJ de Andalucía de 10 de enero de 2007**, I.L. J 1177, por otra parte, considera también probada la existencia de una actividad con autonomía y sustantividad propia en un supuesto en el que las trabajadoras prestaban servicios para una Fundación Pública autónoma creada por la Junta de Andalucía con una infraestructura propia y con una organización independiente y que desarrolla una actividad propia y específica. En sentido contrario, no obstante, las **SSTSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2007**, I.L. J 1226 y de **Valencia de 9 de enero de 2007**, I.L. J 804, reiteran que el mero hecho de percibir financiación exterior de carácter público para proyectos concretos no autoriza la contratación para obra o servicio o determinado, si aquéllos forman parte de la actividad habitual de la entidad contratante, concluyendo que:

“(…) del carácter anual del plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian”.

Finalmente, ha de llamarse la atención sobre la **STS de Valencia de 8 de febrero de 2007**, I.L. J 889, que viene a delimitar el juego de la presunción *iuris tantum* del carácter indefinido del contrato cuando no hay en él una identificación clara y precisa de la obra y servicio y la posibilidad de que se pruebe en contrario demostrándose la existencia de ésta y la utilización adecuada del contrato temporal. Concretamente, en el caso controvertido se hacía constar en el contrato que el trabajador prestaría servicios como “vigilante de seguridad en urbanizaciones de Orihuela costa”, lo que, entiende el Tribunal, no sirve para demostrar la existencia de una obra o servicio determinado. Sin embargo, se concluye, la empresa logra destruir la presunción del carácter indefinido del contrato con la prueba aportada en el sentido de concretar que el trabajador “(…) se limitó y centró su

IV. Modalidades de Contratación

contenido laboral a la vigencia del contrato de arrendamiento de servicios de seguridad suscrito con la urbanización Dehesa de Campoamor”.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Las resoluciones recaídas en relación con este contrato no resultan especialmente significativas por cuanto vuelven sobre el tema de la necesaria identificación de la eventualidad para la válida celebración del contrato. Se trata de la **STSJ de Cataluña de 13 de febrero de 2007**, I.L. J 1205, que resuelve un supuesto en el que se declara que “la desproporción entre la actividad y el número efectivo de trabajadores” no puede calificarse en ningún caso como acumulación de tareas, debiendo cubrirse los puestos de trabajo a través del contrato indefinido; la **STSJ de Andalucía de 20 de febrero de 2007**, I.L. J 939, que en relación con la contratación eventual llevada a cabo por una Administración Pública, viene a puntualizar que no se ajusta a derecho la celebración del contrato eventual cuando se pretende dar cobertura a una plaza que deberá ocuparse definitivamente tras el proceso de selección correspondiente, esto es, cuando debió concertarse el contrato de interinidad; y, las **SSTSJ de Castilla-La Mancha de 14 de febrero de 2007**, I.L. J 1001, de **Andalucía de 23 de enero de 2007**, I.L. J 1161, sobre la insuficiencia de la reiteración en el contrato de la dicción literal de la Ley y la falta de justificación de la causa en sucesivas prórrogas, respectivamente, y de **Cataluña de 9 de febrero de 2007**, I.L. J 1202, sobre la inadecuación de la modalidad contractual en un caso de reiteración de tareas idénticas en sucesivos contratos.

c) Interinidad

En punto a la interinidad por vacante, cabe destacar el pronunciamiento contenido en la **STS de 19 de julio de 2007**, recurso 1192/2005, de Sala General, que varía la posición del Alto Tribunal. Se establece 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.

Por otra parte, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de enero de 2007**, I.L. J 1186, repasa la doctrina jurisprudencial en punto a la interinidad por vacante señalando que la interpretación de este contrato se caracteriza por criterios de flexibilidad en el ámbito de las Administraciones públicas, estableciendo que el retraso en la cobertura de la vacante no supone la consideración como indefinido del trabajador.

En fin, en línea con lo ocurrido en los últimos meses existen numerosas sentencias que confirman la interpretación en punto a la terminación de contratos de interinidad por vacante en Correos y Telégrafos y su conversión de entidad de derecho público en empresa sujeta al privado, cuestión esta que no ha supuesto la aplicación del plazo máximo de tres meses para estos contratos en entidades privadas, dada la aplicación de reglas de

contratación de las Administraciones públicas a esta entidad (SSTS de 3 de mayo de 2007, I.L. J 1051, de 14 de mayo de 2007, I.L. J 1049, de 18 de mayo de 2007, I.L. J 1221, de 29 de mayo de 2007, I.L. J 1013, de 1 de junio de 2007, I.L. J 761, de 5 de junio de 2007, I.L. J 756, de 6 de junio de 2007, I.L. J 760, de 7 de junio de 2007, I.L. J 1119, de 12 de junio de 2007, I.L. J 1113, de 27 de junio de 2007, I.L. J 915 y 919, de 29 de junio de 2007, I.L. J 949 y 1112, de 4 de julio de 2007, I.L. J 1084, de 5 de julio de 2007, I.L. J 1087 y del País Vasco de 6 de febrero de 2007, I.L. J 838).

En cuanto a la interinidad por sustitución, hay algunos pronunciamientos reseñables que dilucidan supuestos particulares. En primer lugar, la **STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2007**, I.L. J 869, con voto particular, aborda un supuesto de sucesión de contratos temporales en el que el último lo fue por interinidad por sustitución. Se produce la circunstancia de que el segundo contrato lo fue por eventualidad pero sin prestación de servicios sino para el disfrute del período vacacional. La posición mayoritaria de la sentencia es considerar la validez del cese del tercer contrato por la reincorporación del trabajador sustituido, al considerar que la trabajadora no había sido objeto de una contratación fraudulenta. En segundo lugar, la **STSJ del País Vasco de 23 de enero de 2007**, I.L. J 984, resuelve un proceso de conflicto colectivo en el que se declara que los contratos de obra y eventuales no permiten su utilización para sustituir a trabajadores que disfrutaran de horas de compensación por descanso, debiendo emplear, en su caso, el contrato de interinidad.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

En relación con esta materia, hay que destacar dos sentencias dictadas sobre el derecho a la igualdad de los trabajadores temporales de Correos y Telégrafos con los trabajadores fijos por lo que hace a la percepción del complemento de permanencia y desempeño previsto en convenio. Son las **SSTS de 6 y 7 de junio de 2007**, I.L. J 1145 y 770, que reiterando doctrina anterior ya comentada en estas crónicas, reconoce el derecho de aquéllos a la percepción del citado complemento por no existir justificación alguna para la diferencia.

Por otra parte, es de reseñar la **STSJ del País Vasco de 10 de enero de 2007**, I.L. J 972, que también determina la imposibilidad de perjudicar a los trabajadores temporales en relación con sus condiciones de trabajo, concretamente, respecto de la jornada laboral, reseñando que

“Bajo tal perspectiva, el factor meramente temporal de la duración del contrato y el hecho de que los trabajadores afectados por el presente conflicto [los temporales] no puedan trabajar todos los días del año no justifica el distinto tratamiento en relación a los fijos en lo que respecta a la jornada ordinaria a realizar en cómputo global durante el período

IV. Modalidades de Contratación

de presentación de servicios, ni al reconocimiento de los correspondientes excesos de jornada, pues la simple condición eventual no conlleva diferencia alguna a tales efectos, ni justifica un trato peyorativo, sin perjuicio de la aplicación del principio de proporcionalidad.”

b) Conversión en contratos indefinidos

Las cuestiones vinculadas a la conversión de contratos temporales en indefinidos han girado sobre varios temas. En primer lugar, la **STS de 30 de mayo de 2007**, I.L. J 873, viene a determinar que se convierte en indefinida la relación concertada a través de sucesivos contratos eventuales cuando la actividad a que se da cobertura es de carácter fijo y periódico, existiendo por tanto un contrato fijo discontinuo. En segundo lugar, la **STSJ de Andalucía de 23 de enero de 2007**, I.L. J 1176, considera también que se convierte en indefinido el vínculo laboral con la empresa en un supuesto de sucesión de contrataciones temporales llevadas a cabo de forma ilegítima y fraudulenta, al no ponerse de manifiesto la causa justificativa de la temporalidad. Finalmente, en relación con el cómputo de la antigüedad en estos casos de sucesión de contratos, la **STSJ del País Vasco de 24 de enero de 2007**, I.L. J 970, aplicando la conocida doctrina jurisprudencial, considera que éste se interrumpe por el transcurso entre los distintos contratos temporales pactados de períodos de tiempo muy superiores a los veinte días. En esta misma materia, sin embargo, encontramos la **STSJ de Extremadura de 9 de enero de 2007**, I.L. J 799, que concluye que deberán computarse todos los contratos concertados, precisamente por no superar los períodos de interrupción los veinte días de caducidad.

c) Extinción

Son interesantes, en fin, los pronunciamientos relacionados con la extinción de los contratos temporales. De entrada, debe destacarse la **STS de 14 de junio de 2007**, I.L. J 933, que declara constitutiva de un despido improcedente la extinción del contrato por obra pactado con el trabajador para la cobertura de una contrata de la empresa cuando el motivo de su finalización ha sido el “acuerdo entre las propias partes contratantes” y así señala:

“(…) lo que no es factible es que, antes de llegar el tiempo de finalización de la campaña (para la que se concertó la contrata), quienes concertaron la contrata unilateralmente pongan fin a la misma y como consecuencia extingan el contrato del actor, ya que no estamos ante una finalización de la contrata por causa ajena a la empresa o por transcurso del plazo contractualmente previsto de duración de la contrata que impusiera la terminación del encargo, sino que fue la voluntad de los contratistas quienes por causa a ellos imputable pusieron fin a la contrata, causa por la cual, no cabe invocar como causa de extinción del contrato con el actor, el cumplimiento del término”.

De otro lado, la **STS de Andalucía de 20 de febrero de 2007**, I.L. J 1098, considera también que constituye despido improcedente la decisión de extinguir el contrato eventual concertado en el ámbito de una Administración Pública en un supuesto en el

que debió celebrarse un contrato de interinidad por vacante, apreciándose pues fraude de ley en la contratación, dado que incluso la convocatoria para la cobertura de la plaza en cuestión cubierta por aquella modalidad contractual errónea ya había sido publicada.

3. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

En relación con la contratación a tiempo parcial cabe destacar la **STS de de 14 de mayo de 2007**, u.d., I.L. J 743, que se ocupa de un supuesto de reclamación de los trabajadores que habían sufrido una reducción de jornada operada como una modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET en una empresa que sufría fuertes pérdidas. El Tribunal Supremo entiende que la acción de despido no resultaba del cauce procesal adecuado para impugnar tal medida por cuanto en el caso en concreto no se acreditó una voluntad extintiva del contrato de trabajo. Al hilo de esta cuestión el Tribunal Supremo entiende que en los supuestos de imposición unilateral de una jornada reducida no existiría propiamente un contrato a tiempo parcial. En este sentido, se señala:

“para calificar a una relación como contrato de trabajo a tiempo parcial no basta (...) que la reducción del tiempo de trabajo sea inferior a la jornada ordinaria a tiempo completo, en distribución horizontal (reducción de horas al día), vertical (disminución de días al año) o mixta (horas/día y días/año), sino que es preciso que la reducción de jornada sea voluntariamente adoptada ('cuando se haya acordado', dice el artículo 12.1 ET) con sujeción a la concreta modalidad de contrato a tiempo parcial. Y por ausencia de esa exigible voluntad, no integran el contrato de que tratamos: la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (artículo 47 ET); la reducción derivada del ejercicio de un derecho del trabajador, por guarda legal o cuidado directo de familiar (artículo 37.5 ET); y las limitaciones en trabajos con riesgo especial para la salud (artículos 34.7, 36.1 y 37.1 ET; RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo). (...) Lo que significa que la imposición unilateral de jornada reducida (con carácter individual o colectivo) e incluso la modificación colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato a tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad que tratamos (el contrato a tiempo parcial) únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso es requirente de la voluntad concorde del trabajador”.

B) Contrato fijo discontinuo

Respecto de los trabajadores fijos discontinuos alguna sentencia como la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de enero de 2007**, I.L. J 803, examina un caso particular donde considera que la relación laboral calificada como “fija discontinua” era en realidad

IV. Modalidades de Contratación

una relación indefinida ordinaria, por lo que la interrupción en la prestación de servicios era constitutiva no de un cese por finalización de campaña, sino de un despido improcedente. Ahora bien, en cuanto a las consecuencias del cese, al constar que la trabajadora estaba nuevamente prestando servicios, se condena únicamente a la empresa al abono de los salarios de tramitación durante el tiempo en que la trabajadora no prestó servicios.

C) Contrato de relevo-Jubilación parcial

En primer lugar, la STSJ de La Rioja de 30 de enero de 2007, I.L. J 995, interpreta uno de los requisitos del control de relevo que es el desempeño de un “trabajo similar”. Como tal se entienden los trabajos correspondientes al mismo grupo o categoría profesional del sustituido aunque la retribución no sea igual en atención a la antigüedad.

La STSJ de Madrid de 15 de enero de 2007, I.L. J 996, reconoce el derecho de una trabajadora del Ministerio de Defensa a que se estime su petición de pasar a una situación de jubilación parcial por razones de conciliación de la vida familiar, quedando obligada la administración a concertar el correspondiente contrato de relevo, sin que se pueda supeditar absolutamente este derecho a la existencia de crédito presupuestario para todos los ejercicios anuales hasta la edad de jubilación ordinaria de la trabajadora.

4. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Irregularidades en la contratación

En este terreno, cabe reseñar algunas sentencias en punto a la figura del indefinido pero no fijo. En primer lugar, la STS de 30 de mayo de 2007, I.L. J 873, que aplica esta figura a unas contrataciones realizadas por el Instituto Nacional de Estadística, si bien al tratarse de actividades cíclicas, se reconoce con carácter discontinuo.

En segundo lugar, algún pronunciamiento del Tribunal Supremo mantiene, en coherencia con la aplicación de los principios de contratación del sector público pese a la transformación de la naturaleza de la entidad Correos y Telégrafos, que el derecho de opción en caso de despido reconocido a los trabajadores sólo lo ostentan los trabajadores fijos de origen, no los indefinidos pero no fijos (STS de 5 de junio de 2007, I.L. J 773). En cambio, no se mantiene esta interpretación en el caso de una empresa municipal de limpieza cuyo convenio colectivo reserva el derecho de opción a favor del trabajador despedido. De este modo, en la STS de 21 de junio de 2007, recurso 194/2006, se establece que no es dable sostener que el precepto convencional no resulta de aplicación a los contratos temporales que se convierten en indefinidos por irregularidades sobrevenidas durante la vida de la relación contractual. Y ello por cuanto se entiende que la empresa “si bien fue una empresa pública estaba constituida bajo la figura de la una sociedad mercantil, sujeta desde entonces al régimen de contratación laboral propio de las empresas privadas”.

Finalmente, existe algún pronunciamiento que reconoce el derecho a cobrar el complemento de antigüedad a este personal, y no exclusivamente al fijo (STSJ de Cataluña de 20 de abril de 2007, I.L. J 1197).

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) Incentivos por cumplimiento de objetivos. Si los objetivos no han sido previamente fijados, el devengo de dicho complemento ha de entenderse vinculado al tiempo de trabajo. b) Complemento salarial por cumplimiento de objetivos. El derecho a su percibo ha de fundarse en una realidad contrastada. B) Fondo de Garantía Salarial. a) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Incumplimiento de los presupuestos legalmente exigidos: cantidad global por los conceptos de liquidación, saldo y finiquito pactada en conciliación administrativa. b) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Indemnización pactada por empresa insolvente en conciliación judicial. Solicitud anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio. **2. Jornada de trabajo.** A) Festivos. El trabajo en festivos impuesto masivamente en los contratos de trabajo en contra de lo regulado en el convenio colectivo de aplicación vulnera el derecho a la libertad sindical en su vertiente al derecho a la negociación colectiva. B) Guardias localizadas. Retribución como horas extraordinarias al preverlo el Acuerdo de Concertación. C) Permisos retribuidos. Tienen el carácter de recuperables, si el convenio colectivo de aplicación no especifica que se hayan computado como trabajados para fijar la jornada anual. **3. Clasificación profesional.** A) Proceso de clasificación profesional: objeto. **4. Movilidad funcional.** A) Movilidad externa. Concurrencia del supuesto legal. **5. Movilidad geográfica.** A) Competencia de la jurisdicción laboral. Comunidad Autónoma. Nulidad de la orden referente a concurso de traslados para el personal laboral. B) Traslado de centro de trabajo. Indemnización a los trabajadores por resolución de la relación laboral. Estimación. C) Excedencia voluntaria. Reingreso. Oferta de reingreso en localidad distinta a aquélla en que prestaba servicios antes de la excedencia. Es oferta de reingreso no un supuesto de movilidad geográfica. No incorporación: Extinción del contrato sin derecho a indemnización. D) Ayuntamiento. Tutela de derechos fundamentales. Nulidad de traslado de puesto de trabajo. **6. Modificación sustancial de las condiciones**

de trabajo. A) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Cambio de horario. Comunicación confusa. Produce indefensión. B) Modificación de las condiciones de trabajo. Alteración de los aspectos fundamentales de la relación laboral. Extinción indemnizada. Recurso de suplicación. Error de hecho. Desestimación. **7. Excedencias.** A) Excedencia voluntaria: personal estatutario. B) Excedencia voluntaria: concepto de “actividades similares” contenida en Convenio Colectivo. C) Excedencia voluntaria: reintegro denegado indebidamente. Indemnización de daños y perjuicios. D) Excedencia voluntaria: reintegro en localidad diferente

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2007 de la *Revista de Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 734 a 1241).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) **Incentivos por cumplimiento de objetivos.** Si los objetivos no han sido previamente fijados, el devengo de dicho complemento ha de entenderse vinculado al tiempo de trabajo

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de febrero de 2007, I.L. J 947, analiza cómo se devenga un complemento por objetivos en aquellos casos en los que éstos no han sido previamente definidos. El supuesto enjuiciado es el siguiente: Varios Capitanes de buque de una compañía del sector del transporte de viajeros por mar tenían reconocido el derecho a un incentivo por cumplimiento de objetivos. Conforme a lo que se había acordado, este complemento salarial se devengaría con carácter anual y se abonaría en el ejercicio siguiente al de su devengo. Su cuantía, variable, debía ser fijada por la Dirección de la empresa para cada trabajador afectado, en función del grado o nivel de consecución de los objetivos gerenciales, técnicos o comerciales al frente del buque.

Uno de los Capitanes solicitó, el 31 de julio de 2001, pasar a la situación de excedencia forzosa por haber sido designado para el ejercicio de un cargo público. Finalizado el año 2001, sus compañeros (que prestaban servicios en su misma categoría profesional y cubrían idéntico trayecto) percibieron el incentivo por gestión. No obstante, el trabajador excedente no recibió cuantía alguna, por lo que presentó demanda ante el Juzgado de lo Social reclamando su importe.

V. Dinámica de la Relación Laboral

El asunto llegó en suplicación al Tribunal Superior de Justicia de Canarias, quien —partiendo del carácter cerrado de la estructura salarial— consideró que este concepto retributivo sólo podía ser conceptualizado como complemento de puesto de trabajo. Y ello en base a las siguientes consideraciones: En primer lugar, porque la empresa no había acreditado que el devengo de este complemento salarial y su cuantificación dependieran de la consecución de objetivos previamente fijados, ni de la evolución económica de la empresa. En segundo lugar, porque es indiferente el nombre que le hayan dado las partes.

En consecuencia, si es un complemento de puesto de trabajo su devengo está condicionado —no a la consecución de determinados objetivos— sino al tiempo trabajado en dicho puesto. Por tanto, en la medida en que el trabajador había prestado servicios como Capitán de buque entre los días 1 de enero y 31 de julio de 2001 (7 meses completos) tendría derecho a que se le abonasen siete doceavas partes del incentivo por gestión que ha devengado durante ese período.

Por otro lado, para determinar la cuantía a abonar al trabajador por este concepto, al no haber aportado la empresa ningún criterio de cálculo, el juzgador parte de la media de lo percibido por este concreto concepto salarial por los otros Capitanes, compañeros del actor, que cubrían la misma ruta y que, al igual que él, estaban excluidos del convenio colectivo.

b) Complemento salarial por cumplimiento de objetivos. El derecho a su percibo ha de fundarse en una realidad contrastada

En el caso enjuiciado por la STSJ de Castilla y León de 22 de febrero de 2007, I.L. J 816, el trabajador prestaba servicios como supervisor de circulación en la estación de tren de Briviesca (Burgos). Con motivo de su participación en una convocatoria de traslados, le fue asignada una plaza en Miranda de Ebro a la que debía haberse incorporado el 1 de marzo de 2004; si bien el traslado no se produjo hasta febrero de 2006. Disconforme con esta dilación en la materialización del cambio de centro, el trabajador presentó demanda contra la empresa en reclamación de cantidad en concepto de demora de traslado. El Juzgado de lo Social estimó la demanda, condenando a la empresa a abonar al trabajador la cantidad de 5.078,77 euros.

Meses después, el trabajador presentó ante el Juzgado una segunda demanda; en esta ocasión, reclamando el abono de la diferencia salarial entre la cantidad realmente abonada en concepto de cumplimiento de objetivos y la cantidad que hubiera obtenido si se hubiese incorporado a su nuevo destino en la fecha inicialmente prevista (el 1 de marzo de 2004). El TSJ de Castilla y León ratifica la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda al entender que la afirmación de recurrente en el sentido que de haber estado en Miranda de Ebro habría cumplido los objetivos “es más una manifestación de intención que una realidad contrastada. Lo único cierto es que no prestó servicio en Miranda de Ebro, por lo que los objetivos, como es lógico, no fueron cumplidos y, por tanto, no tiene derecho a su retribución”.

B) Fondo de Garantía Salarial**a) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Incumplimiento de los presupuestos legalmente exigidos: cantidad global por los conceptos de liquidación, saldo y finiquito pactada en conciliación administrativa**

En el supuesto que resuelve la STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de febrero de 2007, I.L. J 1009, se insiste, de nuevo, en la necesidad de cumplir con los presupuestos legalmente exigidos por el artículo 33 ET para que pueda prosperar la reclamación ante el FOGASA. Concretamente se desestima que el FOGASA responda de las cantidades pactadas en conciliación administrativa por despido en el que se reconoce su improcedencia por la empleadora, posteriormente declarada en situación de insolvencia, cuando se fija una cantidad global por los conceptos de liquidación, saldo y finiquito, sin concretar ni especificar la suma que podría corresponderse con el concepto de salario en cualquiera de sus acepciones.

Para responder negativamente a esta cuestión se cita la doctrina jurisprudencial plasmada en SSTs de 17 de enero de 2000, I.L. J 28, y de 17 de marzo de 2003, I.L. J 472, entre otras, en donde señaló el TS que al fijarse en acto de conciliación una cantidad global por el concepto de salarios de trámite, saldo y finiquito, sin especificar, ni concretar individualizadamente cada uno de dichos conceptos, y consecuentemente cuál de ellos tiene naturaleza retributiva, decae la posibilidad de que prospere la pretensión por ausencia de los presupuestos legalmente exigidos para ello. El TSJ de Castilla-La Mancha indica que refuerza la anterior conclusión en este caso que ni siquiera se hace referencia al concepto de salarios en esa fijación global de lo adeudado, sino tan sólo a una cantidad global por “liquidación, saldo y finiquito”.

b) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Indemnización pactada por empresa insolvente en conciliación judicial. Solicitud anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio

En STSJ de Andalucía (Sevilla) de 30 de enero de 2007, I.L. J 1165, se aplica la doctrina jurisprudencial plasmada en STS de 23 de noviembre de 2005, I.L. J 2086, y en anteriores SSTs de 26 diciembre 2002 y de 23 de abril de 2004, I.L. J 2716 y 389, respectivamente.

En los pronunciamientos indicados se señaló que la doctrina en la materia ya había sido unificada, a partir de la STS de 4 de julio de 1990, recaída en un recurso “en interés de la ley”, votada en Sala General, y cuya doctrina se siguió por otras SSTs posteriores, como las de 22 de diciembre de 1998, de 17 de enero de 2000 y de 26 de diciembre de 2002, en donde se concretó que lo que el precepto estatutario pone a cargo del FOGASA son las prestaciones que sustituyen obligaciones incumplidas por un empresario insolvente en materia de salarios e indemnizaciones por cese, y que estos conceptos dinerarios no se atienden sin más sino que es preciso disponer de un título habilitante que la norma

V. Dinámica de la Relación Laboral

exige, eximiendo al FOGASA de responsabilidad subsidiaria en caso de indemnizaciones acordadas en conciliación judicial por despido improcedente.

Por lo que respecta a la doctrina sentada por la conocida Sentencia del TJCE, de 12 de diciembre de 2002, por la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha acerca de si el artículo 33.1 ET respetaba o no el Derecho Comunitario, y, en concreto, la Directiva 80/987/CEE del Consejo, el TS indicó que en dicha Sentencia se resolvió una consulta relacionada con los salarios de tramitación, y que el principio de igualdad de trato que utilizó el TJCE en el indicado pronunciamiento no podía extenderse a este supuesto concreto en que lo único que se reclamó y se pactó en la conciliación judicial fue una “indemnización por despido” que en modo alguno tiene la consideración de salario de conformidad con nuestra legislación –artículo 26 ET–.

El TSJ de Andalucía (Sevilla) concreta que a tenor de la doctrina jurisprudencial indicada, al haberse pactado la indemnización en conciliación judicial el FOGASA no tiene atribuida ninguna responsabilidad subsidiaria del pago de ésta, situación que no se puede entender modificada por la nueva redacción del artículo 33.2 ET, introducida por el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, que incluye las conciliaciones judiciales entre los supuestos de responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial en el abono de las indemnizaciones en caso de insolvencia de la empresa, por no poder aplicar dicha norma al caso por motivos temporales y según lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta del Real Decreto-Ley 5/2006, en donde se señala que “Las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial que se establecen en la nueva redacción del artículo 33 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores serán aplicables a las solicitudes de prestaciones que se presenten a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley”, es decir, a partir del 15 de junio de 2006.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Festivos

El trabajo en festivos impuesto masivamente en los contratos de trabajo en contra de lo regulado en el convenio colectivo de aplicación vulnera la libertad sindical en su vertiente de derecho a la negociación colectiva. Así lo entiende la **STJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de febrero de 2007**, I.L. J 1095.

El conflicto enfrenta a la empresa Zara y al sindicato CCOO en el ámbito geográfico de la provincia de Sevilla. El sindicato impugnante (CCOO) negoció el convenio colectivo de aplicación, el cual no contempla el trabajo en domingos ni festivos. Obviando esta prohibición, la empresa Zara en sus centros de Sevilla incluye masivamente en los contratos de trabajo una cláusula por la cual el trabajador se obliga a trabajar en domingos y festivos tanto si esa prestación de servicios constituye jornada ordinaria como si es extraordinaria.

La Sala de Andalucía recuerda a la empresa la doctrina del Tribunal Constitucional conforme a la cual el derecho a la negociación colectiva forma parte central del derecho a la libertad sindical regulada en el artículo 28 de la CE, toda vez que la primera constituye un medio de acción social con el que el sindicato puede desempeñar la función a la que está llamado por la Constitución (SSTC 9/1988 y 121/2001, entre otras).

Desde este punto de vista parece claro que las cláusulas impuestas por la empresa a los Trabajadores Sevillanos como requisito de formalización del contrato, enmascaran una renuncia de derechos con la que se hace prevalecer la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en el convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebrando así el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador. Por esta razón, la Sala previo reconocimiento de la lesión del derecho fundamental a la libertad sindical, confirma la nulidad de las cláusulas contractuales, remitiendo a la empresa a la negociación colectiva para regular el trabajo en domingos y festivos.

B) Guardias localizadas. Retribución como horas extraordinarias al personal eventual si así lo fija el Acuerdo de Concertación Social

Habitualmente, se reconoce de forma pacífica el carácter político de los Acuerdos de Concertación Social, lo que suele implicar la no denuncia judicial de su incumplimiento, y ello al margen de las responsabilidades de otro orden que puedan acarrear la falta de cumplimiento del contenido de estos acuerdos.

Ahora bien, en ocasiones, citados pactos sí van a contar con un contenido decididamente jurídico, que los convierta en una manifestación más del derecho a la negociación colectiva ex artículo 37 de la CE.

Así ocurre señaladamente, cuando las propias partes reconocen el carácter de norma colectiva al Acuerdo de Concertación Social, momento en que el Acuerdo de Concertación podrá tener la eficacia general de un convenio colectivo, si cumple los requisitos bien del título III del RDLeg 1/1995 (caso de los trabajadores por cuenta ajena) bien de la actual Ley 7/2007, de 12 de abril, si hablamos de los empleados públicos.

En estos casos, el Acuerdo de Concertación Social tendrá como único límite las disposiciones normativas que tengan carácter de derecho necesario absoluto o en su caso relativo.

En este contorno se plantea el supuesto que analiza la **STS de 29 de mayo de 2007**, I.L. J 872, la cual confirma la estimación de una reclamación de horas extraordinarias por guardias localizadas, realizadas por una trabajadora eventual del Servicio Gallego de Salud; en este concreto supuesto, se separa el TS de su doctrina previa, conforme la cual, estas guardias localizadas se compensan adecuadamente con el complemento de atención continuada regulado en el RD-L 3/1987.

V. Dinámica de la Relación Laboral

La razón de la estimación descansa en el Acuerdo de Concertación Social de 1 de marzo de 2001 celebrado entre la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales del Servicio Gallego de Salud y las centrales sindicales, los cuales otorgaron el carácter de negociación colectiva al proceso, regulando entre otras cosas el citado acuerdo las condiciones del personal que lleve a cabo el servicio de atención continuada.

Declara en definitiva inaplicable lo dispuesto en el RD-L 3/1987, ya que la mesa negociadora constituida al amparo de la Ley 9/1987 disponía de competencias para el cálculo de la jornada del personal eventual y la forma de retribución del exceso de jornada de este personal.

C) Permisos retribuidos. Tienen el carácter de recuperables, si el convenio colectivo de aplicación no especifica que hayan sido tenidos en cuenta a los efectos de determinar la jornada anual

¿Deben recuperarse los tres días de asuntos propios regulados como retribuidos en el convenio colectivo de aplicación?

Ésta es la cuestión que analiza la **STS de 29 de mayo de 2007**, I.L. J 1035, en relación al convenio colectivo de la empresa Telefónica Móviles de España.

Para esta Sentencia si el convenio colectivo fija la jornada anual y no especifica que los tres días de permiso retribuido han sido computados como de trabajo efectivo a los efectos de fijar esa jornada anual, los días de licencia deben ser recuperados, pues, de lo contrario, no se cumpliría la jornada anual establecida en convenio colectivo.

No se discute el carácter retribuido de los permisos, sino por el contrario, si éstos deben ser recuperados a fin de cumplir la jornada anual prevista en convenio colectivo.

Para el sindicato impugnante los días de libre disposición previstos como licencia retribuida en el convenio colectivo no tienen el carácter de recuperables, por lo que el trabajo impuesto por la empresa para recuperar esta jornada debía retribuirse como horas extras.

No es ésta sin embargo la interpretación que realiza la Sala de lo Social del TS. Para ésta los permisos por asuntos propios son de libre disposición del trabajador, pero no pueden considerarse de trabajo efectivo, si el convenio colectivo no lo dice expresamente.

Rechaza también la Sala el argumento sindical de que citados permisos vienen regulados como permisos “retribuidos” junto con las ausencias previstas legalmente tales como cambio de domicilio, enfermedad de parientes, etc. Para la representación social, si estos permisos retribuidos no deben recuperarse, los permisos de libre disposición regulados en el mismo precepto, tampoco.

No opina así el TS que acoge en este punto el argumento patronal que justifica el distinto trato otorgado a unos permisos y a otros, porque los permisos por asuntos propios no

son causales sino habituales, lo que permite tenerlos en cuenta a efectos de cómputo de jornada, lo que no ocurre con las contingencias como nacimientos, fallecimientos, etc., los cuales por su carácter aleatorio no pueden ser objeto de previsión.

3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Proceso de clasificación profesional: objeto

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, 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).

Semejante problema e idéntica solución, en relación igualmente con la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, se aprecia en la STS de 7 de junio de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 784/2006), I.L. J 1150, advirtiendo que “el acto determinante de la elección de la modalidad procesal idónea es el de presentación de la demanda, de suerte que la pretensión que en ella se ejercite condiciona el cauce procesal a seguir, independientemente de la procedencia o improcedencia de la cuestión de fondo discutida, y de la denominación que el actor le haya dado” (FJ 2º). Y concluyendo que como en el caso debatido lo “único relevante para la resolución judicial son las tareas desempeñadas por el actor, no la interpretación de normativa convencional alguna” (FJ 3º) se trata de un pleito de clasificación profesional. Procede consecuentemente la Sala declarando la nulidad de actuaciones a partir de la sentencia de instancia, no recurrible en suplicación.

V. Dinámica de la Relación Laboral

4. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Movilidad externa. Concurrencia del supuesto legal

La doctrina sentada, entre otras, por las SSTS de 1 de diciembre de 1967 y 17 de diciembre de 1970, 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 se han de realizar cuanto menos las funciones básicas y esenciales de ésta. Principio y doctrina que ha resultado objeto de un sinnúmero de aclaraciones jurisprudenciales. Que ha sido, en definitiva, perfilada en los Tribunales. Y que se aprecia, entre otras muchas, en la **STSJ de Madrid de 26 de febrero de 2007** (recurso 5078/2006), I.L. J 1142, que confirma el pronunciamiento de la instancia condenando al Ayuntamiento de Madrid al pago de las diferencias salariales existentes por el desempeño de funciones de Director de Instalación por quien ostenta la categoría inferior de Jefe de Negociado. Considera el fundamento de derecho segundo de esta Sentencia que la trabajadora lleva “a término lo que constituye el núcleo esencial de la categoría profesional de Director de Instalación, dirección y control de personal, planificación de las actividades deportivas y gestión económica y administrativa de instalación, funciones que ha realizado habitualmente en el período reclamado, más amplias y con mayor carga de responsabilidad, iniciativa y autonomía que las que competen a un jefe de negociado”.

5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Competencia de la jurisdicción laboral. Comunidad Autónoma. Nulidad de la orden referente a concurso de traslados para el personal laboral

El presente conflicto surge como consecuencia del concurso de traslados en la CA de Madrid, publicado en el BOCM, para determinados puestos correspondientes a determinadas categorías profesionales. La **STS de 29 de mayo de 2007**, I.L. J 747, señala que “El acto administrativo impugnado en esta litis establece las condiciones de un concurso de traslados, de carácter interno, para el personal laboral de la Comunidad de Madrid, por lo que afecta plenamente al ámbito propio de las relaciones laborales que vinculan a dicho personal con esta Comunidad, y en consecuencia ese acto administrativo tiene que respetar y cumplir los mandatos de la legislación laboral. Y el hecho de que, habiéndose establecido en convocatoria pública unas determinadas reglas y criterios para un concurso de traslado, la entidad pública empleadora, convocante de dicho concurso, modifique unilateralmente esas reglas y criterios cuatro meses después de la publicación inicial de tal convocatoria, no es, en absoluto, conforme con los principios rectores del Derecho del Trabajo, ni con lo que dispone el artículo 3 del ET, y además vulnera el artículo 1256 del Código Civil. Esta modificación tampoco encuentra respaldo ni apoyo alguno en los artículos 12 y siguientes del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid, en relación con los artículos 5 y siguientes y 66, y con el Anexo IX de tal convenio, pues ninguna de estas normas prevén la posibilidad de que se lleve a cabo unilateralmente por esta Comunidad Autónoma, empleadora en este caso, una alteración de las condiciones de la convocatoria similar a la de autos (...); y continúa en el examen

de la cuestión de competencia “Téngase en cuenta que la cuestión debatida en este juicio se incardina dentro del campo propio del Derecho del Trabajo, pues afecta a las condiciones y elementos de los contratos de trabajo que vinculan a la Comunidad de Madrid con determinados empleados suyos. No cabe duda, por consiguiente, que se trata de pretensiones que se promueven ‘dentro de la rama social del Derecho’, y de ‘cuestiones litigiosas’ suscitadas ‘entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo’ (...)” “Es verdad que en el presente caso la decisión impugnada es un acto administrativo de la Comunidad de Madrid, lo que ha dado lugar a que la norma sobre la que se ha centrado fundamentalmente el debate en esta litis, haya sido el mencionado artículo 105.2 de la Ley 30/1992, pero esto no significa, en absoluto, que los Tribunales de la Jurisdicción Social carezcan de competencia para conocer de la misma, ni que tal competencia tenga que ser asumida por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por esa causa.

En el caso de autos, con toda evidencia, se trata de contratos de trabajo, es decir, de relaciones jurídicas de naturaleza laboral, con la particularidad de que el empleador o empresario es una Administración pública (la Comunidad de Madrid); por tal causa, la decisión empresarial aquí impugnada revistió la forma de acto administrativo. Pero, en su contenido y esencia, esa decisión es de indiscutible naturaleza laboral, y este contenido y esencia es lo que realmente determina cuál es el Orden jurisdiccional competente para conocer de este litigio. La condición de acto administrativo que formalmente revistió esa decisión empresarial, produce determinadas consecuencias jurídicas, que pueden llegar incluso al pronunciamiento anulatorio dispuesto por la sentencia recurrida, pero no modifica la naturaleza esencial de la relación jurídica controvertida, ni modifica la competencia del Orden Social de la Jurisdicción”.

B) Traslado de centro de trabajo. Indemnización a los trabajadores por resolución de la relación laboral. Estimación

Los trabajadores prestaban servicios para la empresa HSLU, en la explotación minera Paula núm. 164 sita en Riaza (Segovia), produciéndose el despido, en tal juicio se declaró la improcedencia de los despidos. Por la empresa se optó por la readmisión, lo que fue comunicado a los trabajadores, el 12 de mayo de 2006, que debían reincorporarse a su puesto de trabajo sito en Malagón (Ciudad Real) el día 18 de mayo de 2006, y posteriormente, el día referido, a través de burofax, el representante de los trabajadores puso de relieve que la readmisión no es legal, que no puede trasladarse a Ciudad Real ni residir allí, y que interpondría la oportuna reclamación. Instada ejecución por readmisión irregular se decidió no haber lugar al incidente, e interpuesto recurso de reposición, fue desestimado. Los trabajadores instaron demanda de extinción con derecho a la indemnización de 20 días al amparo del artículo 40 ET, lo que fue estimado. La **STSJ de Castilla León (Burgos) de 11 de enero de 2007**, I.L. J 830, señala después de destacar el contenido del artículo 40 ET, que, “A diferencia de la regulación civil, en la que el lugar de la ejecución de contrato tiene naturaleza accesoria, normalmente, en el contrato de trabajo la naturaleza de su objeto

V. Dinámica de la Relación Laboral

hace que la localización del trabajo alcance un especial relieve, pues una vez concertado el lugar de la prestación es en su entorno en donde el trabajador organiza su vida, y de ahí que el legislador, en el intento de armonizar los intereses de ambas partes, establezca una modulación de los poderes del empresario con mayores mecanismos de control y compensación cuanto mayor sea la repercusión en el estatuto jurídico del trabajador de las variaciones que se pretendan introducir en su contrato. Y en este sentido los cambios de centro de trabajo que no comporten un cambio de residencia, no se contemplan en el artículo 40 del ET, ni antes ni después de su actual reforma, por lo que han de entenderse comprendidos dentro de las facultades que integran el *ius variando* del empresario, sin menoscabo, no obstante, del derecho del trabajador a ser indemnizado en los perjuicios que la decisión empresarial pudiera irrogarle.

A sensu contrario, cuando nos encontramos con un traslado que implique cambio de residencia, —lo que es el caso, dado que el centro de trabajo pasa a estar en la provincia de Segovia para estar en Ciudad Real— (...)” se trata de un traslado en los términos de la citada norma, esto es, la extinción del contrato con derecho a indemnización, pues lo suponen aquellos casos en los que el desplazamiento diario desde el domicilio hasta la localidad donde radique el nuevo centro de trabajo resulte notablemente gravoso (32 km; 45 Km), en este caso, mas aún, cuando la distancia es superior a 150 Km.

C) Excedencia voluntaria. Reingreso. Oferta de reingreso en localidad distinta a aquella en que prestaba servicios antes de la excedencia. Es oferta de reingreso no un supuesto de movilidad geográfica. No incorporación: Extinción del contrato sin derecho a indemnización

En el presente supuesto se examina el conflicto como consecuencia de trabajador que prestaba servicios para la empresa desde el 1 de diciembre de 1989 con la categoría de Encargado de 1ª; su centro de trabajo se hallaba en Almansa y desde allí fue trasladado al área de servicio de Soto, en Segovia; el 2 de septiembre de 2002 el trabajador solicitó excedencia voluntaria por tres años, lo que la empresa le concedió en los términos previstos en el artículo 30 del Convenio Colectivo de Hostelería, todo ello para el período de 1 de octubre de 2002 al 30 de septiembre de 2005; en fecha de 18 de septiembre de 2004 el trabajador solicitó su reincorporación anticipada, lo que la empresa negó por inexistencia de vacante, recordándole su derecho a repetir su solicitud 30 días antes de la finalización del período de excedencia; el 29 de septiembre de 2005 el trabajador reiteró su petición, que la empresa también respondió negativamente por inexistencia de vacantes, manifestándole que en el momento en que se produjera una vacante, se pondrían en contacto con él; el 29 de septiembre de 2005 el trabajador promovió dos papeletas de conciliación: una en materia de despido y la otra en materia de reincorporación en plantilla, habiendo la empresa indicado en acto de conciliación de 14 de octubre de 2005, en relación a la reincorporación, que existe una vacante en el centro de Guarromán (Jaén) y que se le oferta el reingreso con efectos del 24 de octubre de 2005; el trabajador optó por no trasladarse a Jaén y solicitó la extinción indemnizada de su contrato; el 13 de enero de 2006 el Juzgado de lo Social dictó sentencia desestimando la pretensión del actor de que la comunicación anterior constituía un despido; la empresa dispone de cuarenta y cinco centros de trabajo en todo el territorio nacional. Por sentencia se declaró extinguido el

contrato con la indemnización de 20 días por año de servicio. Recurrida en suplicación la STSJ del País Vasco de 16 de enero de 2007, I.L. J 991, analiza la distinta jurisprudencia en razón al planteamiento de si estamos ante un traslado por ofertar puesto de trabajo en lugar distinto al que ocupaba y señala, “la negativa del trabajador a reincorporarse en el puesto ofertado, pretendiendo ocupar otro, para el que carece de derecho, implica la resolución del contrato por su propia voluntad (STS de 4 de diciembre de 1987, RJ 8829); el trabajador con contrato indefinido no está obligado a aceptar la reincorporación si se le ofrece para cubrir un puesto con carácter temporal (STS de 26 de junio de 1986, RJ 3744), pero si lo acepta ello no supone la modificación de la primitiva prestación de servicios, convirtiendo en temporal una relación indefinida (STSJ de Murcia de 2 de octubre de 1992, AS 5046; STSJ del País Vasco de 6 de julio de 1993, AS 3378; STSJ de Baleares de 26 de septiembre de 1994, AS 3547)”. En esencia lo que lleva a cabo la empresa es una oferta al demandante de un puesto de trabajo de su categoría en una provincia distinta, lo que precisaba, desde luego, cambio de residencia, puesto que se modificaba el lugar de trabajo de la provincia de Segovia a la de Jaén. La cuestión a decidir es si ello constituye un traslado del artículo 40 ET o si, por el contrario, se trata de una oferta válida de vacante o, incluso, si se trata de oferta inhábil y mantendría en este caso el trabajador su derecho al reingreso.

“Hemos de admitir que la empresa ha hecho una válida oferta de reingreso, al ofertar puesto de trabajo que implica cambio de residencia, puesto que se trata de una posibilidad real de reingreso dentro de la empresa, pues el reintegro no se limita al centro de trabajo. Posibilidad que se nos muestra como la más acertada, si seguimos la última sentencia del TS que tenemos referenciada, de entre las más arriba citadas, cual es la de 18 de octubre de 1999 –RJ 9012–, que se inclinó por esta solución ante similar controversia. En consecuencia, no se ha producido traslado alguno del trabajador por orden de la empresa, sino válido ofrecimiento de vacante, que no constituye movilidad geográfica, lo que trae como consecuencia que el rechazo del trabajador a esta oferta no le dé derecho a la indemnización que pretende, por no ser de aplicación el artículo 40 ET.”

D) Ayuntamiento. Tutela de derechos fundamentales. Nulidad de traslado de puesto de trabajo

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de febrero de 2007, I.L. J 1093, examina el supuesto de un trabajador de Ayuntamiento, prestando servicios en un centro, Colegio público, miembro del comité de empresa y representante del personal no docente en el Consejo Escolar, quien publicó en el tablón de anuncios unos panfletos criticando el funcionamiento del Centro, en concreto el número de alumnos que debe existir en clase y después de ello es trasladado al Departamento de Deportes. La sentencia después de examinar la doctrina constitucional sobre la carga probatoria en los procesos de tutela de derechos fundamentales como el derecho a la libertad sindical, llega a la conclusión de que las circunstancias denunciadas por el trabajador suponen el indicio de que la medida de traslado responde a una vulneración del derecho fundamental en cuanto a sus labores representativas como a su derecho a expresarse libremente.

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Cambio de horario. Comunicación confusa. Produce indefensión

En el presente conflicto la trabajadora, quien prestando servicios desde 1990 como secretaria de dirección, suscribió el 28 de enero de 2002 un documento denominado de “modificación de condiciones de trabajo”, por el que quedó sujeta al Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de Bizkaia, fijándose un período vacacional y, cláusula tercera, una jornada normal, de 8 a 15:30 horas y otra de verano de 8 a 14:30 horas. El 23 de mayo de 2005 se le remitió carta, en la que se le comunicaba que a partir del 27 de junio de 2005 pasaba a desempeñar servicios en el centro de trabajo sito en Zamudio, en concordancia con el horario del personal que allí desempeñaba su actividad. El 5 de julio de 2005 la empresa reitera comunicación en la que le indica que accede a flexibilizar su horario durante el período de julio y agosto, según la petición que se le había realizado por la actora, y el 30 de agosto de 2005 se le vuelve a comunicar que habiendo finalizado el período estival, a partir del 5 de septiembre el horario que debía realizar era el vigente para ese año en el centro de Zamudio. Por último, en nueva carta de 5 de septiembre de 2005 expresamente se le señala que el horario de trabajo en el centro de Zamudio es en jornada completa de lunes a jueves de 8 a 13.00 horas y de 14 a 17:55 horas, y en media jornada los viernes o último día laborable de la semana de 8 a 13:45 horas. La sentencia de instancia desestimó la demanda entendiendo que la comunicación de cambio de horario que se le remitió el 5 de septiembre de 2005 era realmente la plasmación del cambio que se había realizado el 27 de junio de 2005, y que se había ajustado a los parámetros del artículo 41 ET. La **STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007**, I.L. J 843, examina la oposición al recurso de la demandante, en concreto, la caducidad e irrecurribilidad y señala que “Conforme al artículo 41.3 ET, la condición de trabajo individual debe ser modificada mediante la notificación al trabajador afectado y a sus representantes legales, con una antelación de al menos 30 días a la fecha de su efectividad. Estos dos requisitos se han cumplido, y, desde esta perspectiva meramente formal, la sentencia es confirmable. Ahora bien, para que una modificación sustancial de condiciones de trabajo se pueda ajustar al artículo 41 ET, y de conformidad a lo que señala el TS en sus Sentencias de 6 de marzo de 2001 y 10 de mayo de 2000, sólo la decisión patronal puede ser considerada modificativa a efectos procesales y sustantivos, en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias del artículo 41 ET.

Y ello nos conduce directamente a lo que consideramos es el núcleo principal de la cuestión, que no es otro que la identificación de la comunicación de mayo de 2005, a los efectos de poder encuadrarla dentro de una indudable voluntad modificativa, consecuencia del procedimiento del artículo 41 ET.

En efecto, la comunicación de 23 de mayo de 2005 aunque a posteriori pueda apreciarse que tenía el plazo de 30 días y que fue comunicada al trabajador representante de sus compañeros, en la misma no puede establecerse que supusiese un intento de llevar a cabo por el cauce legalizado la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Si lo

analizamos detenidamente se está comunicando un cambio tanto de centro como de horario, pues la trabajadora deberá ajustarse al nuevo horario, se señala que la nueva Ley de Trazabilidad obliga a la implantación en las empresas del sector alimentario de la seguridad agroalimentaria, y que a partir del 27 de junio de 2005 la actora se encargará de la gestión de *stoks* en fábrica con especial dedicación a la implantación y seguimiento de la trazabilidad de los productos comercializados exigidas por la legislación vigente. Al realizarse la diligencia de entrega incluso se añadía, en orden a la recepción, ‘tanto de la carga como del importe de la indemnización’. Ni se argumentaba la causa, y ello era obligado (económica, técnica, organizativa), ni tampoco parece precisarse que fuese algo definitivo, pues se alude a implantación y seguimiento; y, de otro lado, no existe una definición específica de términos ni de intencionalidad empresarial a los efectos de posible movimiento de defensa o actuación por parte de la trabajadora”, ello supone que la acción no está caducada pues se ha articulado a través de un procedimiento ordinario, en orden a la impugnación de una comunicación ya que no se ajusta a los parámetros del artículo 41 ET, con independencia de que pueda tener su base en otro expediente que sí que se ajustó, y por ello, según criterio consolidado del TS (por todas las Sentencias del TC de 19 de julio de 2004, y TS de 27 de mayo de 2004 y 18 de junio de 2001), cuando existe una articulación del proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo, la parte no está limitada por el plazo de caducidad, ni tampoco el procedimiento debe ser el especial de tal circunstancia del artículo 138 LPL, de donde se desprenden dos consecuencias: primero, el rechazo de la excepción de caducidad, y, en segundo término, la posible vía de recurso de suplicación, y ello con independencia de la afectación que la plasmación de la comunicación tiene respecto al cambio ya ofertado en mayo de 2005.

La Sala revoca la sentencia al entender que “esa carta producía indefensión si trata de hacerla valer la empresa como un operativo del artículo 41 ET, pues no se deduce sin lugar a dudas, y desde una perspectiva a favor de la parte débil del contrato, ese carácter indubitado. No olvidemos que conforme a reiterada doctrina (STS de 10 de mayo de 2006), el derecho del trabajo tiene una finalidad protectora y tuitiva de la parte más débil de la relación laboral que es el trabajador, y que en modo alguno el derecho y la tutela judicial efectiva puede considerarse ‘cepo para los no prevenidos’ (STS de 23 de enero de 2006). De aquí el que derivemos que el conocimiento que tuvo la actora del cambio, no fue dentro de los parámetros específicos de oposición que podían esgrimirse de una modificación sustancial, y de aquí, consecuencia lógica, el que pueda existir una revisión de aquel cambio ofertado, y de las plasmaciones posteriores. Así, el cambio de 5 de septiembre de 2005, que enlaza con el de 27 de junio de 2005, debió ajustarse a esos parámetros de modificación fundada que determinase una posibilidad de examinar los motivos y justificaciones, con carácter etéreos, vagos e indefinidos alegados por la empresa, y que no llevaron consigo un conocimiento por parte de la trabajadora de la modificación ofertada con carácter definitivo, que variaba el sistema acordado el 28 de enero de 2002”.

B) Modificación de las condiciones de trabajo. Alteración de los aspectos fundamentales de la relación laboral. Extinción indemnizada. Recurso de suplicación. Error de hecho. Desestimación

En el supuesto que se examina la trabajadora venía prestando servicios con un contrato para obra o servicio determinado en razón a la subcontratación llevada a cabo por la empresa Tiscali, ésta comunicó a la empresa demandada la suspensión del trabajo en el departamento de Retention, integrándose sus funciones en el de Front. La empresa notificó a la actora su nuevo horario a partir del 13 de abril de 2005, a desempeñar en turno partido de 9 a 18 horas. Comunicación idéntica se notificó al Comité de Empresa y Secciones Sindicales. La trabajadora con fecha 19 de abril de 2006 interesó su reubicación en otra campaña de duración determinada por obra o servicio. La empresa con fecha 23 de mayo de 2006 formalizó contrato de trabajo de duración determinada por circunstancias de la producción, de un mes de duración para el apoyo a la campaña “Recepción, Grabación de los cupones de los billetes vendidos” para la campaña denominada “Transmediterránea” contratada por el cliente Compañía Transmediterránea. Esta campaña se desarrollaba con horario continuado de mañana y el contrato de esta trabajadora continuó al menos hasta el 30 de junio de 2006. Posteriormente se suscribieron dos contratos de duración determinada como otros distintos en razón a nuevas subcontrataciones. La trabajadora imparte un taller en la Concejalía de la Mujer del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, los martes, en horario de 17 a 21 horas; y en el Ayuntamiento de Rivas Vaciamadrid dos Talleres los miércoles con horario de 17 a 21 horas. La madre de ésta, de 72 años tiene un diagnóstico de enfermedad de alzheimer estadio leve moderado. Impugnada la decisión por la trabajadora al entender la existencia de modificación sustancial injustificada y subsidiariamente la extinción del contrato por sentencia del Juzgado de lo Social se estimó la pretensión subsidiaria. Recurrida en suplicación tanto por la empresa como la trabajadora, la **STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2007**, I.L. J 1127, señaló frente al recurso de la empresa cuyas razones se basaban en la inexistencia de la modificación sustancial que por tal no cabe la extinción indemnizada al amparo del artículo 41.3 ET. Respecto a la sustancialidad de la modificación de condiciones de trabajo la sala no lo pone en duda pues la misma empresa lo reconoce en la notificación de la modificación y respecto a la otra cuestión a pesar de que la empresa refiera que son dos los presupuestos para la extinción “el incumplimiento empresarial y el perjuicio laboral”, lo cierto es que del “tenor literal del artículo 41.3 ET y de la Jurisprudencia que lo interpreta, no se desprende la necesidad de concurrencia de un requisito tal como el señalado, relativo a un incumplimiento contractual por parte del empresario, sino que lo único relevante para determinar el derecho a la extinción indemnizada del contrato, es la concurrencia de un perjuicio para el trabajador, cuya prueba le incumbe, siendo además necesario que nos encontremos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo de las previstas en el apartado a), b) o c) del artículo 41.1 ET y ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50.1.a) del mismo texto normativo”. En el presente supuesto se acredita el perjuicio sufrido por la trabajadora, por cuanto consta expresamente acreditado que ésta “imparte un taller en la Concejalía de la mujer del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, los martes en horario de 17 a 21 horas y en el Ayuntamiento de Rivas Vaciamadrid, dos talleres los miércoles con horario de 17 a 21 horas”, en su consecuencia ostenta el derecho a rescindir el contrato.

Para la Sala de lo Social las razones de la empresa han sido razonablemente justificadas y por tal existe una causa organizativa justificada.

7. EXCEDENCIAS

A) Excedencia voluntaria: personal estatutario

La STSJ de Valencia de 30 de enero de 2007, I.L. J 806, analiza un supuesto de reingreso de un Jefe de Servicio de Oftalmología, señalando que habrá de estarse a lo establecido en la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto-Ley de 8 de enero de 1999 y según esta norma: “El reingreso al servicio activo del personal que no tenga reservada plaza se efectuará mediante su participación en la convocatoria de concursos de traslado conforme a lo establecido en el artículo 17 de este Real Decreto-Ley.

Asimismo, el reingreso podrá producirse con carácter provisional por adscripción a una plaza vacante de la correspondiente categoría y especialidad en la misma área de salud, en su correspondiente modalidad de atención primaria o atención especializada, en la que le fue concedida la excedencia. En el supuesto de que no existan vacantes en dicha área en su correspondiente modalidad, el interesado podrá solicitar el reingreso en cualquier otra. A estos efectos, tendrán consideración de vacantes las plazas básicas de cada categoría desempeñadas por personal temporal.

La plaza desempeñada con carácter provisional se incluirá en el primer concurso de traslados que se celebre. Si quien la desempeñe con destino provisional no obtiene plaza en el concurso, habiendo solicitado todas las convocadas en la modalidad y área de salud, podrá optar por obtener nuevo destino provisional en alguna de las plazas que resulten vacantes como consecuencia de la resolución del mismo o por pasar nuevamente a la situación de excedencia voluntaria”.

Existen, pues, dos modalidades para el reingreso al servicio activo del personal estatutario desde la situación de excedencia voluntaria, pero ninguna de ellas permite el acceso a plazas de Dirección de Servicio. En efecto la forma de provisión de estas plazas aparece regulada en la Disposición Adicional Decimocuarta del Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, que dispone que los puestos de Jefes de Servicio y de Sección ... se proveerán mediante convocatoria pública, en la que podrán participar todos los facultativos con nombramiento de personal estatutario que ostenten plaza en propiedad en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, mediante un proceso de selección, basado en la evaluación del currículum profesional de los aspirantes y en un proyecto técnico relacionado con la gestión de la unidad asistencial. Los aspirantes seleccionados obtendrán un nombramiento temporal para el puesto de cuatro años de duración, al término de los cuales serán evaluados a efectos de su conformidad en ésta.

De la normativa expuesta se desprende, por lo tanto, que la plaza de Jefe de Servicio no puede incluirse en concurso de traslado y además tampoco puede considerarse plaza vacante a efectos de la adscripción provisional en el reingreso al servicio activo del facultativo procedente de la situación de excedencia voluntaria, por lo que el puesto de Jefe de Servicio, de Oftalmología, aunque se encuentre vacante, no puede ser ocupado por

V. Dinámica de la Relación Laboral

el demandante en la forma por él pretendida, es decir, que se le adscriba al mismo, al reingresar al servicio activo, lo que conlleva la desestimación de la demanda, tal y como ha efectuado la sentencia de instancia que procede confirmar previa desestimación del recurso contra ella interpuesto.

B) Excedencia voluntaria: concepto de “actividades similares” contenida en Convenio Colectivo

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 15 de marzo de 2007, I.L. J 821, analiza en un concreto supuesto la interpretación que deba darse al artículo 50 del Convenio Colectivo Nacional de Atención de Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal, cuando establece que “se podrá solicitar la excedencia voluntaria cuando se acredite un año de antigüedad en la empresa. En ningún caso, salvo concesión concreta al respecto, podrá solicitar excedencia para incorporarse a prestar servicios a entidades similares a las comprendidas en este convenio”. En concreto se trata de una mera cuestión fáctica acerca de si concurre o no la prohibición de incorporación a “actividades similares”, cuestión que se resuelve en sentido negativo.

C) Excedencia voluntaria: reingreso denegado indebidamente. Indemnización de daños y perjuicios

Para la STS de 19 junio de 2007 (recurso 2160/2006), conforme a lo dispuesto en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, el que se encuentre en situación de excedencia voluntaria tiene derecho a la posterior readmisión, cuando exista plaza de igual o similar categoría a la suya o que hubiera o se produjera en la empresa. Consecuentemente, una readmisión tardía por parte de la empresa da derecho al trabajador a reclamar por el concepto de daños y perjuicios los salarios devengados durante el tiempo del retraso, y otros superiores si llegaran a acreditarse, con fundamento en el artículo 1101 del Código Civil.

La sentencia se hace eco de la doctrina consolidada, según la cual, el día inicial del cómputo de los salarios indemnizatorios por la mora empresarial deberán contarse desde la fecha de la solicitud de readmisión tras la excedencia, si es que entonces existía vacante apropiada para el reingreso.

D) Excedencia voluntaria: reingreso en localidad diferente

La STSJ del País Vasco 16 de enero 2007, I.L. J 991, analiza el supuesto de la negativa del trabajador a reincorporarse en el puesto ofertado. La empresa ofertó al demandante un puesto de trabajo de su categoría en una provincia distinta, lo que precisaba, desde luego, cambio de residencia. La cuestión que se plantea estriba en decidir si ello constituye un traslado del artículo 40 ET, o si, por el contrario, se trata de una oferta válida de vacante o, incluso, si se trata de oferta inhábil y mantendría en este caso el trabajador su derecho al reingreso.

La sentencia comentada se inclina por la segunda posibilidad, dado que la empresa ha hecho una válida oferta de reingreso, al ofertar puesto de trabajo que implica cambio de

residencia, puesto que se trata de una posibilidad real de reingreso dentro de la empresa, pues el reintegro no se limita al centro de trabajo.

En consecuencia, no se ha producido traslado alguno del trabajador por orden de la empresa, sino válido ofrecimiento de vacante, que no constituye movilidad geográfica, lo que trae como consecuencia que el rechazo del trabajador a esta oferta no le dé derecho a la indemnización que pretende, por no ser de aplicación el artículo 40 ET.

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ

DAVID LANTARÓN BARQUÍN (COORDINADOR)

FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

MONTSERRAT RUIZ CUESTA

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

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 su-

puestos determinantes de la improcedencia. B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización. a) La indemnización: cuantía y cálculo. b) Salarios de tramitación. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación. B) Distribución de la carga probatoria. C) Cuestiones conexas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la Revista Información Laboral-Jurisprudencia, números 5 a 8 del año 2007.

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

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

a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de consideración –con mayor o menor profusión o intensidad– en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a sus posibles calificaciones judiciales y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La STS de 14 de mayo de 2007, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de la doctrina 85/2006), I.L. J 723, desestima la existencia de despido ante un supuesto de reducción de jornada.

Es criterio de la Sala:

“Incluso con anterioridad a la doctrina unificada, que la expresión ‘despido’ no debe entenderse constreñida al que tenga origen disciplinario, ya que su significado también comprende –por lo general– cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aunque estuviese fundado en causa ajena al incumplimiento contractual; por lo que el despido constituye un concepto genérico y diversificable, por razón de su causa, en especies distintas, tal como se desprende de los artículos 49 y 52.c) ET, el Convenio número 158 de la OIT (BOE de 29 de junio de 1985) y Directiva 75/129 (reformada por la 92/56) (así, para la Jubilación forzosa del trabajador, SSTS de 26 de febrero de 1990 –ril–; 29 de diciembre de 1992 –recurso de casación para la unificación de doctrina 1501/1992–; 27 de julio de 1993 –recurso de casación para la unificación de doctrina 3430/1992–; 23 de octubre de 1993 –recurso de casación para la unificación de doctrina 3758/1992–; 29 de noviembre de 1993 –recurso de casación para la unificación de doctrina 1145/1993–; 2 de marzo de 1994 –recurso de casación para la unificación de doctrina 187/1993–; 20 de julio de 1994 –recurso de casación para la unificación de doctrina 1392/1993–; y 23 de diciembre de 1996 –recurso de casación para la unificación de doctrina 383/1996–. Y para extinción por desistimiento en personal de alta dirección en Marina Mercante, la STS de 9 de abril de 1990 –ril–). Pero en todo caso, la Sala ha precisado que la figura del despido exige de una decisión del empresario, expresa o tácita, de dar por concluida la relación de trabajo; y que ésta se configura como única (artículos 1, 4 y 5 ET), aunque susceptible de sufrir alteraciones por decisión unilateral del empleador, que cuando afectan a la jornada pueden integrar modificación sustancial de las condiciones de trabajo y dar lugar a que operen los mecanismos previstos en el artículo 41 ET. Y tratándose –en concreto– de una reducción de jornada en doce horas semanales (por pérdida de una contrata en el sector de limpieza de edificios y locales), tal decisión puede constituir la referida modificación sustancial, pero en modo alguno un despido, al no producirse manifestación expresa o tácita del empleador en tal sentido y –por el contrario– mantenerse viva, aunque modificada, la

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

relación de trabajo existente entre las partes [SSTS de 7 de abril de 2000 –recurso de casación para la unificación de doctrina 1746/1999–; y 20 de noviembre de 2000 –recurso de casación para la unificación de doctrina 1417/2000 (...)]”.

Relativa a la extinción del contrato de trabajo *por voluntad del trabajador* (artículo 50 E.T), la **STSJ de Extremadura de 25 de enero de 2007** (recurso 691/2006), I.L. J 798, niega la existencia de dimisión de una trabajadora ante un supuesto de extinción del contrato tras su reincorporación después de una baja por maternidad. Según la Sala, la dimisión voluntaria de su puesto de trabajo decae, porque “la actora mostró su disconformidad con la extinción contractual”.

En el mismo sentido, la **STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007** (recurso 38/2007), I.L. J 868 y **de Valencia de 22 de febrero de 2007** (recurso 4534/2007), I.L. J 892, niegan la existencia de dimisión de dos trabajadores ante sendos supuestos de impago empresarial de salarios durante un período superior a tres meses, vulnerando el artículo 31 del ET.

Asimismo, las **SSTSJ de Valencia de 13 de febrero de 2007** (recurso 4484/2007), I.L. J 900, y **del País Vasco de 23 de enero de 2007** (recurso 2847/2007), I.L. J 992, niegan la existencia de dimisión de dos trabajadores ante dos supuestos de extinción del contrato debido a un grave incumplimiento empresarial basados, respectivamente, en agresión física al trabajador y grave hostigamiento, con daño para la salud de los trabajadores afectados.

Diversas resoluciones judiciales, razonan cómo para que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo opere como causa de extinción del contrato es necesario que ésta cause perjuicios al trabajador, inexistiendo presunción *iuris tantum* de perjuicios cuando éstos no han sido probados. En este sentido fallan las **SSTSJ de Valencia de 31 de enero de 2007** (recurso 3732/2006), I.L. J 805, **de Madrid de 28 de marzo de 2007** (recurso 6312/2006), I.L. J 1110, **de Madrid de 14 de mayo de 2007** (recurso 1621/2006), I.L. J 1135 y, finalmente, **de Cataluña de 8 de febrero de 2007** (recurso 8033/2006), I.L. J 1236.

Razonan las Salas que:

“La doctrina correcta, desde una adecuada hermética del precepto estatutario en cuestión, debe ser la de que se produzcan y aprecien por el Juzgado sentenciador, la existencia de perjuicios para el trabajador a causa del repetido cambio de las condiciones de trabajo para que, en base a ello, actúe el mecanismo resolutorio contractual que le concede la norma estatutaria. Es evidente, conforme a una interpretación literal del párrafo 3 del señalado artículo 41 del texto estatutario, que la facultad de rescisión contractual por la modificación de las concretas condiciones esenciales de trabajo a que, el mismo se refiere, se halla condicionada a la existencia de perjuicios para el trabajador, por lo que si no se dan por concurrentes, aquéllos, no puede tener viabilidad dicha rescisión contractual. No es dable establecer, en tal sentido, una presunción *iuris tantum* de perjuicio para el trabajador en todo supuesto de modificación de las señaladas condiciones esenciales de trabajo, sino que, por el contrario y conforme a la normal interpretación del artículo 41.3 del Estatuto de los

Trabajadores, debe admitirse por el Tribunal sentenciador la existencia de tales perjuicios, según el resultado de lo actuado en juicio. La impugnante alega una serie de perjuicios, pero ninguno de ellos resulta probado (afectación de la vida familiar, existencia de un hijo de corta edad cuya atención resulta mermada, etc.) En definitiva, siendo la modificación sustancial no se ha acreditado el perjuicio producido por lo que el recurso no puede prosperar al no haber incurrido la sentencia dictada en ninguna de las infracciones denunciadas.”

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

A la cuarta de las causas motivadoras del despido disciplinario, consistente en la *transgresión de la buena fe contractual* [artículo 54.2.d) ET], se refiere expresamente la **STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2007** (recurso 8216/2006), I.L. J 1206, que revoca la sentencia de instancia y declara la procedencia del despido efectuado a un trabajador que ha faltado a su trabajo, la Sala considera la existencia de faltas injustificadas tipificadas como falta muy grave.

Asimismo, diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de sendos despidos disciplinarios por ofensas verbales o físicas a pacientes de un centro hospitalario y personas que trabajan en la empresa [artículo 54.1.c) ET]. La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de febrero de 2007** (recurso 2360/2006), I.L. J 809, confirma la declaración de procedencia del despido de un trabajador que incurre en un incumplimiento contractual grave y culpable al ofrecer un trato vejatorio y ofensivo a los pacientes.

En idéntico sentido, la **STSJ de Valencia de 30 de enero de 2007** (recurso 4169/2006), I.L. J 807, estima la procedencia del despido de un trabajador basado en la utilización de la tarjeta de confianza de la empresa acumulando puntos con las ventas a clientes, por incurrir en un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones contractuales. Asimismo, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de enero de 2007** (recurso 1265/2006), I.L. J 1181, falla la procedencia del despido efectuado a un trabajador, por transgresión de la buena fe contractual de carácter grave y culpable al modificar los cuadrantes de horas extras de los trabajadores.

Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 13 de febrero de 2007** (recurso 8581/2006), I.L. J 1204, estima la procedencia del despido efectuado a una trabajadora, en el supuesto en que la misma desempeña una actividad por cuenta propia a pesar de estar incurso en un proceso de Incapacidad Temporal. La Sala argumenta, aplicando la teoría de la proporcionalidad, que la falta cometida está revestida de la gravedad y culpabilidad suficientes como para ser constitutiva de despido.

Las **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 26 de abril de 2007** (recurso 199/2007), I.L. J 883 y **de Valencia de 6 de febrero de 2007** (recurso 4345/2007), I.L. J 890, fallan la procedencia de los respectivos despidos disciplinarios, basados en la transgresión de la

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

buena fe contractual. La primera de ellas, enjuiciando la sustracción de un frasco de perfume sin ser abonado su importe. La segunda, analizando el caso de un trabajador aparejador que sin causa acreditada no acude al trabajo de construcción en más de una semana, ni controla la obra con riesgo para los edificios colindantes.

Finalmente, la STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2007 (recurso 1742/2006), I.L. J 1005, declara la procedencia de un despido disciplinario basado, asimismo, en la transgresión de la buena fe contractual y conducta fraudulenta del actor que realiza una disposición indebida de fondos de clientes, debido a que “para apreciar el incumplimiento de la buena fe contractual no es necesaria la existencia de un lucro personal o de daños a la empresa”.

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET

La interpretación del despido por causas económicas o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) ET] es llevada a cabo por la STS de 7 de junio de septiembre de 2007, Sala Cuarta (recurso de casación para unificación de doctrina 191/2006), I.L. J 778. Al no apreciar una mínima similitud de las situaciones entre las sentencias comparadas, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra sentencia impugnada. Ésta llegó a la conclusión de que el despido “objetivo” del recurrente fue adecuadamente calificado como procedente, al tener origen la decisión extintiva del contrato de trabajo en el cese de negocio sin subrogación de otra empresa, de tal forma que el despido del actor se debió a la amortización del puesto de trabajo.

Para la Sala:

“Los casos más frecuentes de finalización de las contrata de limpieza son éstos en que las mismas concluyen por cumplimiento del plazo de duración estipulado en ellas, y en los que, como se acaba de indicar, la nueva empresa titular de la contrata se subroga en los derechos y obligaciones de la empresa saliente; y esta subrogación implica que en estos casos no existe ninguna amortización de puestos de trabajo, pues tales puestos siguen existiendo, si bien bajo la titularidad de la nueva contratista. La amortización de plazas o puestos en las contrata de limpieza comentadas sólo se produce en los casos en que éstas terminan, no por cumplimiento del mencionado plazo, sino por cierre del centro o por cese de la actividad efectuados por la empresa comitente (que es precisamente el supuesto acaecido en la sentencia recurrida). Pero resulta que estos casos de cierre o cese de actividad de la empresa principal son supuestos excepcionales y poco frecuentes; de lo que se desprende que en las contrata de limpieza referidas la amortización de puestos no se da de forma normal ni habitual, sino en casos contados y esporádicos. De ahí que en estas

contratas de limpieza no pueda aplicarse el criterio antes citado relativo a las empresas de contratas de carácter general, pues precisamente la condición excepcional y no habitual de los cierres de centro y ceses de actividad de aquéllas y de la correspondiente amortización de puestos, sí que provoca en las empresas contratistas de limpieza ‘dificultades que impiden el buen funcionamiento de las mismas’, lo que determina su encaje de forma clara en los supuestos que prevé el artículo 52.c) del ET. Así pues, en estas específicas contratas de limpieza, cuando las mismas no concluyen por cumplimiento de su plazo de duración, sino por rescisión de la contrata dispuesta por la empresa comitente por cerrar ésta el centro en que se llevaba a efecto tal contrata, o cesar la actividad de dicho centro, y en consecuencia se produce la amortización de los puestos en que prestaban servicios los empleados de la contratista por causas ajenas totalmente a la voluntad de ésta, resulta que nos encontramos ante un supuesto de causa organizativa o productiva de despido objetivo, toda vez que el mantenimiento en la empresa contratista de limpieza de los citados trabajadores, a pesar de haber desaparecido los puestos de trabajo que ocupaban, produce en esta empresa graves dificultades que impiden su buen funcionamiento. Por ello, en estos particulares casos, debe mantenerse la plena aplicación también de la doctrina jurisprudencial expuesta en párrafos anteriores, que establecieron las citadas sentencias de esta Sala de 21 de julio de 2003, 19 de marzo de 2002 y 13 de febrero de 2002. Por todo lo expuesto, debe concluirse que es correcta la decisión adoptada por la sentencia recurrida.”

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de marzo de 2007** (recurso 3/2007), I.L. J 1107, 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. Para que la extinción sea improcedente debe constar la desconexión entre el puesto del trabajador y la causa.

La Sala, en su FJ 2º, razona:

“Para considerar improcedente la extinción debe constar de manera muy clara la desconexión entre el puesto del trabajador seleccionado y la causa, pues en principio y con los límites generales antes aludidos habrá de reconocerse la posibilidad de elección de la empresa en virtud de sus facultades de dirección y control y de movilidad funcional.”

Las **SSTSJ de Valencia de 27 de febrero de 2007** (recurso 4686/2006), I.L. J 893 y **de Aragón de 31 de enero de 2007** (recurso 1171/2006), I.L. J 1219, declaran la procedencia de dos despidos por causas objetivas ante la existencia de pérdidas económicas importantes cuya consecuencia es el reajuste entre las fuerzas del trabajo y las necesidades de la producción.

Para las Salas:

“Los hechos descritos evidencian una situación importante de crisis económica de tal manera que la necesidad objetivamente acreditada de amortizar el puesto de trabajo concurre en su manifestación más apremiante de pérdidas continuadas del negocio. En estos

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

supuestos, la acreditación de la razonabilidad en términos económicos del acuerdo de extinción de uno o varios contratos de trabajo suele ser más fácil ya que tal medida reduce directamente los costes de funcionamiento de la empresa aumentando con ello las posibilidades de superación de su situación negativa.”

La **STSJ de Valencia de 30 de enero de 2007** (recurso 4092/2006), I.L. J 803, al abordar el estudio de la finalidad del despido por causas objetivas basado en causas económicas, lo identifica con la superación de situaciones económicas negativas. La Sala alega que el empresario no está obligado a adoptar medios complementarios, sino que basta con acreditar que la amortización del puesto ayuda a superar la situación económica.

La Sala apoya su fallo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

“Las causas económicas se concretan en el resultado de la explotación sobre su equilibrio de ingresos y gastos, de costes y beneficios; que conforme al texto legal siempre ha de ser negativa. Respecto a la eventual exigencia de un plan de viabilidad, la doctrina jurisprudencial ha establecido que el empresario no está obligado a adoptar, ni mucho menos a probar, la existencia de otros medios complementarios incluidos en un plan de viabilidad, sino sólo a acreditar que la media ayuda, razonablemente, a superar, nunca a garantizar, la situación negativa.”

En el mismo sentido, la **STSJ de Valencia de 27 de febrero de 2007** (recurso 4574/2006), I.L. J 894, juzga improcedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas del trabajador demandante, debido a la inexistencia de despido por amortización del puesto de trabajo puesto que la empresa continúa con todo su personal laboral en los departamentos de talleres y almacén.

Para la Sala:

“Como se razona en la sentencia de instancia, las causas que se expresan en la carta de despido objetivo, no pueden dar lugar al mismo, ya que empezando con la segunda, la reestructuración de los turnos de trabajo que elimina los sistemas y procesos que existían no justifican tal medida extintiva, sino en todo caso una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, aparte de que no se explica que el nuevo sistema de turnos dé lugar a la causa organizativa que determina la legalidad de la extinción del contrato del actor. En cuanto a la causa principal del despido objetivo, consiste en haber quedado sin contenido el puesto de trabajo de jefe de taller; la sentencia de instancia entiende que no se justifica tal medida por el hecho de haber pasado a la responsabilidad de otra empresa la gestión de los talleres y almacén, ya que entre otras razones el despido objetivo del actor se produce hasta un año y medio después del contrato con la misma, así como ello ha supuesto ascensos y aumentos salariales, a lo que hay que añadir las razones que se expusieron anteriormente, de que la empresa sigue manteniendo los departamentos de talleres y almacén con todo su personal laboral, por lo que no es posible que las funciones de los máximos responsables de los mismos sean transferidos a personal ajeno a la empresa.”

Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 24 de abril de 2007** (recurso 578/2006), I.L. J 1196, declara improcedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de los trabajadores demandantes, al no estar justificada ni haber acreditado la concurrencia de la causa en que se basa para acordar la extinción de su contrato.

La Sala argumenta:

“La calificación de despido improcedente es la que resulta aplicable a un despido en el que no se acredita la causa invocada por el empresario, sea ésta disciplinaria o de otra naturaleza, cuando no se está en ninguno de los supuestos del artículo 108.2 de la LPL. El denominado despido fraudulento, de creación jurisprudencial, no resulta ya conciliable con la nueva regulación de los efectos del despido. Esta doctrina es aplicable también a los supuestos en los que, como en el presente caso, se establece el motivo real del despido, pero éste no tiene la protección del ordenamiento, porque cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido la calificación aplicable es la de improcedente.”

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

Las **SSTS de 12 de junio y 31 de mayo 2007**, Sala Cuarta (recursos de casación para unificación de doctrina 5450/2006 y 4076/2005), I.L. J 776 y 1222, respectivamente, rechazan la excepción de caducidad de la acción de despido, argumentando que en el cómputo del plazo los sábados son días inhábiles y, por ello, no computables.

Asimismo, la **STSJ de Valencia de 15 de febrero de 2007** (recurso 4530/2006), I.L. J 897, desestima la excepción de caducidad de la acción de despido, en el supuesto en el que, a pesar de no aportarse certificado de intento de conciliación, se deduce su existencia de las alegaciones de la empresa, por lo que, en virtud del principio de conservación de los actos procesales, no procede la declaración de nulidad de las actuaciones.

La Sala argumenta:

“Es claro, asimismo, que la conciliación extrajudicial se llevó a cabo. La empresa no denuncia su falta y, antes al contrario se desprende de sus alegaciones que el acto se realizó. Así las cosas, sería inútil, puramente formalista y opuesto al principio de conservación de los actos procesales que hoy recoge el artículo 230 de la supletoria LEC sancionar la infracción por el juzgador del artículo 81 de la LPL con la nulidad de lo actuado a partir de la admisión a trámite de la demanda al solo fin de otorgar al actor ocasión de remediar la falta de acreditación de un requisito cuya concurrencia no se debate. La estimación del recurso, por ello,

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

debe limitarse a rechazar la caducidad de la acción que aprecia la sentencia y a devolver las actuaciones al órgano judicial de instancia, para que, sin repetición del juicio, dicte nueva resolución donde califique con plena libertad de criterio el despido litigioso y se pronuncie sobre las consecuencias inherentes.”

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2007 (recurso 8216/2006), I.L. J 1206, revoca la sentencia de instancia y declara la procedencia del despido efectuado a un trabajador que ha faltado a su trabajo, la Sala considera la existencia de faltas injustificadas tipificadas como falta muy grave.

La Sala argumenta:

“las faltas de asistencia al trabajo devienen injustificadas, y tipificadas en el artículo 35.1 del Convenio Colectivo como una falta muy grave, susceptible de ser sancionada por la empleadora con el despido, debiendo la Sala declarar que la calificación empresarial es adecuada, y por ende, los despidos han de ser calificados como procedentes”.

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de sendos despidos disciplinarios por ofensas verbales o físicas a pacientes de un centro hospitalario y personas que trabajan en la empresa [artículo 54.1.c) ET]. La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de febrero de 2007 (recurso 2360/2006), I.L. J 809, confirma la declaración de procedencia del despido de un trabajador que incurre en un incumplimiento contractual grave y culpable al ofrecer un trato vejatorio y ofensivo a los pacientes.

Para la Sala la conducta probada del trabajador

“Constituye un incumplimiento contractual grave y culpable, recogido en el artículo 54.2.c) del Estatuto de los Trabajadores consistente en la agresión física a empresario o representante, que desde luego no viene justificada en modo alguno en previa provocación del agredido, tal como se desprende del relato de los hechos de la sentencia; incumplimiento que justifica la medida disciplinaria del despido adoptada por el empresario; por lo que el recurso debe desestimarse, confirmándose la sentencia de instancia por ser conforme a derecho.”

Asimismo, la STSJ de Valencia de 30 de enero de 2007 (recurso 4169/2006), I.L. J 807, estima la procedencia del despido de un trabajador basado en la utilización de la tarjeta de confianza de la empresa acumulando puntos con las ventas a clientes, por incurrir en un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones contractuales. En sentido análogo, la STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de enero de 2007 (recurso 1265/2006), I.L. J 1181, falla la procedencia del despido efectuado a un trabajador por transgresión de la buena fe contractual de carácter grave y culpable al modificar los cuadrantes de horas extras de los trabajadores.

Para las Salas

“el hecho probado de la sustracción del producto de desecho que la demandada dedicaba a la venta, que han quedado probados, revela, por su parte un claro incumplimiento contractual grave y culpable subsumible en los artículos 54.2.d) y 55.4 del ET, determinante de la sanción de despido que la ha sido impuesta”.

Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 13 de febrero de 2007** (recurso 8581/2006), I.L. J 1204, estima la procedencia del despido efectuado a una trabajadora, en el supuesto en que ésta desempeña una actividad por cuenta propia a pesar de estar incurso en un proceso de Incapacidad Temporal. La Sala argumenta, aplicando la teoría de la proporcionalidad, que la falta cometida está revestida de la gravedad y 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.”

Asimismo, las **SSTSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 26 de abril de 2007** (recurso 199/2007), I.L. J 883 y **de Valencia de 6 de febrero de 2007** (recurso 4345/2007), I.L. J 890, fallan la procedencia de los respectivos despidos disciplinarios, basados en la transgresión de la buena fe contractual. La primera de ellas, enjuiciando la sustracción de un frasco de perfume sin ser abonado su importe. La segunda, analizando el caso de un trabajador aparejador que sin causa acreditada no acude al trabajo de construcción en más de una semana, ni controla la obra con riesgo para los edificios colindantes.

Finalmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2007** (recurso 1742/2006), I.L. J 1005, declara la procedencia de un despido disciplinario basado, asimismo, en la transgresión de la buena fe contractual y conducta fraudulenta del actor que realiza una disposición indebida de fondos de clientes, debido a que “para apreciar el incumplimiento de la buena fe contractual no es necesaria la existencia de un lucro personal o de daños a la empresa”.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de febrero de 2007** (recurso 2418/2006), I.L. J 1098, analiza la improcedencia del despido efectuado en un supuesto de contratación

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

temporal. Afirma que el contrato de interinidad se termina cuando se incorpora la persona objeto de sustitución y no por la baja en la empresa de persona distinta a la sustituida.

Para la Sala:

“La comunicación de despido que se le hace al trabajador demandante es debido a que es también baja en la empresa otra distinta trabajadora, que no es la que era titular del puesto que ocupaba interinamente. Luego no era viable pretender, con apoyo en tal circunstancia, la terminación de la vinculación interina existente con la demandante, tal y como acertadamente entendió la Sentencia recurrida. Puesto que el contrato de tal naturaleza solamente se termina cuando se reincorpora quien es objeto de la sustitución.”

De otro lado, diversas resoluciones judiciales, al fallar a favor de la improcedencia del despido, analizan el requisito de proporcionalidad entre el hecho determinante y la sanción que ha de mediar para la calificación de un despido procedente. Así, la **STSJ del País Vasco de 20 de febrero de 2007** (recurso 2729/2006), I.L. J 863, al analizar un supuesto de despido improcedente, argumenta que la sanción ha de responder a la exigencia de proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido y la sanción impuesta. La Sala falla a favor de la improcedencia del despido efectuado porque no se ha podido determinar en la carta de despido los hechos constitutivos de éste y los probados son de escasa gravedad, por lo que el despido del actor es sanción desproporcionada. De otro lado, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de febrero de 2007** (recurso 1740/2006), I.L. J 1010, falla a favor de la improcedencia de un despido aplicando la doctrina gradualista. Para la Sala el hecho de que un trabajador realice un desfase en el inventario, existente desde antes del inicio de la prestación de servicios, se ve desprovisto de proporción entre la infracción y la sanción de despido.

Asimismo, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de febrero de 2007** (recurso 87/2007), I.L. J 942, declara el despido improcedente ante la inexistencia de transgresión de buena fe entre dos empresas (de la demandada y de aquella donde presta el actor su segunda actividad) al no tener éstos el mismo objeto, ni realizar las mismas actividades, ni ser de la misma naturaleza, ni realizarse por el actor su actividad de forma oculta.

Para la Sala:

“La buena fe contractual obliga al trabajador a no hacer ‘concurrencia desleal’ al empresario (artículos 5 y 21 del ET). Y también es verdad que la lesión de la buena fe contractual puede producirse, como ha señalado la jurisprudencia, por la existencia de un acto o ‘elemento intencional’ revelador de una pretendida conducta desleal. La lealtad a la empresa obliga al empleado, entre otras cosas, a no aprovecharse indebidamente de su reputación o esfuerzo; a no beneficiarse de forma ilícita con la información sobre productos, procesos y clientes que pueda proporcionar la pertenencia a la misma; y a mantenerla informada de manera puntual de las propias actividades profesionales que puedan afectar a sus intereses. Por su parte los artículos 21.1 y 54.2.d) ET son los que plantean la cuestión medular del litigio y recurso. Con ello se trata de determinar el concepto de concurrencia desleal y la incidencia de esta conducta en la causa del despido tipificada como ‘transgresión de la buena fe contractual’. La concurrencia se da, sin duda, cuando se despliega una actividad productiva en

empresa distinta y que tiene el mismo objeto que la que padece la competencia (...) No hay una tipificación legal de deslealtad, pero ésta se da, sin duda, cuando la empresa no presta su consentimiento a esta concurrencia.”

La **STS de 14 de junio de 2007**, Sala Cuarta (recurso de casación para unificación de doctrina 2301/2006), I.L. J 933, falla la improcedencia del despido de un trabajador, contratado por obra o servicio determinado, ante la falta de operatividad de la causa alegada por la empresa y consignada en el contrato. Entiende el Tribunal que la causa de extinción es la liquidación de la empresa, al margen de la finalización de la obra o servicio objeto de aquél.

La Sala fundamenta este supuesto en los siguientes términos:

“Al encontrarse la demandada en fase de liquidación al margen de cualquier subvención para formación profesional que es causa distinta de la prevista en el artículo 49.1.c) del ET, pues no está operando entonces la causa consignada válidamente en el contrato, cual es la realización de la obra o servicio objeto de contrato –artículo 49.1.c) del ET en relación con los artículos 15.1.a) ET y 8.1.a)–, sino cualquiera de las previstas en los apartados i) y l) del citado precepto, en razón a haber sobrevenido otras circunstancias, cual es la liquidación de la entidad demandada, que hace inviable la continuidad de la prestación de servicios del actor, así como la de los demás trabajadores al servicio de la empresa, aunque no hubiese concluido la realización de la obra o servicios pactados.”

De otro lado, la **STSJ de Cantabria de 19 de febrero de 2007** (recurso 81/2007), I.L. J 880, al analizar un supuesto de despido improcedente, por incumplimiento de objetivos empresariales, cuando éstos eran prácticamente imposibles de obtener por ningún trabajador de la plantilla, argumenta que las resoluciones dictadas en ejecución de sentencia se llevan a efecto pese a su impugnación y declara el despido improcedente.

La Sala fundamenta este supuesto:

“Como quiera que dicha resolución contractual no es más que un modo legal de ejecutar la sentencia, aunque la resolución judicial que la determine sea objeto de recurso; pues así se desprende del contenido del artículo 244.1 de la LPL en cuanto que prevé que, salvo los supuestos de excepción previstos en la Ley, las resoluciones dictadas en ejecución se llevarán a efecto no obstante su impugnación. De todo ello se concluye que el trabajador no está obligado a permanecer en su puesto de trabajo en tanto el Auto de ejecución de sentencia que declara extinguida la relación laboral alcance firmeza; ni, consiguientemente, pueda ser despedido si deja de realizar la prestación laboral, una vez se le notificó el Auto de ejecución.”

Asimismo, la **STSJ de Valencia de 15 de febrero de 2007** (recurso 4530/2006), I.L. J 897, declara la improcedencia del despido disciplinario, al confirmarse que el actor se limitó a quejarse ante sus compañeros. Por tanto, su conducta no afectó a su servicio público al no trascender del ámbito interno de la propia empresa, no incidiendo en las prestaciones del demandante.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La Sala argumenta:

“El motivo debe prosperar, y con ello el recurso, dado que la conducta que se imputa al actor, tal y como resulta acreditada en el hecho probado tercero de la Sentencia de instancia, no tiene la entidad y gravedad suficiente para constituir una falta muy grave sancionable con el despido, por cuanto las expresiones proferidas y la aptitud observada en todo momento no pueden ser tipificadas ni de insultos o amenazas y mucho menos de coacciones o agresiones, tal como se contempla en el artículo 54.2.c) del ET.”

B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

La STS de 21 de junio de 2007, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de la doctrina 194/2006), I.L. J 1123, en un caso de despido improcedente reconoce el derecho de opción a un trabajador por aplicación del convenio colectivo.

El razonamiento de la Sala es el siguiente:

“de conformidad con al artículo 56 del convenio colectivo citado, en el caso de declararse improcedente el despido, el trabajador tendrá la opción de retorno al trabajo, y si bien es cierto que existe una reiterada doctrina jurisprudencial de que la opción a favor del trabajador (prevista como mejora por las normas paccionadas), no puede alcanzar a los empleados temporales cuando el contrato se convierte en indefinido por irregularidades sobrevenidas durante la vida de la relación laboral, dicha doctrina, no es aplicable al caso de autos, pues el despido se reconoce improcedente, por no haber concluido la obra o servicio para la que fue contratado el actor, sin que en ningún caso se hubiere declarado la relación como indefinida, por supuestas irregularidades en los contratos temporales celebrados como eventuales o interinos”.

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La STSJ de Cantabria de 27 de febrero de 2007 (recurso 119/2007), I.L. J 962, falla la nulidad de un despido por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La Sala argumenta que tal derecho puede verse lesionado cuando su ejercicio, o la realización de actos previos para su ejercicio, produzca una conducta de represalia por parte del empresario, en este caso, el despido.

Razona la Sala que:

“En relación con la posibilidad de que una decisión empresarial de despido sea lesiva del artículo 24.1 CE, este tribunal declaró: a este respecto debe recordarse, una vez más, que este Tribunal ha rechazado reiteradamente la identificación entre defecto o irregularidad procesal e indefensión, pues no toda infracción o defecto procesal es causante de la vulneración del derecho contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución, sino sólo aquél o

aquella que, por anular las posibilidades de alegación, defensa y prueba, cause una verdadera y real indefensión de la parte. En el presente caso hay que considerar que, dado el contexto en el cual se enmarcaron las actuaciones particulares, difícilmente la publicación en estrados de las resoluciones omitidas hubiera logrado resultados diferentes, en esta materia, de los nullos alcanzados por aquéllas que sí se publicaron, sin que la recurrente aporte indicio alguno, por mínimo que éste sea, que permita siquiera vislumbrar la existencia de alguna posibilidad real de que la publicidad de aquellas resoluciones mediante el sistema de publicación en estrados (ya desaparecido en nuestra nueva Ley procesal civil) pudiera haber resultado eficaz en el caso considerado. Pero es que, además, la queja ahora suscitada por la recurrente no fue planteada en su escrito de solicitud de nulidad de actuaciones, según consta en las actuaciones remitidas a este Tribunal, y por ello cabe apreciar respecto de ella la causa de inadmisión establecida en el artículo 44.1.a) LOTC, puesto que la queja de la recurrente se pretende hacer valer directamente, *ex novo*, ante este Tribunal, con ignorancia del principio de subsidiariedad que preside el proceso de amparo.”

Por el contrario, la **STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2007** (recurso 6810/2006), I.L. J 1202, desestima la nulidad de un despido por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ejercitado en procedimientos distintos.

La Sala falla:

“Por lo que se refiere a alegada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), el enjuiciamiento de este Tribunal ha de partir de su reiterada doctrina conforme a la cual la prohibición de que el empresario utilice sus facultades organizativas y disciplinarias para sancionar el legítimo ejercicio por parte del trabajador de sus derechos fundamentales encuentra una aplicación específica en los supuestos en los que la extinción del contrato o el despido se configura como una represalia al previo ejercicio por parte del trabajador de acciones judiciales contra la empresa dirigidas a la reclamación o protección de sus derechos laborales. El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (...) 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 fin, la garantía de indemnidad ínsita en el artículo 24.1 CE cubre no sólo el ejercicio de la acción judicial, sino también los actos preparatorios o previos a la misma, toda vez que, según doctrina igualmente consolidada de este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva es perfectamente compatible con el establecimiento de condicionamientos previos para el acceso a la jurisdicción y, en concreto, con la exigencia del agotamiento de la reclamación administrativa o de la conciliación previa, según proceda. Los mencionados actos previos no pueden permanecer al margen del derecho fundamental de tutela judicial, pues, de otro modo, se dificultaría la plena efectividad del derecho.”

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La **STSJ de Valencia de 13 de febrero de 2007** (recurso 4427/2006), I.L. J 886, estima la nulidad de un despido por causas discriminatorias, en el caso de un trabajador, que se reconoce minusvalía en grado de discapacidad del 37% por dolencia psíquica. En sentido análogo, la **STSJ de Andalucía de 13 de febrero de 2007** (recurso 2469/2006), I.L. J 1096, estima la nulidad de un despido por causas discriminatorias a un trabajador afectado de una enfermedad parecida a la esquizofrenia, pero diferente a ella.

Las Salas fallan:

“Por todo ello, el despido realizado debe ser calificado como de nulo, de conformidad con el artículo 55.5 del ET, con la consecuencia legal de su inmediata readmisión en el antiguo puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir.”

Por el contrario, la **STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2007** (recurso 484/2006), I.L. J 1129, revoca la sentencia de instancia y desestima la nulidad de un despido, calificándolo de improcedente, al no constar alegación de móvil discriminatorio ni de violación de derecho fundamental. Tampoco aporta indicios que generen sospecha de su existencia.

Razona la Sala:

“En el presente caso, del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, no consta la alegación por parte del demandante de ningún móvil discriminatorio o de haberse producido su despido con violación de derechos fundamentales, de ahí lo sorprendente y lo incorrecto que resulta de la calificación del despido por la juzgadora a quo como nulo, de haberse invocado por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental. Debería aportar para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor del alegato discriminatorio, y nada de eso consta en el supuesto enjuiciado. El despido no puede ser calificado de nulo, pero sin duda alguna debe ser declarado improcedente, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos de trabajo suscritos.”

En el mismo sentido, la **STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007** (recurso 2833/2006), I.L. J 1106, falla a favor de la inexistencia de nulidad de un despido, al no concurrir el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de discriminación.

La Sala argumenta:

“(…) no habiendo comunicado en ningún momento dicha circunstancia a la empresa demandada; por lo tanto si toda argumentación respecto al despido nulo que hace el recurrente está orientada a que la empresa conocía que el candidato elegido iba a renunciar a su cargo y que éste le iba a sustituir, habiendo quedado suficientemente acreditado que la empresa no conocía esta circunstancia, no concurre el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de la discriminación alegada, es por ello por lo que el motivo ha de ser desestimado”.

La STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2007 (recurso 5744/2006), I.L. J 1111, desestima la nulidad del despido efectuado a una trabajadora embarazada, cuyo estado no conocía la empresa.

La Sala fundamenta el fallo:

“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, es procedente plantear el problema que se puede suscitar por el desconocimiento por la empresa del embarazo, como de seguido se razonará.”

Por el contrario, la STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2007 (recurso 7799/2006), I.L. J 1227, estima la nulidad del despido efectuado a un trabajador, afiliado a un sindicato minoritario que no suscribe el ERE, cuando la empresa solapa el verdadero motivo de despido, en forma de despido objetivo. Para ello, la Sala descarta la justificación del despido objetivo y declara su nulidad.

“(…) No habiéndose probado que la decisión empresarial de despido objetivo obedezca a causa justificada y acreditado el conocimiento por la empresa de la condición de afiliado sindical por parte del actor y su actuación en calidad de tal, ha de llegarse a la misma conclusión que el Juzgador de instancia y el recurso ha de desestimarse”.

M^a. CARMEN ORTIZ LALLANA
BEGOÑA SESMA BASTIDA

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Libertad sindical. A) Actividad sindical. B) Conducta antisindical. C) Elecciones sindicales. D) Régimen interno de los sindicatos. **2. Proceso de conflicto colectivo.** A) El proceso de conflicto colectivo: delimitación y objeto. **3. Huelga.** A) Efectos de la huelga.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica reúne las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2007 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 734 a 1241).

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Actividad sindical

La particular conexión que existe en nuestro ordenamiento jurídico-laboral entre la representación sindical y la representación unitaria genera con cierta frecuencia algunos conflictos. Así, el Tribunal Supremo en su **STS de 7 de mayo de 2007**, I.L. J 870, se ha pronunciado sobre la posible lesión del derecho de libertad sindical del sindicato demandante por parte de otro sindicato que impide designar como representantes para ocupar las vocalías que le corresponden en el comité intercentros y en la comisión negociadora del convenio colectivo a trabajadores afiliados a otro sindicato. En concreto, los trabajadores designados por el sindicato SDI habían estado afiliados a CCOO, sindicato por el que fueron elegidos representantes de los trabajadores, y posteriormente se afiliaron a CGT, organización que ni siquiera concurrió a las elecciones. En la instancia se entendió que esta actuación resultaba fraudulenta, negándose por ello el derecho del sindicato a designar libremente a los trabajadores. La cuestión litigiosa se refiere, por tanto, a la posibilidad

del resto de sindicato que componen los órganos señalados de exigir a la organización demandante que designe a los vocales a que tiene derecho entre sus afiliados. Pues bien, entiende la Sala que esta actuación de las organizaciones demandadas constituye una lesión de la libertad sindical, pues está sobradamente admitido que el cambio de afiliación no conlleva la pérdida de la condición de representante de los trabajadores, de modo que nada puede reprocharse al inicial cambio de afiliación en este caso, sin que el hecho de que el sindicato al que se cambian no se haya presentado a las elecciones tenga tampoco repercusión jurídica. Por lo demás, en la medida en que las normas no impiden tampoco que un sindicato designe a los vocales a que tiene derecho en los órganos correspondientes entre afiliados a otra organización sindical, la conducta denunciada debe considerarse lesiva del derecho fundamental, aunque al no haber presentado éste indicios del daño cuyo resarcimiento persigue, no puede reconocérsele indemnización alguna.

Una situación parecida se plantea en la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de enero de 2007**, I.L. J 1170. Los hechos que dieron lugar a esta sentencia son los siguientes: el comité de empresa de RENFE operadora estaba compuesto por 23 miembros, de entre los cuales 9 pertenecen al sindicato CCOO, 8 al sindicato SEMAF, 3 al sindicato CGT y tres al sindicato UGT. Esta distribución se llevó a cabo teniendo en cuenta los resultados de las elecciones de 2003. En 2005 se celebró pleno del Comité Provincial de Empresa en el que se aprobó la propuesta de Reglamento de CCOO y UGT, en el que se establecen una serie de comisiones de trabajo las cuales estarían formadas por delegados de personal elegidos por y entre los miembros del comité de empresa. En concreto, se fijaron comisiones regladas y comisiones no regladas. En tres de las cuatro comisiones regladas el sindicato CGT no contó con ningún representante, a pesar de tener tres miembros en el comité de empresa. Y lo mismo ocurrió en la Comisión de Gráficos, que es la única comisión no reglada. Ante esta situación el sindicato CGT interpuso demanda por vulneración de la libertad sindical al no haberse designado ninguno de sus miembros para formar parte de las mencionadas comisiones a pesar de contar con tres miembros en el comité de empresa, los mismos con los que contaba el sindicato UGT al cual sí se le atribuyó representación en algunas de las comisiones citadas. El Tribunal dio la razón al demandante al considerar que tanto CGT como UGT cuentan con el mismo número de miembros en el comité de empresa y, en cambio, sólo CGT sufre la situación descrita sin que exista ninguna razón objetiva que justifique dicho tratamiento diferenciado en detrimento de la CGT. En consecuencia, el Tribunal considera vulnerado el derecho de libertad sindical.

B) Conducta antisindical

Son numerosas las ocasiones en las que el TS ha tenido que analizar un comportamiento empresarial dirigido a limitar u obstaculizar la actuación sindical por parte de un trabajador, comportamiento que puede presentar un carácter directo o indirecto. Una muestra de este último tipo de comportamiento son los hechos que dieron lugar a la **STSJ de Castilla-La Mancha 7 de febrero de 2007**, I.L. J 1003, cuyo origen se encuentra en un comportamiento empresarial consistente en el cambio de puesto de trabajo de una trabajadora que prestaba servicios en la sección de textil de un hipermercado para

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

convertirse en la jefa de la sección de electrodomésticos. La trabajadora era miembro del comité de empresa y había participado activamente en una serie de conflictos que se habían producido en la empresa durante el año 2005. En febrero de 2006, coincidiendo con la cobertura de tres vacantes de jefaturas de sección, la actora recibió comunicación de que a partir del día siguiente pasaba a asumir las funciones de jefa de la sección de electrodomésticos. La trabajadora se negó a firmar el documento en el que se ponía de manifiesto dicha modificación. Dos días más tarde la trabajadora causó baja por trastorno depresivo mayor moderado, relacionado con problemas laborales. En la instancia, el Juzgado que conoció del asunto declaró la conducta de la empresa lesiva del derecho de libertad sindical y ordenó el cese de dicha conducta discriminatoria y antisindical. Ante esta decisión la empresa condenada interpuso recurso de suplicación, que fue desestimado porque el Tribunal considera que, tras la intensa actividad sindical llevada a cabo por la trabajadora, el cambio de puesto incoado por la empresa es ajeno a una razón objetiva y además carece de toda proporcionalidad. En realidad, dicha modificación obedece a un intento de represalia por su conducta, lo cual supone una clara vulneración del derecho de libertad sindical.

También se discute la posible vulneración de la libertad sindical en la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de febrero de 2007**, I.L. J 1095, sentencia que tiene su origen en una demanda de vulneración de la libertad sindical interpuesta por la Confederación Sindical de CCOO contra Zara España, SA. La empresa Zara España, SA cuenta con diversos centros en distintos puntos de España. Así, en Sevilla posee diez centros de trabajo a los cuales se les aplica un convenio colectivo que, salvo determinadas excepciones, considera festivos el jueves, viernes y sábados santos completos, todas la tardes de los días de feria de Sevilla capital, la mañana del sábado y la tarde del 24 de diciembre. Ante esta disposición normativa la empresa Zara España, SA consigna e impone en todos los contratos de trabajo de los trabajadores que éstos aceptan trabajar en domingo y día festivo y condiciona la firma del contrato de trabajo a la aceptación de dicha cláusula por parte de los trabajadores. La empresa Zara España, SA considera que el convenio no obliga a cerrar la empresa en las fechas mencionadas, por lo que esta empresa abre sus centros y obliga a trabajar a todos los trabajadores en virtud de la aplicación de su contrato de trabajo. En la misma línea la empresa obliga a trabajar día completo en aquellas fechas que el convenio considera festivos por la tarde. El sindicato CCOO interpuso demanda de tutela de la libertad sindical en la que solicita que se declare contraria a los derechos fundamentales de libertad sindical y negociación colectiva la práctica de la empresa Zara España, SA consistente en celebrar masivamente contratos individuales de trabajo en los que se recogen las cláusulas antedichas. Entiende el Tribunal que con la cláusula establecida en los contratos de trabajo se está imponiendo una jornada de trabajo ordinaria contraria a lo regulado por el convenio colectivo. En consecuencia, el trabajo de los centros comerciales no sólo no es un espacio libre de regulación legal o contractual como pretende la empresa, sino una materia que está regulada expresamente en el convenio colectivo y en una norma legal cuya ejecución práctica no puede ser dejada a la autonomía individual a través de los contratos de trabajo sino que debe ser objeto de negociación colectiva con los representantes de los trabajadores al suponer una modificación de la jornada ordinaria pactada en el convenio colectivo. Así pues, entiende el Tribunal que la empresa con las cláusulas contractuales pactadas trata de eludir la intervención de los sindicatos en la regulación de estos excesos

o modificaciones de jornada, lo que supone tanto una vulneración del derecho de negociación colectiva como del derecho de libertad sindical.

También considera vulnerada su libertad sindical el demandante del supuesto que ha dado lugar a la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de enero de 2006**, I.L. J 1172. En esta sentencia se discute la posible nulidad de un despido en una empresa de transporte. Para el trabajador su despido merecía la calificación de nulo porque, en su opinión, se había producido por estar afiliado al sindicato CGT. Sin embargo, a lo largo del juicio se puso de manifiesto que el despido del trabajador tenía su origen en la comisión de numerosas irregularidades entre las que cabe mencionar la entrega de billetes bonificados o billetes que la empresa regala a cambio del precio ordinario del billete. Así mismo, el trabajador a la hora de realizar los informes pertinentes reducía de forma habitual y considerable el número de pasajeros que llevaba en sus viajes. Todos estos hechos fueron constatados por un Inspector de la empresa al que le acompañaba el Director de operaciones. En consecuencia, el Tribunal considera que nos encontramos ante un incumplimiento grave y culpable del contrato de trabajo por parte del trabajador, que merece la sanción de despido y no ante un comportamiento empresarial contrario a la libertad sindical. A todo esto hay que añadir que el empleador desconocía la condición de afiliado del trabajador. Por todo ello, el Tribunal considera que el recurrente no ha aportado indicios suficientes de la lesión de la libertad sindical y en consecuencia desestima el recurso.

Tampoco aporta, a juicio del Tribunal, un principio de prueba que razonablemente permita considerar que la empresa ha actuado guiada por intereses ilícitos quien interpuso la demanda que dio lugar a la **STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2007**, I.L. J 1198. En el caso se demandaba a la empresa CAPRABO, que cuenta con dos centros de trabajo destinados a almacén en dos municipios diferentes de Barcelona. Cada uno de estos centros cuenta con su propio comité de empresa. Los dos comités están formados por representantes de FETICO, CCOO y UGT. No obstante, en el comité de empresa de Hospitalet el sindicato FETICO es mayoritario, lo que ha llevado al demandante a considerar que si los trabajadores de este centro gozan de una mejor política retributiva que los de Abrera es consecuencia de dicha situación, esto es, la presencia mayoritaria de FETICO en el comité de empresa, sindicato al que la empresa trata de favorecer. Como ya se adelantaba, el Tribunal entendió que el demandante no había aportado indicios que destruyeran la existencia de las razones objetivas en las que se basaba dicha diferencia de trato. En consecuencia, el tribunal desestimó el recurso al considerar que no se había producido una lesión de la libertad sindical.

C) Elecciones sindicales

En el supuesto de la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 15 de febrero de 2007**, I.L. J 813, se cuestiona la compatibilidad con los derechos de libertad sindical e igualdad de la negativa de la Subdelegación del Gobierno en Burgos a tramitar un preaviso electoral del sindicato USO, teniendo en cuenta la previa existencia de un Acuerdo estatal de tres sindicatos más representativos en el ámbito de las Administraciones Públicas (CSI-CSIF,

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

UGT y CCOO), ratificado en Castilla y León, para racionalizar y ordenar el procedimiento electoral y su calendario.

Partiendo de la doctrina constitucional sobre los derechos de libertad sindical e igualdad, en relación con las diferencias de trato entre los sindicatos más representativos y los que no reúnen tal condición, justificadas cuando resultan objetivas, adecuadas, razonables y proporcionadas a la finalidad perseguida, y no suponen la exclusión de sindicatos menos representativos de derechos necesarios para el desempeño de las funciones que les son propias, la Sala desestima la pretensión del sindicato actor. A este respecto, entiende que la negativa de la Subdelegación del Gobierno en Burgos a tramitar el preaviso electoral del sindicato actor estaba justificada por la previa existencia y cumplimiento del Acuerdo de racionalización y ordenación del proceso y del calendario electoral, ratificado y registrado tanto a nivel estatal como en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, lo que excluye el pretendido móvil antisindical, y que, una vez que el calendario acordado incluía los preavisos electorales, éstos debían tomarse como primera convocatoria de los correspondientes procesos electorales, válida frente preaviso instado por el sindicato USO, de fecha posterior a la adopción y registro, con la consecuente publicidad y conocimiento, del discutido Acuerdo y su ratificación (artículo 5 RD 1846/1994, de 9 de septiembre).

D) Régimen interno de los sindicatos

La STS de 5 de junio de 2007, I.L. J 757, reiterando el criterio mantenido por la anterior STS de 19 de septiembre de 2006, con transcripción literal de su doctrina, en un supuesto sustancialmente igual, declara la competencia del orden jurisdiccional social en relación con una demanda de nulidad de una reunión de la Dirección Estatal del Sindicato de Policías Municipales de España (SPPME) y sus correspondientes actas y acuerdos, frente al orden contencioso-administrativo, reconocida en la instancia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, por estimar que se están cuestionando materias propias del régimen interno de un sindicato [artículo 2.h) LPL], y no, al menos no directamente, derechos de libertad sindical de los funcionarios públicos ni, mucho menos, cuestiones relativas a su relación de servicios con la Administración, competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa [artículos 3.c) LPL y 1.3.a) ET]. Por lo demás, la Sala añade que la competencia también sería del orden social si el planteamiento de la cuestión se hiciera como vulneración de los derechos de libertad sindical, por primar la consideración de actuación sindical interna y no tratarse de una tutela frente actuaciones antisindicales de la Administración empleadora.

Como se recuerda en la STSJ de Valencia de 13 de febrero de 2007, I.L. 899, la organización interna de las entidades de base asociativa suele responder a la idea de permitir que sus miembros decidan sobre la actividad de éstas, si bien es estrictamente necesario que la voluntad colectiva sea eficazmente ejecutada. A tal efecto, el órgano de decisión tiene la misión de formar la voluntad de la mayoría, y al de administración corresponde desenvolver la capacidad de obrar de la persona jurídica, pudiendo la gestión separarse de la representación, pero en todo caso para que uno de los miembros de la organización pueda actuar eficazmente en representación de ésta, en el caso de autos para impugnar un convenio colectivo, es preciso que acredite debidamente que esta actuación responde

a la voluntad social a través del medio más idóneo, justificando que la decisión se adoptó por el órgano competente o resulta de un acuerdo adoptado en la forma prevista en los estatutos correspondientes. Acreditación que no aconteció en este caso.

Se recuerda también en esta sentencia que para el Tribunal Supremo quienes participan en la negociación y la conclusión de un convenio tienen representación suficiente para ello, mientras que quienes impugnan la legalidad de los actos de negociación soportan la carga de probar tanto su propia condición representativa como la falta de representatividad de quienes participan o han participado en la negociación colectiva impugnada.

Como ya ha puesto de manifiesto el TS en numerosas ocasiones, el derecho fundamental de asociación cuenta con un contenido complejo en el que se incluye el derecho de autoorganización. Esta idea es reiterada en la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de febrero de 2007**, I.L. J 940, que impide al juez entrar a revisar la calificación que de las conductas consideradas sancionables han hecho los órganos de la asociación de que se trate, salvo para constatar el cumplimiento de las garantías procedimentales previstas en los estatutos correspondientes. Así las cosas, debe el órgano judicial limitarse a determinar si la sanción impuesta ha sido acordada por el procedimiento previsto en los estatutos, con las suficientes garantías, y por el órgano competente y si está debidamente tipificada la conducta como sancionable en las normas estatutarias. No alcanzan, por ende, las garantías previstas en el artículo 25 CE a las sanciones impuestas por los sindicatos a sus afiliados, al limitarse éstas al derecho punitivo del Estado. En este caso, se deja sin efecto la sanción impuesta por el sindicato por no haberse observado el trámite procedimental previsto en las normas de garantías para imponer sanciones, que exigen el nombramiento de una comisión investigadora, integrada por un presidente designado por Comisión Ejecutiva Federal y dos vocales, uno designado por el denunciante y otro por el denunciado. La finalidad de esta comisión era garantizar los principios de contradicción y defensa del afiliado, reuniendo el material probatorio, emitiendo informes y posibilitando un acuerdo conciliatorio ante la Comisión Ejecutiva Federal, remitiéndose lo actuado a la Comisión de Garantías Federal sólo si no se alcanza el señalado acuerdo. El afiliado denuncia la no constitución de la comisión de investigación, entendiendo la Sala que procede anular la sanción impuesta porque con tal actuación se le impidió nombrar un vocal para participar en ella y controlar la obtención de las pruebas que se iban a emplear en su contra, imposibilitándole también para llegar a un acuerdo conciliatorio que evitase la sanción.

Por último, en cuanto a la competencia de jurisdicción a la hora de conocer de un litigio en el que se discutía sobre el depósito de una modificación de los Estatutos del Sindicato Profesional de Policías Municipales de España, el TS en su **STS de 12 de junio de 2007**, I.L. J 878, recaída en casación ordinaria, y siguiendo la senda marcada por la STS de 19 de septiembre de 2006, ha declarado la competencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo para el conocimiento de un litigio. Para cimentar su competencia destaca la Sala que se trata de un litigio intra sindical, cuyo conocimiento corresponde a este orden jurisdiccional con independencia de la condición laboral o funcional de los afiliados a la organización, por aplicación del artículo 2.h) LPL, que legitima al orden social para

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

conocer de los litigios que surjan en el seno de ambas clases de sindicatos. Esta legitimación únicamente se excepciona, atribuyendo la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, en los litigios sobre tutela de los derechos de libertad sindical y huelga relativa a los funcionarios públicos. Precisamente esta excepción podría poner en jaque la competencia del orden social en este caso, al poder argumentarse que la pretensión anulatoria encubre en realidad un pleito sobre tutela de libertad sindical. Posibilidad que, sin embargo, considera la Sala que no varía su competencia, toda vez que no se trata de defender el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos frente a su empleador, la Administración, sino de decidir una contienda interna sindical, que, por su propio contenido, sólo en el más amplio de los sentidos está relacionada con el ejercicio del derecho de libertad sindical [artículo 4.1.c) LOLS]. Tampoco concibe la Sala que su competencia quede afectada por la exclusión formulada en el artículo 1.3.a) ET, habida cuenta que ésta se refiere estrictamente al plano laboral, dejando sin regular a qué orden jurisdiccional corresponden las pretensiones relacionadas con el régimen jurídico de los sindicatos constituidos por los funcionarios públicos.

2. PROCESO DE CONFLICTO COLECTIVO

A) El proceso de conflicto colectivo: delimitación y objeto

A pesar de la consolidada doctrina judicial existente acerca del ámbito de utilización del proceso de conflicto colectivo, seguimos asistiendo al planteamiento de numerosos litigios en los que se discute dicho extremo. Así en la **STSJ de Extremadura de 13 de febrero de 2007**, I.L. J 856, se declara la inadecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo, aunque sólo parcialmente, para articular una pretensión de condena en una impugnación de una modificación de condiciones de trabajo. En este caso se trataba de una demanda de conflicto colectivo por la que se instaba la declaración de nulidad de una decisión empresarial de reducir la duración del descanso “para el bocadillo” del personal de limpieza adscrito a una contrata, y la condena al abono de la diferencia económica correspondiente, estimándose la inadecuación del proceso de conflicto colectivo para esta segunda pretensión, de condena, por su carácter individualizado o particular, y por venir condicionada, en su caso, por la necesaria audiencia de las partes concretamente afectadas.

En la misma línea, la **STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007**, I.L. J 858, declara la inadecuación parcial del proceso de conflicto colectivo en relación con una demanda por la que se instaba que se declarase nula o injustificada una modificación del calendario laboral de un grupo de trabajadores y que se condenase a la empresa demandada a la reposición de éstos a sus condiciones anteriores, admitiendo esa modalidad procesal para la pretensión declarativa, por afectar genéricamente a un grupo homogéneo de trabajadores, pero no para la pretensión de condena, por afectar a intereses individuales de trabajadores concretos que deberían ser oídos. En relación con la adecuación del proceso de conflicto colectivo para resolver litigios sobre jornada y horario, por una parte, la Sala entiende que pese a tratarse de una materia individualizada o individualizable, lo que se

cuestiona es una práctica o medida general de la empresa y no su concreta determinación respecto de cada trabajador.

Por otra parte, también estima la adecuación del proceso de conflicto colectivo frente al de impugnación de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (artículo 138 LPL), toda vez que la decisión modificativa cuestionada no se adoptó conforme a lo previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, por no haberse consultado con los representantes de los trabajadores (artículo 41.4 ET), y, por tanto, no era reconocible como tal. A este respecto, la Sala considera que una vez que la modificación no sólo afectaba al horario, sino también a la jornada, el procedimiento para adoptar la decisión modificativa debería haber sido el de carácter colectivo, que no se cumplió, y no el individual, limitado a la modificación de horarios o funciones de determinado umbral numérico de trabajadores (artículo 41.2 ET). Algo parecido se plantea en la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 10 de enero de 2006**, I.L. J 1169, en la que se discutía la legalidad de la regulación recogida en el convenio colectivo acerca del precio de la hora extraordinaria y el de la hora de presencia para las diferentes categorías de trabajadores de una empresa de transportes. En la sentencia se pone de manifiesto que el procedimiento utilizado, esto es, el procedimiento de conflicto colectivo no es el adecuado porque lo que se está haciendo, en realidad, es impugnar el contenido de un convenio en el que se regula la materia mencionada y para ello hay que utilizar el procedimiento de impugnación de convenios colectivos y no el de conflicto colectivo, puesto que, en definitiva, aunque se trate de modalidades procesales próximas en su concepción, no son idénticas, de hecho presentan significativas diferencias en cuanto a los requisitos de iniciación, legitimación y participación del Ministerio Fiscal, las cuales forman parte del orden público procesal del que no pueden disponer las partes. Por estos motivos se desestima la demanda.

Tras exponer la conocida doctrina jurisprudencial sobre el objeto del proceso de conflicto colectivo, como conflicto actual, de carácter jurídico, y subjetivo y objetivamente colectivo (afectación de un grupo genérico u homogéneo de trabajadores, portadores de un interés general e indivisible o no fraccionable, sin perjuicio de la eventual y ulterior individualización reflejo de sus consecuencias), en el que se incardina, como especialidad, el de impugnación de modificaciones sustanciales de trabajo de carácter colectivo, y cuya elección no es disponible para las partes en el proceso, por tratarse de una cuestión de orden público, apreciable de oficio, la **STSJ de Cantabria de 16 de enero de 2007**, I.L. J 796, declara la inadecuación de esta modalidad procesal en relación con la impugnación de una medida empresarial de movilidad geográfica de dos trabajadores, por no tratarse de una decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, sino de una cuestión individual que debe examinarse en los casos concretos, con presencia de los trabajadores afectados.

Merece la pena destacar, no obstante, en esta sentencia, el específico deslinde que hace entre el conflicto colectivo y el conflicto plural, como yuxtaposición o suma de conflictos individuales, en relación con el “nivel de determinación de la pretensión ejercitada”, en el sentido de que “en los supuestos de intereses colectivos individualizables (...) El

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

conflicto colectivo debe tener (...) por objeto una pretensión declarativa acorde con el carácter general de la controversia, mientras que, en el conflicto individual o en el plural, la pretensión debe apuntar a un pronunciamiento concreto de condena o de reconocimiento singular de una situación jurídica”.

En la **STSJ del País Vasco de 10 de enero de 2007**, I.L. J 972, se discute la adecuación al procedimiento de conflicto colectivo de la pretensión formulada en la demanda consistente en que se declare el derecho del personal eventual de la empresa que no está de alta en ésta durante todo el año, a disfrutar de los días de exceso de la jornada en la parte proporcional correspondiente, impugnando con ello la práctica empresarial de no reconocer ningún día de exceso de jornada a estos trabajadores. A tal efecto, recuerda la Sala que la normativa reguladora del proceso de conflicto colectivo limita la competencia del orden social a las controversias que versan sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal o convencional o de una práctica empresarial de carácter jurídico, quedando fuera los conflictos económicos, de intereses o de regulación, entre los que se encuentran los que persiguen el cambio de las condiciones laborales establecidas en un convenio colectivo, cuya solución corresponde a la negociación colectiva en ejercicio de los instrumentos de autotutela previstos en los artículos 28.2 y 37.2 CE. Entiende la Sala que el conocimiento del conflicto en cuestión corresponde al orden social porque tiene en realidad como objetivo la determinación de la jornada anual ordinaria de los trabajadores eventuales interpretando al efecto lo dispuesto en el convenio aplicable.

3. HUELGA

A) Efectos de la huelga

En el supuesto de la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de enero de 2007**, I.L. J 832, se cuestiona, a la luz de los principios de igualdad y no discriminación y en un proceso individual, la legitimidad del descuento salarial realizado por la Universidad de Burgos durante una situación de huelga, por haberse operado respecto del personal de administración y servicios y no respecto del personal docente e investigador. Partiendo de que la huelga fue convocada por las mismas organizaciones sindicales, con el mismo objeto, en los mismos días y para ambos grupos de trabajadores, la Sala declara la nulidad del descuento salarial, por no encontrar razón alguna para que operase respecto de un grupo de trabajadores y no del otro, teniendo en cuenta, además, que el tratamiento discriminatorio ya se puso de manifiesto en las medidas de control de la asistencia del personal en los días de huelga, realizadas respecto del personal administrativo y no respecto del personal docente.

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario:

1. Contenido “normativo” del convenio colectivo. Límites. A) Respeto a la ley. En relación con el establecimiento de categorías y grupos profesionales. B) Respeto al principio de igualdad.
2. Adhesión.
3. Convenios colectivos extraestatutarios.
4. Administración del convenio colectivo por las comisiones paritarias.

De las sentencias reseñadas, reproducidas en los números 5 a 8, ambos incluidos, de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia, 2007, de Lex Nova, merecen destacarse aquí, por las cuestiones tratadas, las del TS de 1 y 7 de junio de 2007, la primera aportando interesantes precisiones acerca de las materias que admiten o no su regulación por convenio colectivo extraestatutario; la segunda relativa a los límites al establecimiento de grupos profesionales por convenio colectivo. También la STSJ de Valencia de 22 de febrero de igual año, que tiene oportunidad de volver a recordar que no cabe la adhesión individual a un convenio colectivo ajeno que conduce a la exclusión del convenio propio.

1. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO. LÍMITES

A) Respeto a la ley. En relación con el establecimiento de categorías y grupos profesionales

La libertad de los sujetos negociadores para establecer grupos profesionales no permite que éstos puedan configurarse prescindiendo de la regulación legal de los títulos o licencias que habilitan para el ejercicio de las tareas propias de quienes se integran en ellos. No cabe constituir un grupo profesional que incluya a trabajadores que carecen de los aludidos títulos habilitadores. Así, en relación con el establecimiento de un grupo de “técnicos de mantenimiento de aeronaves” que se opone a lo dispuesto en el Real Decreto 284/2002, de 22 de marzo, que requiere la obtención de “licencia o título habilitante para el desempeño de las funciones de técnico de mantenimiento de aeronaves civiles”, STS de 7 de junio de 2007, I.L. J 1121:

“El artículo 2 [del citado Real Decreto] define la ‘licencia’ como ‘título habilitante para el desempeño de las funciones de técnico de mantenimiento de aeronaves civiles’ de donde se desprende que dicho Real Decreto no acepta la posibilidad de que existan ‘técnicos de mantenimiento de aeronaves’ sin licencia o, lo que es igual, que el *nomen* de técnico de mantenimiento de aeronaves lo reserva para quienes tengan la licencia correspondiente. Es, por tanto, a partir de esta constatación como debe estimarse que el convenio colectivo, cuando da ese nombre a técnicos carentes de ese título, está incumpliendo aquellas normas reguladoras de esta profesión (...). Es cierto que a tal efecto el artículo 22 del ET habilita a los negociadores de un convenio para regular con entera libertad la constitución de los grupos profesionales, pero no es menos cierto que en ello, como en todo, debe respetar las normas imperativas, como dispone con carácter general el artículo 85.1 del propio ET; por ello, si existe una norma de desarrollo de un Convenio internacional que dispone quiénes pueden ostentar la condición de ‘técnicos de mantenimiento de aeronaves’, no puede aceptarse que en un convenio colectivo se desfigure esa denominación para atribuírsela a otro tipo de profesionales.”

B) Respeto al principio de igualdad

No conculca éste la cláusula convencional que establece una indemnización superior a la legal para el caso de despido colectivo acordado con los trabajadores y omite una previsión similar para el despido objetivo, incluido, pues, el basado en la causa c) del artículo 52 del ET. “Las situaciones comparadas no son iguales”. Mientras que la extinción amparada en el artículo 52.c) del ET “opera por la sola voluntad del empresario”, siendo su decisión unilateral “la que provoca la extinción (con independencia de la calificación que luego merezca si es impugnada judicialmente), la extinción autorizada en expediente de regulación de empleo requiere, para que se imponga la indemnización mínima prevista en el precepto [del convenio] de 1,5 meses de salario por año de servicio, que exista un acuerdo entre la empresa y los trabajadores afectados (...)” (STS de 5 de julio de 2007, en unificación de doctrina, I.L. J 1082).

2. ADHESIÓN

Sobre la nulidad e ineficacia de la cláusula del contrato de trabajo en el que sus partes se adhieren a un convenio colectivo distinto del propio, cuya aplicación excluyen, STSJ de Valencia de 22 de febrero de 2007, I.L. J 898, recordando la solución adoptada por igual Tribunal y Sala en anteriores ocasiones:

“Como ya se dijo por esta Sala en la Sentencia núm. 1512/2004, de 14 de mayo (...), ni el trabajador ni la mercantil demandada pueden disponer de (sic) la aplicación de un convenio colectivo diferente al que corresponde a su ámbito de aplicación, ya que tales convenios obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito y durante todo el tiempo de su vigencia (...) y sin posibilidad de exclusión por un contrato individual que remita a un convenio colectivo no aplicable a la propia actividad reconocida como ejercida por la entidad demandada. En esta misma línea, la Sala, en

VIII. Negociación Colectiva

Sentencia núm. 2778/1998, de 11 de septiembre (...) ha señalado que «Si bien es cierto que el artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores reconoce el principio de autonomía de la voluntad individual, no lo es, sin embargo, de modo libérrimo e incondicionado, sino, precisamente, sin que ‘en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos’. Es por ello que las partes del contrato de trabajo no pueden determinar, con fundamento en su autonomía individual, el marco normativo regulador de la relación de trabajo que establezcan, sino que éste se impone a los contratantes en virtud de las facultades normativas del Estado ejercidas a través de las disposiciones legales [artículo 3.1.a) del Estatuto de los Trabajadores] y del reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva y del derecho a la negociación entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios [artículo 37.1 de la Constitución] en relación con el 3.1.b) del Estatuto de los Trabajadores], pudiendo convenir los contratantes la mejora de las condiciones que deban regir la relación de trabajo que concierten pero con sujeción al marco normativo aplicable de conformidad con el contenido de la prestación laboral concertada. No siendo posible a las partes del contrato elegir o seleccionar el marco normativo regulador de la relación de trabajo que conciertan, que les viene impuesto.»

3. CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS

Se reseñan, a continuación, algunos de los aspectos más destacados de la STS de 1 de junio de 2007, I.L. J 1116.

Aunque existe un debate doctrinal sobre si este tipo de convenios posee naturaleza normativa o contractual, la jurisprudencia se inclina por lo segundo.

“No hay unanimidad en la doctrina acerca de si la eficacia de esta especie de contratos (sic) es normativa o simplemente contractual, pues en línea de principio el artículo 37.1 de la Constitución autoriza la validez de ambas tesis, en cuando alude a la ‘fuerza vinculante de los convenios’, en general; la duda también le ha asaltado al Tribunal Constitucional, como puede verse en sus Sentencias 177/1988, 171/1989 y 27/2004, pero, al igual que la sentencia de esta Sala de 30 de mayo de 1991, se inclina por atribuirle la eficacia propia de los contratos.”

Una vez admitida esa naturaleza contractual y sin perderla de vista, no hay inconveniente en emplear la expresión “contenido normativo” para referirse a las cláusulas del convenio reguladoras de las condiciones de trabajo.

“El concepto ‘contenido normativo’ de los pactos puede resultar equívoco si se le desvincula de su ámbito de aplicación; el término normativo significa el efecto regulador aplicable a una determinada materia de un conjunto de disposiciones que han sido previstas por la ley o por los particulares; las cláusulas normativas de los convenios están destinadas a regular los derechos y obligaciones de las personas y entidades afectadas por dichos pactos, pues éste es, justamente, el papel que han desempeñado las cláusulas de los contratos, y el pacto colectivo extraestatutario lo es, que se conciertan con la finalidad de compatibilizar los

intereses contrapuestos de las partes, que se someten voluntariamente a una disciplina que ellos mismos han instaurado, lo que permite afirmar que los convenios de eficacia limitada, en el ámbito propio en el que son aplicables, tienen naturaleza y eficacia contractual y contenido regulador en el sentido indicado, es decir, únicamente respecto de los sujetos afectados por el contrato, pues esa fuerza la reciben del artículo 37.1 de la Constitución y del consentimiento de los negociadores. Son cláusulas normativas en cuanto regulan derechos y obligaciones de aquéllos a quienes se extiende el concreto contrato colectivo.”

En cualquier caso, cuando el convenio tiene, por razón de los sujetos que han intervenido en su negociación, eficacia limitada, no puede entrar en materias cuya regulación ha de afectar, necesariamente, a la totalidad de los trabajadores, como sucede con la clasificación profesional y el régimen de los ascensos, de la que tratan los artículos 22 y 24 del ET, respectivamente.

“En estos asuntos la nueva regulación pretendida no se va a limitar a disciplinar la relación de trabajadores o grupos de trabajadores concretos, sino [que alcanzará] a la totalidad de ellos, por cuya razón el artículo 22 citado, para la clasificación profesional, y el artículo 24, para la promoción, se han remitido para su regulación a pactos de eficacia general, y en ese sentido ha de entenderse la referencia al convenio colectivo y a los acuerdos de la empresa con los representantes de los trabajadores, pues en ambos supuestos quienes pactan lo hacen en su calidad de empresarios, de una parte, y de representantes legales o sindicales de los trabajadores, de otra, con la finalidad de que los acuerdos que alcancen afecten a todos los representados en el ámbito correspondiente y a quienes en el futuro accedan al mismo. Siendo eso así, la regulación de las materias a la que nos referimos no puede asumirla un pacto que, de suyo, tiene fuerza normativa limitada, precisamente para que surta efectos más allá del ámbito representativo que encarnan los negociadores.”

Tampoco puede regular la implantación, la constitución, las competencias y el funcionamiento del comité intercentros, que son materias cuyo tratamiento figura reservado a los convenios colectivos estatutarios.

“Cabe señalar ahora la imposibilidad de que un pacto extraestatutario regule la implantación, la constitución, las competencias y el funcionamiento del comité intercentros, por ser esta materia de reserva para el convenio colectivo estatutario o de eficacia general, según lo dispuesto en el artículo 63.3 del Estatuto de los Trabajadores, lo que de suyo es bastante para declarar la nulidad de la cláusula que trata de esta materia en el pacto de eficacia limitada.”

Las restricciones anteriores desaparecen cuando la regulación proporcionada se limita a reproducir lo que dispone la ley o los términos de la regulación contenida en un anterior convenio colectivo estatutario que se encuentra en situación de ultraactividad.

“Se pretende la anulación de cuatro artículos del pacto, referidos al régimen disciplinario de la empresa, con el argumento de que ésta no es materia propia de un pacto extraesta-

VIII. Negociación Colectiva

tutario. Sin dejar de ser eso cierto, el motivo de impugnación (...) carece de fundamento, porque (...) el pacto se limita a reproducir los términos ya fijados en el convenio colectivo estatutario, estribando la diferencia en la mera tipificación de la falta relativa al acoso moral o sexual, cualquiera que sea su motivación u origen. No puede tacharse de ilegalidad (sic) un pacto que se limita a incluir en su clausulado lo que dispone el convenio colectivo estatutario y lo que contiene la ley, porque el acoso al que se refiere el artículo 48 [del convenio extraestatutario] es una conducta que ya aparece sancionada en el artículo 8, número 13, de la Ley sobre infracciones y sanciones del orden social (...) como garantía que ya figuraba en el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, y que en la actualidad se ha reforzado con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.”

En fin, cabe disponer la constitución de comisiones paritarias, en cuyo caso la posibilidad de limitar a los sujetos firmantes del pacto el derecho a formar parte de ellas no difiere respecto a la admitida en el supuesto de los convenios estatutarios. Puede recurrirse a la expresada posibilidad cuando las funciones de la comisión paritaria no exceden de las de pura administración.

4. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO POR LAS COMISIONES PARITARIAS

Excede de las atribuciones de la comisión paritaria de los convenios estatutarios la posibilidad de modificación del contenido de éstos, los cuales tampoco pueden conferírseles. Cuando el convenio encomienda a la comisión paritaria la determinación de la forma y condiciones en que se encuadrarán en él los trabajadores afectados por un convenio extraestatutario anterior aquélla no puede adoptar una solución que conduzca a la expresada modificación. Ésta se produce cuando se acuerda que no se apliquen a los referidos trabajadores determinadas reglas del convenio estatutario, como son las relativas a la antigüedad. Un acuerdo de tal naturaleza es nulo, tanto por suponer una modificación del contenido del convenio como por resultar, “a todas luces, contrario al principio de igualdad en la aplicación de las normas, consagrado en el artículo 14 de la CE y en el artículo 17 del ET (sic), toda vez que supone un trato desigual y peyorativo de estos trabajadores con respecto al resto de sus compañeros, sin que exista razón justificativa alguna para esa diferenciación” (STS de 30 de mayo de 2007, I.L. J 1054).

Sobre la posibilidad de que los convenios colectivos extraestatutarios puedan disponer la constitución de comisiones paritarias y limitar la presencia en ellas a los firmantes de aquéllos cuando las facultades de tales comisiones no excedan de las propias de la administración del pacto, STS de 1 de junio de 2007, I.L. J 1116.

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) Enfermedad profesional. 9. Régimen económico, responsa-
bilidad y garantía de las prestaciones. 10. Asistencia sanitaria. 11. Incapacidad tempo-
ral. 12. Maternidad. 13. Regímenes especiales. 14. Infracciones y sanciones.
15. Procesos de Seguridad Social.

1. FUENTES

No existe jurisprudencia en la materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

No existe jurisprudencia en la materia.

4. GESTIÓN

Los dos pronunciamientos que comentaremos versan sobre el alcance de las competen-
cias que ostentan las MATEPSS en materia del subsidio de incapacidad temporal. En el
primer caso, el Tribunal Supremo aborda la competencia de la MATEPSS para calificar el
origen de la contingencia de Incapacidad Temporal en caso de discrepancia con el INSS;
mientras que en la segunda sentencia se analiza su facultad para acordar la extinción del
subsidio en un supuesto en que el trabajador desarrolla una actividad profesional durante
la baja.

Así, en el primer caso la trabajadora inició la situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo ocasionada por un “esguince cervical” producido en accidente de tráfico *in itinere*. Un mes más tarde fue dada de alta por los servicios sanitarios de la MATEPSS y al día siguiente el Servicio de Salud la dio de baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común. Tramitado el expediente para determinar el origen de la contingencia, el INSS en su resolución calificó la incapacidad temporal como derivada de accidente de trabajo.

La MATEPSS recurre en unificación de doctrina la decisión del INSS reclamando su competencia para determinar el origen de la contingencia en virtud de la modificación introducida por el RD 428/2004, de 12 de marzo, al Reglamento General de colaboración en la gestión de las MATEPSS (RD 1993/1995, de 7 de diciembre).

La STS de 12 de junio de 2007, I.L. J 1153, reconoce que la modificación introducida por el RD 428/2004 en el Reglamento General de colaboración de las MATEPSS otorga a las Mutuas competencias para declarar el derecho al subsidio, previa determinación de la naturaleza causante de la contingencia de incapacidad temporal (artículos 61.2, 80.1 y 87.2 del RD 1993/1995). Ahora bien, la STS citada mantiene también en esta ocasión lo que viene siendo doctrina reiterada según la cual en caso de discrepancia sobre la naturaleza del riesgo originario corresponde al INSS y no a la Mutua aseguradora. Y ello es así porque el INSS en cuanto entidad gestora con competencia general para “la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social” (artículo 57 LGSS) se reserva las facultades de decisión a un nivel superior en materia de calificación de la contingencia.

A juicio del Tribunal Supremo es claro en este sentido que el artículo 1 del RD 1300/1995 atribuye al INSS la facultad de evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por incapacidad permanente, en sus distintos grados, así como “determinar las contingencias causantes de las mismas”. En definitiva, corresponde al INSS calificar en última instancia el carácter profesional o no de la contingencia pues, de lo contrario, supondría situar en pie de igualdad a la entidad gestora con las MATEPSS en su condición de colaboradoras. Si ello fuese así, daría lugar a “situaciones de desprotección total del beneficiario, cuanto todas ellas se negaran a asumir –aunque sea de manera no definitiva– la responsabilidad por una contingencia” (entre otras, SSTS de 27 de febrero de 2007, de 8 de febrero de 2007, de 15 de noviembre de 2006, de 22 de noviembre de 1999, de 19 de marzo de 1999, de 28 de enero de 1998, de 27 de enero de 1998, de 2 de febrero de 1998, de 6 de marzo de 1998, de 28 de abril de 1998).

– Incompetencia de la MATEPSS para acordar la extinción del subsidio de incapacidad temporal como consecuencia del desarrollo de la actividad laboral. Carácter sancionador de la medida.

En la STSJ de Cataluña de 12 de febrero de 2007, I.L. J 1225, la actora, de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, recurre en suplicación la decisión de la MA-

IX. Seguridad Social

TEPSS de acordar la extinción del derecho a subsidio de incapacidad temporal por desarrollar su actividad laboral durante el período de baja médica. El TSJ reproduce la doctrina expuesta en la STS de 9 de octubre de 2006 donde si bien se reconoce la competencia de la Mutua para gestionar el subsidio de incapacidad temporal incluida su extinción entiende que no puede adoptar decisiones con carácter sancionador. Conforme a los argumentos expresados en la sentencia del TS citada, los artículos 131 bis y 132 LGSS responden a distinta naturaleza pues mientras que “los supuestos de extinción del derecho a subsidio (...) guardan íntima relación con las vicisitudes del hecho causante (...) los de pérdida o suspensión del derecho ostentan básicamente (...) carácter sancionador”. Entiende el TSJ, en consecuencia, que la decisión de la Mutua excede de las tareas de gestión que le vienen atribuida por norma por lo que “sólo tiene posibilidad de suspender la percepción del subsidio de IT por el tiempo que haya durado actividad laboral acreditada”.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

No responsabilidad empresarial en el pago de la prestación de jubilación en la que existe infracotización. Cese en la situación de pluriempleo sin comunicación a la empresa. Responsabilidad del INSS. La empresa recurrente había sido declarada responsable del pago parcial de la pensión de jubilación por existir infracotización en un supuesto de pluriempleo. En el caso, el trabajador había permanecido durante varios años (de febrero de 1985 a noviembre de 1994) en situación legal de pluriempleo, con el consiguiente reparto proporcional de la cotización del trabajador entre las dos empresas para las que trabajaba. Tras el cese de la situación de pluriempleo, ni el trabajador ni la Tesorería General de la Seguridad Social comunicaron a la empresa la nueva situación, la cual siguió cotizando en cantidad inferior a la exigible por aplicación del tope de cotización por pluriempleo.

La STS de 26 de junio de 2007, I.L. J 920, que resuelve el caso entiende que las circunstancias concurrentes eximen de responsabilidad a la empresa ya que al no tener conocimiento del cambio en la situación del trabajador difícilmente pudo actuar con ánimo fraudulento o malicioso. Por el contrario, atribuye la responsabilidad al INSS puesto que la Administración de la Seguridad Social sí que tuvo conocimiento por vía telemática del cese en la situación del pluriempleo. La responsabilidad debe asumirla, pues, el INSS “sin perjuicio del posible derecho del INSS a reclamar a la empresa las correspondientes diferencias de cuotas, en la parte no prescrita”.

7. RECAUDACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

La STS de 11 de junio de 2007, I.L. J 1122, analiza la presunción de accidente de trabajo en el caso de un infarto de miocardio acontecido durante la prestación de servicios. Aunque los síntomas apareciesen antes del inicio de la prestación laboral, ello no desvirtúa la calificación. En estos casos no se puede valorar la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca —dada la etiología de este tipo de lesiones— sino el marco dentro del lugar y tiempo de trabajo. En relación a esta misma causa, puede también consultarse la STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de enero de 2007, I.L. J 1188. Por el contrario, no constituye accidente de trabajo la taquicardia sinusual anterior a su incorporación al trabajo, a pesar de que el trabajador ya se encontrara preparado e incluso vestido con ropa de trabajo, según la STSJ de Aragón de 30 de enero de 2007, I.L. J 1212.

El accidente de trabajo producido por patología psíquica derivada de estrés laboral es analizado por la STSJ del País Vasco de 20 de febrero de 2007, I.L. J 846, en la cual se concluye que el empresario es responsable de los riesgos psicosociales que puedan acontecer en el puesto de trabajo, en un caso de conflictividad laboral con los compañeros de trabajo. Así pues, las conductas derivadas de acoso ambiental y la falta de respuesta de la empresa como organización, la hace responsable del accidente de trabajo que se genera, al estar expuesta la trabajadora a una situación de aislamiento y tensión a lo largo de varios años.

También constituye accidente de trabajo el empeoramiento de una patología lumbar causada en su día por un accidente de trabajo, y debido a los accesos bruscos de tos por bronquitis, según la STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2007, I.L. J 867, por aplicación del artículo 115.2.g) LGSS.

Respecto al elemento temporal del accidente de trabajo, la STSJ de 13 de febrero de 2007, I.L. J 853, concluye que no se produce en la jornada laboral, por comenzar ésta a las 7 h, y el trabajador caer desplomado a las 6:40 h a las puertas de la empresa. Señala la sentencia que, en esta circunstancia, no constaría el dato que relacione la muerte por insuficiencia cardiorrespiratoria con el trabajo.

B) Recargo de prestaciones

La STS de 6 de junio de 2007, I.L. J 783, vuelve a reiterar la doctrina según la cual, en relación al recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, el transcurso de los 135 días de duración máxima sin resolver, no produce la caducidad del expediente. El plazo para que la Administración de la Seguridad Social dicte resolución en un procedimiento de reconocimiento del recargo es de 135 días, conforme al anexo del RD 286/2003, pero el incumplimiento de este plazo no produce la caducidad del procedimiento que prevé el núm. 2 del párrafo primero del artículo 44 de la Ley de Régimen

IX. Seguridad Social

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El recargo no implica, con independencia de su finalidad preventiva, la imposición de una sanción al empresario infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima. Sobre la caducidad del expediente, vid., asimismo, la **STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2007**, I.L. J 841. En esta misma línea, y también en relación a la tardía resolución del expediente como posible causa de caducidad de éste y consiguiente nulidad de la Resolución que impone el recargo de prestaciones, no se genera tal efecto, incluso aunque hayan transcurrido los 135 días que señala la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 (**STSJ de Aragón de 3 de enero de 2007**, I.L. J 1207).

En la **STS de 16 de mayo de 2007**, I.L. J 1030, se condena al trabajador a devolver la diferencia entre el recargo del 50% y el del 30%. El trámite a seguir es el de ejecución de sentencias.

En la **STSJ de Extremadura de 30 de enero de 2007**, I.L. J 797, se dan los requisitos para condenar a la empresa principal solidariamente, ya que los trabajos se desempeñan en su centro de trabajo. Si la empresa 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 ajeno, sino que forma parte de sus responsabilidades de ejecución. Sobre un caso de responsabilidad solidaria, vid., asimismo, la **STSJ de Canarias de 14 de marzo de 2007**, I.L. J 904, en un caso de obras de construcción y trabajos en altura en el exterior, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan sus servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control. Otro supuesto de responsabilidad solidaria se analiza en la **STSJ de Cantabria de 27 de febrero de 2007**, I.L. J 963, en la que se señala que faltaba la protección colectiva frente al riesgo de caída en alturas, siendo el listón colocado por el oficial claramente insuficiente, y aplicándose, por tanto, el artículo 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Por su parte, la **STSJ de Andalucía de 9 de febrero de 2007**, I.L. J 1091, exime de responsabilidad a la promotora y condena a la empresa constructora, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo según la cual las actividades de la empresa promotora y constructora no son las mismas, y ni siquiera pueden entenderse las de éstas inherentes en el ciclo productivo de aquélla.

La **STSJ de Valladolid de 14 de febrero de 2007**, I.L. J 808, señala que no se produce ninguna indefensión por el hecho de que el sancionado no haya podido ejercitar su defensa porque haya fallecido, y los herederos no hayan tenido un conocimiento directo de los hechos. La Dirección Provincial del INSS de Valladolid no ha impuesto ninguna sanción en este caso, sino un recargo de prestaciones a cargo de la empresa infractora, cuya naturaleza jurídica es un tanto compleja, teniendo una consideración *sui generis* que le aparta de la sanción propiamente dicha.

En la valoración del recargo que hace la **STSJ de Castilla y León de 22 de febrero de 2007**, I.L. J 817, se desestima el recargo de prestaciones en un 40% porque no existe un plus de culpabilidad en la conducta de la empresa. En este caso se dan las circunstancias de que llegó el capataz de la empresa y preguntó al trabajador si había efectuado las operaciones

de manera ordenada. La **STSJ del País Vasco de 16 de enero de 2007**, I.L. J 982, fija tres criterios para la valoración del recargo: a) mayor o menor posibilidad del accidente; b) mayor o menor gravedad previsible de sus consecuencias para el trabajador; c) mayor o menor déficit de medidas destinadas a impedirlo. Otras sentencias que se ocupan de la valoración porcentual del recargo son las **SSTSJ del País Vasco de 30 de enero de 2007**, I.L. J 988 y de **30 de enero de 2007**, I.L. J 989.

Las **STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 2007**, I.L. J 1100 y de **27 de febrero de 2007**, I.L. J 1102, que analiza el tema desde la perspectiva de la concurrencia de la imprudencia profesional del trabajador, y señala la información y formación del trabajador como paso previo a la obligación del empresario de prever las imprudencias no temerarias o distracciones del trabajador.

Para la **STSJ de Valencia de 28 de febrero de 2007**, I.L. J 895, no existe imprudencia del trabajador en el manejo de la máquina, ya que su acción es derivada de la falta de formación e información, lo que hace responsable a la empresa. Así, la trabajadora manejaba una máquina de colocar bisagras en las puertas para la que no había recibido información alguna, ni teórica ni práctica, en materia preventiva.

El incumplimiento de las medidas de seguridad por parte de la empresa ha de entenderse en sentido amplio, no sólo las expresas y particulares previsiones normativas, pues debe tenerse en cuenta que al empresario le corresponde adoptar cuantas medidas sean necesarias para la debida prevención de los riesgos, y que tal deber general o deuda de seguridad no siempre reclama la presencia de una medida específica prevista o impuesta, según la **STSJ de Andalucía de 8 de febrero de 2007**, I.L. J 1088.

En la **STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 2007**, I.L. J 1232, se estima el recurso de la empresa –que impugna el recargo por falta de medidas de seguridad– puesto que no existe infracción de medida alguna relativa a la seguridad y salud que pueda fundamentar el recargo. Por otra parte, la sentencia considera que la falta de formación del trabajador no es causa del accidente.

C) Indemnización en concepto de responsabilidad civil

Esta cuestión se analiza por la **STSJ del País Vasco de 23 de enero de 2007**, I.L. J 986, según la cual el empresario está sujeto a un deber de indemnización de daños y perjuicios causados por razón de accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando exista una participación empresarial decisiva en la concatenación o producción del accidente y resulte constitutivo de una infracción culposa o dolosa de su deber de seguridad.

Según la **STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de enero de 2007**, I.L. J 1180, que analiza un supuesto de indemnización por daños en caso de accidente de trabajo, de la cuantía de ésta no se ha de detracer la cantidad percibida en concepto de subsidio de IT, porque la prestación por este concepto tiene por objeto un subsidio una cantidad dineraria que

IX. Seguridad Social

pretende paliar la situación de necesidad producida por la falta de ingresos, al no poder el trabajador desarrollar su actividad laboral debido a una alteración de su salud. La percepción por IT no tiene un carácter indemnizatorio, sino que se trata de una renta de sustitución, por lo que no hay que proceder a su descuento.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de enero de 2007, I.L. J 1184, analiza el supuesto de exención de responsabilidad por el incumplimiento del trabajador de las instrucciones de seguridad recibidas, aunque simplemente se hubiese instruido a la trabajadora a través de una charla de aproximadamente media hora de duración, entregándoles información escrita sobre las condiciones de seguridad, ya que en las funciones a desempeñar –limpieza de locales– no era posible una información exhaustiva.

D) Enfermedad profesional

En la STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007, I.L. J 842, se da un supuesto de enfermedad profesional a consecuencia de un asma bronquial extrínseco y alergia a resinas epoxídicas, que implican asma bronquial asociado debido a la existencia de las indicadas resinas en su ambiente laboral. Es interesante que la sentencia resalta que la falta de queja de la trabajadora, en modo alguno, puede atribuirse a una omisión que exonere a la empresa de responsabilidad alguna. También la STSJ del País Vasco de 20 de febrero de 2007, I.L. J 851, analiza la diferencia entre la epicondilitis y la periostosis como enfermedades profesionales, siendo esta última una variante de la epicondilitis y muy frecuente en los colectivos de chapistas, herreros, caldereros, albañiles y canteros, entre otros.

En la STSJ de Valencia de 6 de febrero de 2007, I.L. J 891, se analiza el caso de una enfermedad profesional y de la responsabilidad profesional en un supuesto de sucesión de empresas. Así, el daño que se produce en la salud de una persona por trabajar varios años en un ambiente capaz de desarrollar una enfermedad pulmonar no nace de un acto único en el tiempo, sino de un conjunto de actos que se van sucediendo progresivamente.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

10. ASISTENCIA SANITARIA

En supuesto de reintegro de gastos médicos, la STJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007, I.L. J 840, desestima la existencia de urgencia vital por entender que la opción por una intervención más favorable, avanzada y menos agresiva que en la medicina pública (pues la técnica ofrecida desde la medicina privada preservaba el mantenimiento de la voz) colocó voluntariamente al beneficiario fuera del ámbito de protección de la Seguridad Social. Dicho tribunal declara que dicha opción, si bien puede estar justificada desde un punto de vista humano, no da lugar al reintegro interesado por el beneficiario. En su

razonamiento, cuestiona que la pérdida de la voz pudiera suponer un riesgo inminente de pérdida de un órgano o miembro fundamental para el desarrollo normal de la vida, recordando que el recurrente no solicitó una segunda opinión dentro de la medicina pública ni la autorización previa a la Administración sanitaria dirigida a obtener la cobertura necesaria.

En la **STS de 29 de mayo de 2007**, I.L. J 871, dictada en unificación de doctrina, se desestima el reintegro de gastos médicos y sanitarios ocasionados por cambio de sexo. En su fundamentación recuerda que la asistencia sanitaria debida por la Seguridad Social tiene unos límites, sin que pueda constituir el contenido de la acción protectora del sistema, caracterizado por una limitación de medios y su proyección hacia la cobertura de vocaciones universales, la aplicación de aquellos medios no accesibles ni disponibles en la Sanidad Española, a cuanto lo solicite. Conforme al Anexo III Real Decreto 63/1995 y a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud mantiene que, por el momento y para el caso de la CA de Madrid, se está en presencia de una prestación no financiable con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria, mientras no existan las correspondientes normas que así lo establezcan, como ocurre en algunas CCAA.

La **STSJ de Aragón de 31 de enero de 2007**, I.L. J 1217, analiza el reintegro de gastos médicos en un supuesto en el que una anciana de 89 años de edad sufrió un accidente vascular muy grave cuando paseaba por una vía urbana, ingresando en una clínica cercana al lugar del accidente. A resultas de tal accidente permaneció en la Unidad de Cuidados Intensivos cinco días, y cuando tuvo estabilizadas sus constancias vitales, continuando en estado de extrema gravedad, fue trasladada a planta, donde permaneció un mes y cuatro días. La sentencia citada entiende, a diferencia del recurrente, que la situación de “urgencia vital” no desaparece cuando la actora es trasladada a planta, pues forma parte de un tratamiento unitario que trae causa en el accidente vascular muy grave.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

En la **STS de 31 de mayo de 2007**, I.L. J 1037, dictada en unificación de doctrina, ante un supuesto de baja médica derivada de accidente no laboral en vacaciones retribuidas disfrutadas con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo, determina que la entidad responsable del pago de prestaciones de incapacidad temporal es la Mutua Aseguradora que cubría ese riesgo, tanto por contingencias comunes como profesionales, en la empresa en la que el trabajador prestaba sus servicios.

La **STS de 6 de junio de 2007**, I.L. J 775, dictada en unificación de doctrina, mantiene que no puede cuestionarse que los facultativos de los Servicios Públicos de Salud no sólo pueden sino que deben extender la oportuna baja, si el beneficiario de la Seguridad Social reúne los requisitos del artículo 128.1 LGSS. De existir controversia sobre la contingencia origen de la incapacidad temporal, corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad So-

IX. Seguridad Social

cial su determinación a través del oportuno expediente administrativo, con intervención de las partes interesadas, para lo cual tiene plena competencia. Si en su caso, la MATEP o cualesquiera otra parte legitimada se halla en desacuerdo con la decisión de la Entidad Gestora, puede impugnar la decisión administrativa en vía judicial, tal como acontece en el presente caso. En parecidos términos, pueden igualmente consultarse la STS de 7 de junio de 2007, I.L. J 1150; STSJ de Cataluña de 12 de febrero de 2007, I.L. J 1224.

La STSJ de Cataluña de 12 de febrero 2007, I.L. J 1225, con relación a la extinción del derecho al subsidio de incapacidad temporal que la MATEP acuerda por desarrollar el beneficiario “su actividad laboral” en los días y horas alegados, entiende que dicha decisión extintiva debe revocarse en razón de la legal improcedencia de una medida sancionadora que excede de la función gestora que tiene atribuida, de tal manera que en el concreto supuesto de actividad laboral por cuenta propia o ajena realizada por el beneficiario, sólo tiene la posibilidad de suspender la percepción del subsidio por IT por el tiempo que haya durado la actividad laboral acreditada.

12. MATERNIDAD

No existe jurisprudencia en la materia.

13. RÉGIMENES ESPECIALES

Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

La STSJ de Cataluña de 12 de febrero de 2007, I.L. J 1238, examina el recurso presentado por el INSS contra la decisión del Juzgado Social de Granollers de otorgar a un afiliado al RETA el incremento correspondiente a una Incapacidad Permanente Total “cualificada”. Argumenta el INSS que tal incremento es aplicable únicamente a las situaciones causadas a partir del día 1 de enero del 2003, por así establecerlo con meridiana claridad el Real Decreto 463/2003, de 25 de abril, que desarrolla la mejora introducida por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre. En efecto, la Disposición Adicional Única del citado real decreto dice: “El incremento de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual, a que se refieren los artículos 58 y 63.3 del Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, 75.4 y 99.c) del Reglamento General del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, y 38.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, en la redacción incorporada por este real decreto, únicamente será de aplicación a las situaciones de incapacidad permanente que se declaren a partir del 1 de enero de 2003”. En este caso, la pensión de Incapacidad Permanente fue concedida el 30 de marzo de 2000, con efectos desde junio de 1999, si bien el cumplimiento de la edad de 55 años, que es causa efectiva para obtener el citado incremento, tuvo lugar en noviembre de 2004, es decir, casi un año después de la fecha indicada en la norma.

La sentencia, con apoyo en la STC 76/1990, rechaza que tenga carácter discriminatorio el establecimiento de una fecha de efectos inicial de la norma referida a la fecha en que

se causó la pensión por Incapacidad Permanente, –a la sazón de día 1 de enero de 2003, por ser la fecha en que entró en vigor la ley 53/2002–, ya que fuese cual fuese la fecha de entrada en vigor de la mejora implantada, siempre habrá situaciones anteriores no beneficiadas por una mejora, que en este caso responde a la voluntad de acercar progresivamente lo dispuesto para los afiliados al RETA a lo establecido en el Régimen General, que no es término igualitario de comparación dadas las características distintas que tiene un trabajador por cuenta ajena y uno por cuenta propia, que tras la declaración de incapacidad puede seguir realizando tareas complementarias o accesorias de su actividad autónoma.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social

Según la STSJ del País Vasco de 9 de enero de 2007, I.L. J 994, la jurisdicción laboral no es competente a la hora de declarar la obligación de la empresa de dar de alta y cotización en el RGSS. El supuesto es de un diseñador textil que trabaja principalmente en su domicilio por cuenta y bajo la dependencia de la empresa. Por otra parte, se salva con ello un defecto: que se hubiese enjuiciado dicha pretensión sin que fuese parte la TGSS, que es el otro sujeto de la relación de Seguridad Social en su doble vertiente de aseguramiento y cotización, en garantía de su derecho a la tutela judicial efectiva.

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.

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*.

a) Concepto. b) *Requisitos del beneficiario*. c) Cuantía de la pensión. d) *Dinámica de la prestación*. e) *Compatibilidad e incompatibilidades*. C) *Lesiones permanentes*.

a) Concepto. b) *Requisitos del beneficiario*. c) Cuantía de la pensión. d) *Dinámica de la prestación*. e) *Compatibilidad e incompatibilidades*. C) *Lesiones permanentes*.

a) Concepto. b) *Requisitos del beneficiario*. c) Cuantía de la pensión. d) *Dinámica de la prestación*. e) *Compatibilidad e incompatibilidades*. C) *Lesiones permanentes*.

4. Muerte y supervivencia. A) *Requisitos del sujeto causante*. B) *Requisitos de los beneficiarios en*

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

los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad. b) Orfandad. c) Pensión en favor de familiares. C) Cuantía de las pensiones. D) Dinámica de la protección. E) Régimen de incompatibilidades.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 5 a 8 del 2007 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 734 a 1241).

1. DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

b) Requisitos de acceso a la protección

En el caso resuelto por la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de enero de 2007, I.L. J 829, la empresa en la que trabaja la demandante presenta solicitud de expediente de regulación de empleo, consistiendo el mismo en la extinción de determinados contratos de trabajo y en la transformación de fijos ordinarios en fijos discontinuos, siendo este último el supuesto que afecta a la demandante.

Como sabemos, el contrato de trabajo de fijos-discontinuos ha pasado a tener un régimen jurídico diferenciado del previsto en el contrato de trabajo a tiempo parcial, para integrarse en el artículo 15.8 ET. Si bien, lo cierto es que el contrato de fijos-discontinuos no deja de ser una modalidad de contratación a tiempo parcial, habida cuenta de que el citado artículo considera como tal el que se concierte para la realización de trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y que no se repitan en fecha cierta, dentro del volumen normal de la actividad de la empresa.

Por otro lado, el artículo 12.4.e) del ET establece que “la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial, y viceversa, tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al amparo de la letra e) del apartado 1 del artículo 41”. Añade, además, que el trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión.

Ahora bien, respecto al derecho o no de la demandante a percibir la prestación por desempleo, derivada de la época de inactividad laboral producida inmediatamente después a

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

la conversión de su contrato, hemos de decir que no es determinante el que la conversión de su contrato obedeciera a su voluntad, pues el artículo 208.4 LGSS dispone que “se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos en los períodos de inactividad productiva”, sin que se haga mención alguna a la voluntariedad en la inactividad temporal.

Por lo tanto y como conclusión hay que decir que dado que la actora adquirió la condición de fijo discontinuo antes de la interrupción del contrato por llegada de la temporada baja y que el período de inactividad posterior a ello se halla considerado como situación legal de desempleo, no cabe argumentar existencia de fraude de ley, declarándose el derecho de la actora a percibir la prestación por desempleo.

A la misma conclusión se llega en la STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 9 de marzo de 2007, I.L. J 1165.

f) Compatibilidad e incompatibilidades

El caso planteado ante el Tribunal, en la STSJ de Cataluña de 21 de febrero de 2007, I.L. J 1007, resuelve el recurso interpuesto por el actor al que se la ha denegado en primera instancia el derecho a la percepción de prestación por desempleo, por haberla solicitado tras un breve período como autónomo y alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, posterior al despido como trabajador por cuenta ajena, momento en el cual el trabajador se hallaba en situación de incapacidad temporal por enfermedad común.

Por otro lado, hay que resaltar que no consta que el actor efectuara la solicitud de la prestación por desempleo antes de los quince días que la ley establece para hacerlo, sino que en el momento en que lo hizo, el actor ya no procedía de la situación legal de desempleo, sino de la de trabajador autónomo que causa baja en el RETA.

Por tanto, como pone de manifiesto el Tribunal, nos encontramos ante un supuesto que no encaja en el artículo 208.1 LGSS, por lo que no puede entenderse que el actor se encontrara ya, en la fecha de la solicitud, como sí se había encontrado con anterioridad, en situación legal de desempleo.

Sin embargo, el hecho de que este supuesto no esté expresamente previsto en las normas jurídicas sobre desempleo, no impide, como ha entendido el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de julio de 2006, que, seguida una actividad por cuenta ajena de otra por cuenta propia, deba ser ésta de peor condición, sancionando la diligencia en la autoocupación con la pérdida de la prestación por desempleo.

Por tanto, debe entenderse que el artículo 209.1 LGSS cuando establece “deberán solicitar a la entidad gestora competente el reconocimiento del derecho a las prestaciones, que nacerá a partir de la situación legal de desempleo, siempre que se solicite en el plazo de los quince días siguientes”, debe interpretarse en el sentido de que el cómputo del plazo de quince días, se inicia en la fecha en que se extingue la prestación de la actividad

laboral por cuenta ajena, cuando tal extinción no es seguida por inmediata actividad laboral por cuenta propia y, que en el supuesto de que la extinción de la relación laboral es seguida de forma inmediata por trabajo por cuenta propia, ha de iniciarse a partir de la fecha en que finaliza esta actividad”.

Ahora bien, en el caso concreto resuelto en esta sentencia, también entra en juego el período en que el actor se encontró en situación de incapacidad temporal, por lo que la solución adecuada es entender que el actor tiene derecho a la prestación por desempleo, si bien, con descuento del período de simultaneidad de las situaciones de incapacidad temporal y desempleo, dada la incompatibilidad de ambas situaciones.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso

– Jubilación parcial

Diversas Sentencias se plantean el problema jurídico relativo al reconocimiento o no del derecho a acogerse a la jubilación parcial, como modalidad particular de acceso a la pensión de jubilación con mantenimiento del empleo a tiempo parcial, a aquellos asegurados que han desarrollado la porción más larga de su carrera de seguro en el Régimen de Trabajadores Autónomos (RETA), que también han acreditado un cierto tiempo de su vida profesional en el Régimen General, pero que han cubierto en este último el período mínimo de carencia “genérica” exigido en la legislación de Seguridad Social. Este problema se plantea en la **STS de 29 de junio de 2007**, u.d., I.L. J 951, que, sin embargo, no resuelve el fondo del asunto al apreciar que no existe contradicción.

En relación con esta cuestión, la **STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2007**, I.L. J 844, declara que la pensión de jubilación parcial no es una prestación diferente a la pensión de jubilación contributiva sino una modalidad de ésta, con determinadas particularidades en cuanto a su régimen jurídico respecto al propio de la pensión de jubilación total. Lo decisivo no es el régimen en que se causa el derecho a dicha pensión sino el modo en que presta sus servicios el trabajador a tiempo parcial. De forma que si el trabajador que pretende la jubilación parcial lo es por cuenta ajena en el momento de jubilarse, eso es determinante a efectos de causar derecho a la prestación de jubilación parcial y no el concreto régimen por el que se causa la pensión.

Por su parte, la **STSJ de La Rioja de 16 de febrero de 2007**, I.L. J 1000, resuelve la cuestión planteada relativa a determinar si el trabajador ostenta el derecho a la pensión de jubilación parcial que reclama aunque no pueda causar la misma en el Régimen

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

General, por falta de carencia suficiente, y sí en otro Régimen, en el que ha estado de alta y cotizado como trabajador por cuenta propia, en virtud del cómputo recíproco de cotizaciones. Establece la Sentencia citada que para el reconocimiento de la pensión reclamada el elemento decisivo para la cobertura de la jubilación parcial no es tanto el régimen por el que se causa la pensión como la secuencia de la carrera de seguro desarrollada por el trabajador, de manera que si éste ha mantenido una vinculación efectiva (próxima y de cierta entidad) con el Régimen General al tiempo de la solicitud de la pensión, ha de ser ésta reconocida, sirviendo de criterio indicador de esa vinculación efectiva el cumplimiento de la carencia específica prevista para la pensión de jubilación en dicho Régimen General.

La misma cuestión se plantea en la **STSJ del País Vasco de 23 de enero de 2007**, I.L. J 985, pero desde la perspectiva de determinar si existe o no fraude de ley en la contratación del demandante por la empresa codemandada, es decir, si dicha contratación lo ha sido con carácter meramente instrumental para la obtención de la pensión de jubilación parcial en los términos en que ésta se le ha reconocido. En la sentencia se distingue cuándo el supuesto tiene el carácter de fraudulento y cuándo no. Al respecto, declara la sentencia, en relación con el caso que es objeto de la misma, que efectivamente el demandante se ha visto muy beneficiado por el hecho de acceder a la jubilación parcial desde el Régimen General y no desde el RETA, pero ello, en sí mismo, no permite presuponer el fraude de ley, dado que el trabajador hubiera podido igualmente acceder desde el RETA a la jubilación parcial, aunque en condiciones menos ventajosas; que ha suscrito un contrato de trabajo que se ha mantenido durante unos nueve meses y que no consta que éste fuera instrumental para el logro de la percepción reclamada. Por el contrario, la sentencia mantiene la posición contraria en un supuesto distinto, en el que el demandante, tras haber sido receptor del subsidio de desempleo para mayores de 52 años y haber permanecido durante casi siete años sin una vida laboral activa, accede a un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, formalizándole la empresa al cabo de 47 días un contrato a tiempo parcial con una reducción de su jornada y salario anterior en un 85% al objeto de que accediera a la jubilación parcial.

e) Jubilación anticipada

– Prejubilaciones

En relación con la naturaleza de las prejubilaciones y sus consecuencias jurídicas, es clarificadora la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de marzo de 2007**, I.L. J 907, que resuelve recurso de suplicación interpuesto por una serie de trabajadores que voluntariamente se prejubilaban en Telefónica y que posteriormente reclamaron diferencias retributivas en las liquidaciones por compensaciones económicas efectuadas por la empresa demandada. En primer lugar, se pronuncia la Sentencia, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, sobre el carácter de extinción y no de suspensión de la relación laboral en este supuesto de prejubilación. En este sentido, declara la Sentencia que el pacto de prejubilación examinado comportó el cese definitivo en la actividad por parte del demandante, incentivado por la empresa, alcanzado un acuerdo –cuya volun-

riedad por parte del trabajador ni su validez o nulidad se cuestionan— que, a falta de causa específica propia en nuestro ordenamiento legal laboral, puede tener encaje en el artículo 49.1.a) ET regulador de la extinción contractual por mutuo acuerdo de las partes en un momento en que aquél no tenía la edad suficiente para jubilarse anticipadamente conforme a la normativa de la Seguridad Social y estableciéndose por parte de la empresa compensaciones en forma de indemnizaciones, unas a tanto alzado y otras diferidas, rentas de sustitución o mejoras voluntarias a cargo de la empresa. Téngase en cuenta que esta Sentencia recoge la doctrina del Tribunal Supremo de que la aceptación por parte del trabajador de la prejubilación constituye un cese voluntario; a diferencia del supuesto de prejubilaciones producidas como consecuencia de un expediente de regulación de empleo, que el Tribunal Supremo, conforme a su doctrina revisada a partir de la Sentencia de 24 de octubre de 2006, considera que se trata de una jubilación anticipada de carácter involuntario derivada del cese en el trabajo.

La otra cuestión examinada en la Sentencia del TSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de marzo de 2007, I.L. J 907, es la naturaleza de las liquidaciones o compensaciones pactadas por prejubilación, concluyendo que éstas no constituyen mejoras voluntarias de la Seguridad Social, pues para que éstas existan debe previamente o al mismo tiempo darse prestación de Seguridad Social que se mejore, y los actores, cuando cesaron voluntariamente en la relación laboral con motivo de una prejubilación incentivada no tenían reconocida prestación alguna de la Seguridad Social. El consentimiento de las partes negociadoras en los convenios colectivos de empresa no lo fue para establecer unas mejoras voluntarias de la Seguridad Social en el tema de las prejubilaciones, sino que el consentimiento se dio sobre el pago de una cantidad para aquellos trabajadores que voluntariamente aceptaran los planes de prejubilación incentivadas, como forma de reducir la plantilla sin tener que acudir a un expediente de regulación de empleo. Es en el convenio colectivo donde se pacta la prejubilación a cambio de percibir las cantidades que en el propio convenio y en el contrato individual se fijan. Como consecuencia de ello, la naturaleza jurídica de las liquidaciones por prejubilaciones es de carácter salarial o contractual, no de Seguridad Social. Y de ahí que, a falta de otra normativa concreta, deba aplicarse el plazo general de prescripción de las acciones derivadas de un contrato de trabajo (artículo 59 ET).

De nuevo en relación con la inclusión de dos pagas extraordinarias de beneficios (en relación con las gratificaciones de beneficios que supuso la fusión para los empleados del BCH, y que percibían los del BS) en el importe de la prestación por jubilación de un trabajador prejubilado, se pronuncia la **STS de 22 de junio de 2007**, u.d., I.L. J 931. Conforme a reiterada doctrina, se declara la inclusión de las dos pagas extraordinarias, considerando que éstas tienen naturaleza salarial y constatando que el actor nunca aceptó la prejubilación a cambio de una cantidad intocable expresada numéricamente, sino mediante el mantenimiento y abono de lo que conceptualmente constituía su haber bruto computable. En el mismo sentido se pronuncian las **SSTS de 14 de mayo de 2007**, u.d., I.L. J 1022; **de 16 de mayo de 2007**, I.L. J 1027; **de 28 de mayo de 2007**, I.L. J 1033; **de 2 de julio de 2007**, I.L. J 1071; **de 28 de junio de 2007**, I.L. J 1126, y **de 3 de**

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

mayo de 2007, I.L. J 741, que reiteran igualmente la aplicación del plazo de prescripción previsto en el artículo 59.2 del ET.

Cuestión que vienen planteando numerosas resoluciones judiciales es el coeficiente reductor que deba aplicarse a la jubilación anticipada como consecuencia de un acuerdo de prejubilación. Diversas Sentencias del Tribunal Supremo mantienen el carácter voluntario del adelantamiento de la condición de pensionista, considerando que no se excluyen del régimen propio de la voluntariedad (aplicación del coeficiente del 8% por año de antelación a la fecha ordinaria de 65 años) los supuestos de prejubilación pactada colectivamente, en los que la empresa satisfaga una cantidad igual o superior al importe de la prestación de desempleo que hubiera correspondido al trabajador y la cuota por Convenio Especial con la Seguridad Social. Sin que esto pueda plantear ningún problema de discriminación respecto al régimen previsto para la jubilación anticipada que trae su causa en el Mutualismo Laboral, por lo que el principio de igualdad no se vulnera por las distintas previsiones del artículo 161.3 y de la Disposición Transitoria Tercera, ambas de la LGSS. En este sentido, **SSTS de 29 de mayo de 2007**, u.d., I.L. J 1016; **de 7 de febrero de 2007**, I.L. J 1228, y **de 6 de junio de 2007**, I.L. J 1147.

Por el contrario, en base a la doctrina del Tribunal Supremo, revisada a partir de la Sentencia de 24 de octubre de 2006, la **STS de 21 de junio de 2007**, u.d., I.L. J 1124, considera que, cuando la prejubilación se produce como consecuencia de un expediente de regulación de empleo, se trata de una jubilación anticipada de carácter involuntario derivada del cese en el trabajo, por lo que se debe aplicar el coeficiente reductor del 7%. En el caso concreto, la jubilación anticipada está prevista en pacto colectivo, el despido del trabajador está autorizado por la Dirección General de Trabajo y el paso a la jubilación viene precedido de una situación de desempleo, que por hipótesis excluye la voluntariedad del trabajador desempleado en la pérdida de la ocupación que la genera. En consecuencia, considera la Sentencia que no puede hablarse, por tanto, de que el origen de la jubilación sea voluntario, en cuanto que no existe mutuo acuerdo extintivo, sino aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva acordada unilateralmente por el empresario, en el marco de un expediente de regulación de empleo. En el mismo sentido, **STS de 23 de mayo de 2007**, u.d., I.L. J 744, que aplica un coeficiente reductor del 6%.

– Condiciones de la jubilación anticipada

Como cuestión litigiosa que se plantea en la **STS de 31 de mayo de 2007**, u.d., I.L. J 877, es si procede o no la aplicación de los coeficientes reductores de edad a fin de obtener la edad de 65 años, prevista, como edad pensionable general, en el artículo 161 de la LGSS, cuando se da la doble circunstancia de no haber cumplido 60 años de edad en la fecha del hecho causante y el beneficiario no se encuentra en alta o situación asimilada al alta. Se trata de un trabajador que es titular de una pensión de jubilación temporal hasta el cumplimiento de los 60 años de edad, a cargo de Holanda, pero lo determinante es que dicho trabajador no tenía cumplidos 60 años en el momento del hecho causante, ni 65 en la fecha de la solicitud y sin estar en alta, ni en situación asimilada, por lo que no pueden serle aplicables los coeficientes reductores de edad en aplicación

del artículo 161.5 LGSS, como ya resolvió el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de marzo de 2003. Establece además la Sentencia que no hay norma alguna en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar que establezca una situación de asimilación al alta de los declarados inválidos permanentes, por lo que les es aplicable el artículo 125 LGSS, en ninguno de cuyos supuestos de asimilación se encuentra la situación de los declarados inválidos permanentes.

D) Previsión social voluntaria

a) Mejoras voluntarias

Sobre las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, la **STSJ de Baleares de 6 de febrero de 2007**, I.L. J 998, se pronuncia declarando, en un caso concreto, en relación con el Convenio Colectivo de la Construcción de Baleares, que la negociación colectiva no sólo establece la existencia de una mejora de las prestaciones de la Seguridad Social, sino que permite que las indemnizaciones pactadas según la contingencia, sean cubiertas mediante los seguros ofertados por las entidades financieras por la domiciliación bancaria de la nómina, como forma de cobertura del riesgo asumido por las empresas de la construcción, siempre y cuando dicho seguro cubra específicamente la mejora pactada en el convenio colectivo. No se trata de un seguro privado suscrito por el actor y la compañía de seguros que asume la cobertura de la mejora del convenio, sino de un seguro colectivo que se pacta entre la empresa demandada y la entidad financiera para la cobertura de la mejora pactada, como procedimiento que cubre la obligación asumida por la empleadora de asegurar las indemnizaciones pactadas en la norma colectiva.

En la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de enero de 2007**, I.L. J 1164, se clarifica que las prestaciones complementarias de la Seguridad Social gozan de la misma naturaleza que éstas al formar parte de la acción protectora de la Seguridad Social, por disposición expresa de la LGSS (artículos 161 y siguientes). Sin embargo, como pone de relieve la Sentencia, a veces se han suscitado dudas en aquellos supuestos en que la prestación voluntaria y complementaria no se ha llegado a generar, porque con anterioridad al hecho causante (por ejemplo, jubilación) el beneficiario ha cesado en el puesto de trabajo por causa a él no imputable, cambiándose la expectativa de prestación en una indemnización compensatoria, como se plantea en el supuesto enjuiciado en esta Sentencia (indemnización en forma de capital actuarial sustitutiva de la prestación complementaria). Esta indemnización sustitutoria está regida por las normas del Estatuto de los Trabajadores y complementarias y no por las específicas de la LGSS. Este derecho sí es susceptible de transacción, porque ya no se está transigiendo sobre un derecho causado o consolidado a prestación periódica sino sobre una expectativa fallida reconvertida en indemnización. La Sentencia declara asimismo que el plazo de prescripción será el de 5 años del artículo 43.1, pues no estamos en presencia de reintegro de prestaciones sino de reconocimiento de éstas.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

También sobre la naturaleza de las Mejoras Voluntarias y sus efectos jurídicos se pronuncia la **STSJ de Cantabria de 15 de enero de 2007**, I.L. J 794. Esta Sentencia establece que la naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social poseen las características propias de las prestaciones de la Seguridad Social, integrándose en su acción protectora, y una vez instauradas son obligatorias. La diferencia con los compromisos por pensiones es que las mejoras voluntarias forman parte e integran el Sistema público de Seguridad Social y se rigen por la normativa en la que tienen su origen, y los compromisos por pensiones se encuadran en el sistema privado de previsión complementaria. En el caso concreto, se reconoce que el demandante es titular de unos derechos consistentes en mejoras voluntarias de la Seguridad Social, con el alcance y naturaleza de condición más beneficiosa, que no ha de ser impedido por sucesivas sucesiones empresariales, conforme al artículo 44.1 del ET. Este derecho no es una mera expectativa de derecho que tenga que ser garantizada por la nueva empresa, ya que en este caso concreto la mejora de la Seguridad Social descansa en la concesión y reconocimiento unilateral de la empresa cedente, como condición más beneficiosa, que tiene que cumplir el nuevo empresario, y que es un derecho que asiste al trabajador, sin que pueda ser objeto de modificación por decisión única del empleador.

En sentido similar se pronuncia la **STSJ de Murcia de 15 de enero de 2007**, I.L. J 802, respecto de una mejora voluntaria de la Seguridad Social, introducida de manera unilateral por el empresario, como mejora directa a cargo de la empresa de las prestaciones por incapacidad a que tiene derecho el trabajador. Se considera así que, si ésta tiene naturaleza de la Seguridad Social, se ha de regir por las propias normas de Seguridad Social, por lo que está prohibido cualquier tipo de transacción judicial o extrajudicial sobre dicha mejora voluntaria de la Seguridad Social. A mayor abundamiento se señala que al tratarse de una mejora complementaria de la acción protectora de la Seguridad Social, participa de la naturaleza de las prestaciones del Sistema, entre las que debe contemplarse su irrenunciabilidad.

b) Planes de pensiones

Con base en la Disposición Transitoria Tercera del TRLRFPF, la **STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2007**, I.L. J 837, declara que los términos de ésta no reconocen ningún derecho al rescate de la participación en fondos internos constituidos por entidades aseguradoras, al amparo de la posibilidad excepcional que su apartado 2 autoriza. En relación con el caso concreto objeto de pronunciamiento, la Sentencia considera que, admitiendo el carácter contractual del derecho a la pensión por jubilación previsto en el reglamento del fondo interno de pensiones de jubilación de la demandada, ese derecho se configura en términos inequívocos de que únicamente se genera si el trabajador es empleado de la empresa al cumplir los 65 años y cesa entonces en ésta, sin derecho alguno a rescate en caso de que se pierda la condición de partícipe, cualquiera que sea su causa.

En la **STS de 3 de mayo de 2007**, u.d., I.L. J 1041, se plantea la cuestión de determinar si resulta posible compatibilizar la indemnización por despido improcedente con la prestación por Incapacidad Permanente Total o Absoluta o Gran Invalidez prevista en el

Reglamento del Plan de Pensiones del Sistema de Empleo que disciplina el sistema de previsión social complementaria en la empresa demandada. Declara la Sentencia que, siendo la finalidad de la mejora voluntaria prevista en el Convenio Colectivo de CLH, SA y regulada en el Reglamento de Pensiones compensar al trabajador que extingue su contrato por incapacidad permanente, no puede éste simultanear dicha prestación con la indemnización por despido que ya le ha resarcido por los perjuicios derivados de la extinción por tal causa. Queda claro en esta Sentencia que, en el caso concreto, el presupuesto generador del derecho a la mejora aquí debatido lo constituye (artículo 25 del Reglamento) la declaración de incapacidad permanente siempre que el partícipe del Plan cause por tal motivo baja en la empresa, situación que aquí no se ha dado puesto que el actor, tras ser declarado afecto de incapacidad permanente total ejerció la opción de incorporarse a otro puesto de trabajo y denegada por la empresa su petición accionó por despido, reconocido como improcedente, siendo así el despido la causa de dicha extinción. Considera la Sentencia que la extinción contractual no se debió sino muy indirectamente a la declaración de incapacidad puesto que su verdadera causa fue la decisión empresarial de no recolocar y despedir al trabajador demandante.

Por su parte, la **STS de 2 de julio de 2007**, u.d., I.L. J 1072, se pronuncia sobre el derecho de un trabajador a suscribir el Plan de Pensiones, lo que depende de los términos que en él se hayan establecido. De esta forma, en el sistema de previsión pactado por el Banco y los sindicatos, la determinación del campo de aplicación del plan viene dada por dos elementos: la condición de personal en activo y el mantenimiento de esa condición en el momento en que se inicia el período de adhesión. Dicho Plan establece que éste “afecta a todas las personas que estén vinculadas, en activo, al Banco y que tengan capacidad de adherirse al Plan de Pensiones en el momento en que se inicie el período de adhesión”, precisándose además que se considerará que se encuentran en activo las personas cuya relación laboral no se encuentre extinguida por despido, baja voluntaria u otras causas, entendiéndose que están en activo también las personas cuya relación laboral se encuentra suspendida.

El valor liberatorio de un recibo de finiquito en acto de conciliación respecto a los derechos consolidados en un plan de pensiones es declarado en la **STS de 9 de julio de 2007**, u.d., I.L. J 1074. En efecto, la Sentencia establece como cuestión previa, recogiendo la doctrina sentada por el propio Tribunal Supremo en proceso de conflicto colectivo, que los derechos consolidados en un Plan de Pensiones pueden ser objeto de transacción. Y ello es lo que, según la Sentencia, se produce en este caso concreto, ya que los demandantes, en acto de conciliación, firmaron un documento que constituye la expresión de una transacción, respecto a la que ninguna imputación se realiza de que fuese suscrito con violencia, dolo o intimidación. La interpretación de su alcance debe realizarse siguiendo las pautas establecidas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil. Dicho Acuerdo hace inequívocamente referencia expresa a la baja en el Régimen de Previsión Social de la Entidad adquiriendo el compromiso de no pedir ni reclamar nada más, produciéndose respecto a éste una inactividad por los demandantes durante cinco años.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

e') Gran invalidez

El elemento diferencial es la necesidad de asistencia de una persona para la realización de los actos más esenciales de la vida (artículo 137.6 LGSS), tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos. La Jurisprudencia ha interpretado como acto esencial para la vida: “el imprescindible para la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquellas actividades indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamentales para la humana convivencia”; matizándose, por otro lado, que “debe entenderse que bastará la imposibilidad de realizar uno cualquiera de tales actos esenciales para que dándose la necesidad de ayuda externa, se pueda efectuar la calificación de gran invalidez”; además “siendo intrascendente para tal declaración que la asistencia deba ser permanente o continuada o no continuada” (STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2007, I.L. J 1006).

b) Requisitos del beneficiario

La STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2007, I.L. J 848, establece la determinación de la fecha del hecho causante para causar el derecho a las prestaciones de IP a efectos de lo que dispone el artículo 138.1, párrafo 2º, LGSS, que impide el reconocimiento del derecho a tales prestaciones “cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista” en el apartado 1.a) del artículo 161 LGSS y “reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social” (65 años). A estos efectos la fecha del hecho causante de la IP se entiende que se corresponde con la fecha en que emitió dictamen el EVI, por lo que no procede el reconocimiento del derecho a las prestaciones de IP si en ese momento el beneficiario ha alcanzado la edad de jubilación.

El dato determinante es el cumplimiento de la edad de 65 años, pues –con base en estas normas– la STS de 13 de junio de 2007, u.d., I.L. J 917, establece la posibilidad de que pueda solicitar una IP el trabajador jubilado anticipadamente que no haya cumplido la edad de 65 años. En el pronunciamiento se aplica la doctrina de la STS de 22 de marzo de 2006 (recurso 5069/2004), que hace una interpretación literal del artículo 138.1 LGSS, al considerar que el precepto se remite con claridad a los 65 años para determinar el momento en que comienza la imposibilidad para lucrar una pensión de IP; y también una interpretación restrictiva del mismo dado que “al ser un precepto marcadamente limitativo de derechos, no permite ninguna interpretación que amplíe o haga más extensa esa limitación de derechos” y por ello no se pueden mantener en la actualidad los criterios restrictivos de la jurisprudencia relativos a los supuestos de jubilación anticipada (en la situación anterior a la puesta en observancia de la Ley 24/1997, de 15 de julio, que establece el mandato del artículo 138.1, párrafo 2º, LGSS).

La STSJ de Castilla y León de 10 de enero de 2007, I.L. J 824, resuelve la determinación de la profesión habitual en el caso concreto (se discutía si era la de auxiliar administrativo, que había desempeñado durante 534 días en el período de tiempo anterior a la baja médica, o la de dependienta de comercio, que había desempeñado anteriormente durante 1.254 días). El primer problema se plantea cuando se trata de precisar cuál es la profesión del trabajador. El artículo 137 LGSS habla de “profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada”. Este texto no es aplicable a falta del desarrollo reglamentario previsto en el artículo 137.3 LGSS, por lo que sigue vigente el texto anterior al 5 de agosto de 1997, según el cual se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo y en caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine. Con ello la legislación de Seguridad Social define lo que ha de considerarse como “habitual”, pero no da una definición del concepto de “profesión”, para lo que ha de acudir a la clasificación nacional de ocupaciones (CON-1994) aprobada por el RD 917/1994, por su carácter objetivo y su generalidad. El artículo 11.2 de la Orden de 15 de abril de 1969, dispone que se entenderá por profesión habitual, en caso de enfermedad, común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad temporal de la que derive la invalidez, añadiendo que, a tales efectos, se tendrán en cuenta los datos que consten en los documentos de afiliación y cotización [regla matizada por la STS de 7 de febrero de 2002 (recurso 1595/2001), en el sentido de que no han de computarse para ello los períodos de incapacidad o desempleo para llenar esos doce meses]. La STS de 9 de diciembre de 2002 (recurso 1197/2002), establece una doctrina –prescindiendo del plazo reglamentario de los 12 meses– según la cual se entiende que “profesión habitual” es la desarrollada a lo largo de la vida activa, aunque en un último estadio, que ha de ser breve por sí mismo y también si se contrapone al muy prolongado anterior, haya accedido a otra más liviana. Como indica la sentencia del TSJ: “El TS no ha cifrado parámetros o criterios concretos para fijar el límite de ruptura, a partir del cual se ha de considerar mutada la referencia profesional a tomar en consideración para la declaración de invalidez, pero está claro que para dejar de aplicar el criterio objetivo de los doce meses señalado en la norma reglamentaria no basta con que el tiempo desempeñado en la profesión anterior sea superior a aquel desempeñado en la nueva profesión, sino que el período de desempeño de esta última, sea ‘breve’, conjuntando tanto la duración del período de la última profesión, como la comparación de éste con el período de desempeño de la profesión anterior”. Aplicando los pormenorizados criterios de la citada sentencia del TS, se desestima la pretensión de que la profesión a considerar sea la anterior que se desempeñó por mayor tiempo.

En lo relativo al requisito de alta o asimilada para acceder a la prestación de IPA, la STS de 31 de mayo de 2007, u.d., I.L. J 1036, resuelve la cuestión de determinar en qué fecha debe entenderse cumplido este requisito. Conforme a la doctrina jurisprudencial (STS de marzo de 2002), cuando la LGSS se refiere a la exigencia del alta al momento

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

de sobrevenir la contingencia o situación protegida, abre una alternativa que no queda plenamente precisada, especialmente en aquellos supuestos, como la IP, en los que la situación protegida no deriva directamente de la actualización de la contingencia determinante, ya que ésta determina normalmente la existencia de situaciones previas de IT. Para el TS “estas divergencias pueden plantear problemas graves de articulación de la protección, pues si se aceptara que el alta ha de exigirse en el momento del hecho causante —entendiendo por tal el día del dictamen de la unidad de valoración médica de la invalidez, el momento en que las lesiones adquieren carácter permanente o el de la solicitud, según las distintas hipótesis— podrían producirse supuestos generalizados de desprotección contrarios al sentido y finalidad de la norma, pues en la invalidez provisional que no se configura como situación asimilada al alta, el trabajador ha causado baja y ésta podría además producirse como consecuencia de incidencias de la relación laboral acaecida después de la contingencia determinante, pero antes del comienzo de la situación protegida que se inicia con el hecho causante”. Por ello, se acepta la solución que recoge el artículo 19.a) de la Orden de 15 de abril de 1969, en el que se establece que la cobertura del período de carencia ha de producirse en la fecha en que se causó “baja en el trabajo a consecuencia de las contingencias determinantes de la invalidez”. Esta regla, “aunque referida al período de cotización, ha de extenderse también al requisito de alta”. En el caso concreto, no se considera exigible el requisito de alta en el momento de la solicitud de la prestación, cuando consta que la actora decidió voluntariamente abandonar la situación de IT y causar baja en la empresa “ante la imposibilidad de realizar su trabajo”, y que esa imposibilidad fue ratificada por los servicios médicos, escasos meses después, tras diagnosticar una enfermedad calificada de “muy grave y difícil diagnóstico” y “absolutamente incapacitante”, que había comenzado su desarrollo antes de renunciar a su actividad laboral, “sin que la actora se aliviara en ningún momento de ella, pese a su alta voluntaria y al nuevo intento de trabajar”. Concluyendo que “la actora se encontraba en alta en el momento en que comenzó a manifestarse el efecto invalidante del que deriva el grado de incapacidad permanente absoluta”, y que “fue precisamente dicha patología, que le impedía ya desarrollar cualquier tipo de trabajo, la que sin duda le movió a no inscribirse como demandante de empleo, dada la inutilidad práctica de dicha inscripción”.

c) Prestaciones económicas

b’) Base reguladora de las prestaciones

La STS de 5 de julio de 2007, u.d., I.L. J 1069, tiene por objeto determinar si en la base reguladora de la prestación de IP en el grado de absoluta para todo trabajo deben computar las bases mínimas o por el contrario las bases sobre las que el INEM debió cotizar por desempleo, por el período en que el trabajador estuvo percibiendo prestaciones por IT-desempleo después de ver extinguido su contrato de trabajo hallándose en situación de incapacidad temporal. Esta cuestión se resuelve en aplicación del artículo 222.1 LGSS (en la nueva redacción dada por el artículo 34.1º de la Ley 24/2001) según el cual “cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal y durante la misma se extinga su contrato, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación,

pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208 y a percibir, si reúne los requisitos necesarios la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo”, añadiendo que “en todo caso, se descontará del período de percepción de la prestación como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de extinción del contrato de trabajo” y que “la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social (...) por todo el período que se descuenta como consumido”. El TS considera que el precepto distingue entre dos situaciones: la del trabajador que estando en IT ve extinguido su contrato de trabajo y permaneciendo en situación de IT no pasa a causar derecho a prestaciones por desempleo, y la del trabajador que estando en IT y ve extinguido su contrato de trabajo pasa después a percibir prestaciones por desempleo. En el primer caso, además de prever que la prestación por IT se siga percibiendo en pago directo y por la que no existe la obligación de cotizar, la percibirá en la cuantía correspondiente a la prestación por desempleo que pudiera haberle correspondido, sin disponer nada más, por lo que para tal período habrá de regir la regla del artículo 140.4 de la LGSS cuando haya que computar dicho período para el cálculo de una base reguladora (esto es, el cómputo de las bases mínimas en cuanto que no es aplicable a esta situación la doctrina del paréntesis prevista para otras situaciones). Por el contrario, cuando después de aquella situación de IT el trabajador, por ser dado de alta, pasa a percibir prestaciones por desempleo en el caso de que le correspondan, aquel período lo descuenta del que le correspondería percibir como desempleo si bien en este caso sí que prevé que el INEM cotice a efectos ulteriores por el período descontado. Al tratarse de regulaciones distintas para ambas situaciones, en el caso examinado el trabajador no pasa a situación de desempleo tras la IT, se considera que deben computarse las bases mínimas y no las correspondientes al desempleo. Esta solución se justifica por el TS en tanto que se trata de “una desigualdad de trato derivada del hecho de que quien se halla” en dicha situación “no ha pasado realmente a ser desempleado, puesto que en tal caso no podría percibir prestaciones por IT dada la incompatibilidad intrínseca existente”, sino que “se trata de un desempleado en potencia a quien no se le exige por tanto acreditar el cumplimiento de los requisitos que el artículo 207 LGSS requiere a quien pretende tener derecho a prestaciones por desempleo”, considerando que son “dos situaciones tan distintas las que contempla el legislador que la diferencia de trato que da a la una y a la otra se halla completamente justificada desde el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, sin que tampoco pueda considerarse contraria a las previsiones del artículo 41 de la Constitución (...)”.

d) Dinámica de la protección

La STS de 17 de mayo de 2007, u.d., I.L. J 1055, con base legal en el artículo 143.2 LGSS, interpreta literalmente el precepto y establece que la fijación del plazo mínimo de revisión de una IP es competencia del INSS, aunque ésta haya sido reconocida por sentencia judicial. Tras una resolución del INSS denegatoria de la prestación, que judicialmente se revisa con-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

cediéndola sin fijación del plazo para revisar la incapacidad (y no se revisa en lo relativo a tal plazo que obviamente no se contiene en la resolución denegatoria), se considera que “es ajustado a derecho el acto administrativo posterior en el que se fija el plazo a partir del cual se puede instar la revisión del estado incapacitante, sin perjuicio del ulterior control judicial del mismo”. Ello porque de “seguirse la tesis contraria se establecería un régimen diferente para las resoluciones administrativas y las judiciales que reconozcan el derecho a prestaciones de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, pues mientras las primeras estarían sujetas a un plazo de revisión, las segundas no, interpretación que no resultaría acorde con los principios informadores del ordenamiento jurídico”. En este sentido, la **STS de 6 de junio de 2007**, u.d., I.L. J 1146, donde se señala que “la circunstancia de que la sentencia judicial sea declarativa de incapacidad, interfiere en la competencia del INSS, ni ello implique una modificación o alteración de una resolución que ha adquirido firmeza y en la que no se fijó plazo para revisar la invalidez, al tratarse de resoluciones distintas, no incompatibles; de haber querido el Legislador establecer como obligación del Órgano Judicial la de fijar en la sentencia que reconoce un grado de incapacidad permanente, el plazo para instar la revisión de dicho grado hubiera introducido el oportuno precepto en la LPL”; como también que “la decisión judicial se ha producido en el contexto de la revisión de un acto administrativo antijurídico, que supone un pronunciamiento parcial respecto al acto administrativo revisado, limitado a la existencia de una situación de incapacidad permanente y alcance del grado de incapacidad, y que por tanto, al no alcanzar o pronunciarse sobre el plazo de revisión, permite el acto administrativo posterior sobre dicho extremo, sin perjuicio del ulterior control judicial”.

e) Compatibilidad e incompatibilidades

De nuevo el TS se pronuncia sobre la compatibilidad de la IPT con el desempeño de profesión habitual distinta de la valorada para el reconocimiento de la incapacidad. Conforme a esta asentada jurisprudencia: 1º) La IPT tiene un carácter estrictamente profesional (ex artículos 137.2 y 139.2 LGSS); 2º) La compatibilidad viene establecida en el artículo 141.1 LGSS, si bien con sujeción a un desarrollo reglamentario cuya insuficiencia acerca de esta cuestión no puede dar lugar a la negación del derecho legal del beneficiario; 3º) La norma reglamentaria que complementa el precepto es el artículo 24.3 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969, cuya vigencia no ha sido afectada por el Real Decreto de 21 de junio de 1995, que precisamente autoriza en los supuestos de que se trata a reducir de mutuo acuerdo el salario hasta un máximo del 50% del importe de la pensión si se produjera una reducción de la capacidad laboral en el nuevo puesto de trabajo asignado; 4º) No es posible someter a nuevo análisis de calificación cada desempeño profesional ulterior a la declaración de la incapacidad permanente total para una determinada profesión porque tal actuación no sólo carecería de soporte normativo alguno, sino que sería contraria a los preceptos recién mencionados; 5º) Cuestión distinta pudiera ser la ineptitud psico-física para el desempeño de otra profesión distinta de aquella a la que se refiere la declaración de IPT y por las mismas deficiencias que la determinaron, en virtud de lo dispuesto en las normas sobre prevención de riesgos laborales, mediante su aplicación y con efecto no dirigido a la privación o suspensión del derecho a percibir la pensión de incapacidad permanente total (**STS de 13 de junio de 2007**, u.d., I.L. J 930).

C) Lesiones permanentes no invalidantes

En los casos de hipoacusia bilateral, la clave de la decisión sobre la aplicación del baremo radica en valorar si la hipoacusia padecida, tal como resulta de las pruebas de audiometría realizadas, afecta o no a la “zona conversacional”. Si la respuesta es afirmativa respecto de los dos oídos, la indemnización que corresponde es la prevista en el núm. 10 del baremo; si la respuesta es afirmativa para un oído y negativa para el otro, el importe de la indemnización es el fijado en el núm. 9; la indemnización establecida en el núm. 8 (duplicada en casos de afectación de ambos oídos) debe ser la asignada para casos de hipoacusia simple que no afecta a la zona conversacional [STS de 20 de junio de 2007, u.d., I.L. J 913, en aplicación de la doctrina unificada contenida en la STS de 2 de noviembre de 2005 (recurso 2596/2004)].

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

En relación con la exigencia de que el causante se encuentre en alta o en situación asimilada al alta [artículo 172.1.a)] y el debate de si la percepción por fallecimiento de una pensión no contributiva de invalidez debe ser considerada, por sí misma y sin más requisitos, situación asimilada al alta, o si por el contrario es necesario que además conste la voluntad del asegurado de permanecer vinculado al mundo laboral, la STS de 6 de junio de 2007, I.L. J 1148, de forma acertada y siguiendo la doctrina contenida en la STS de 20 de diciembre de 2005, considera que la propia concesión de una invalidez de la modalidad no contributiva autoriza, por sí misma y sin más exigencias, a tener por plenamente acreditada la situación de grave enfermedad, su condición incapacitante y el justificado apartamiento del mundo del trabajo del que la percibe, con la consiguiente imposibilidad de cotizar; “la concurrencia de tales circunstancias permite extender a los pensionistas de invalidez no contributiva la doctrina de asimilación al alta que esta Sala ha aplicado a otras situaciones en que el alejamiento del sistema se ha producido por similares circunstancias de infortunio o ajenas a la voluntad del causante, como –entre otros–, los casos de existencia probada de una grave enfermedad que conduce al hecho causante, por la que es fundamentalmente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta”. Añade, para confirmar esta tesis, que “no sería lógico hacer de peor condición a estos efectos, a los inválidos no contributivos que a quienes perciben auxilios económicos de asistencia social de carácter periódico” (artículo 22 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio).

En relación con el requisito de previo matrimonio para tener derecho a la pensión de viudedad (artículo 174 de la LGSS), en un supuesto en el que iniciados los trámites previos para contraerlo con la persona con la que previamente se convivía, finalmente éste no puede celebrarse por haber fallecido su pareja antes del día señalado para la boda,

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

la STS de 3 de mayo de 2007, I.L. J 1025, interpreta en casación para la unificación de la doctrina, que aunque el matrimonio es consensual, la forma del consentimiento es esencial al mismo. En efecto, el Alto Tribunal considera que “conste el consentimiento de modo indubitado y público tiene una especial trascendencia para los contrayentes, sus posibles descendientes y la sociedad toda”. Por ello es necesario que los mínimos formales sean cumplidos, y por ello es claro, concluye, que la naturaleza del matrimonio impide que el consentimiento presunto o propósito de contraer matrimonio sea equivalente al consentimiento formal que constituye la médula esencial de la institución.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

M^a. NIEVES MORENO VIDA

ÁNGEL J. GALLEGO MORALES

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

SUSANA DE LA CASA QUESADA

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL**Sumario:**

1. Cuestiones preliminares. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social. Actas de liquidación. 3. Derecho Administrativo Sancionador. A) Procedimiento sancionador. B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. Infracciones en materia de Seguridad Social.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

El objeto de la presente crónica es dar cuenta de las novedades producidas en el Derecho Administrativo Laboral durante el último período analizado, tanto a nivel normativo como judicial.

En el primer terreno, hay que hacer mención a la aparición de dos nuevas leyes que introducen variaciones en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS). La primera modificación, de alcance más general, es la producida por la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se reforma el Estatuto de los Trabajadores, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario: en ella, y pese a su título, el legislador aprovecha para dar nueva redacción a los apartados 1, 2 y 3 del artículo 48 LISOS, sobre atribución de competencias sancionadoras, a efectos simplemente de actualizar las cuantías que determinan la asignación de la potestad sancionadora a una u otra autoridad. La segunda modificación, de carácter más concreto, encuentra origen en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, sobre regulación del régimen de las empresas de inserción, y al hilo de la cual, se introducen los siguientes cambios en materia sancionadora: se añade un apartado 13 al artículo 2 LISOS, a fin de insertar estas empresas como sujetos responsables; también se modifica, en coherencia, el concepto de infracción laboral contenido en el artículo 5.1 LISOS, y finalmente, se adiciona una nueva Sección 5ª en el capítulo II, integrada por el artículo 19 bis LISOS, mediante el que se tipifican las infracciones de estas empresas de inserción. Junto a las anteriores, no está de más hacer referencia a la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad: la razón de destacar la aprobación de esta norma no es porque modifique la legislación laboral, sino precisamente porque en su DA Segunda se advierte que las infracciones y sanciones “en el orden social”

en materia de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad seguirán rigiéndose por la LISOS.

Por lo que se refiere ya a la labor judicial, en las siguientes páginas se comentan las sentencias publicadas en los números 5, 6, 7 y 8 (2007) de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*. De entre las mismas, dos destacan de manera especial: por su origen, una de ellas es la **STC 159/2007, de 2 de julio**, I.L. J 1059, en relación al derecho a la tutela judicial efectiva y los criterios para aplicar el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo; la otra, es la **STS de 18 de abril de 2007**, u.d., Sala Tercera, I.L. J 961, sobre el nacimiento del derecho a la prestación de incapacidad temporal durante la suspensión por sanción de la prestación de desempleo.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. ACTAS DE LIQUIDACIÓN

En relación a esta materia ha de hacerse mención a la **STS de 20 de junio de 2007**, Sala Tercera, I.L. J 955, en la que, una vez más, el Tribunal Supremo da cuenta de los consolidados criterios sobre el acceso al recurso de casación de las impugnaciones de resoluciones administrativas derivadas de actas de liquidación. En tal sentido, se recuerda cómo, dado que en estos casos la cuantía del proceso viene determinada por las cotizaciones mes a mes, no procede en el supuesto enjuiciado admitir el recurso respecto al total del descubierto correspondiente a un determinado año –cifrado en más de 260 millones de pesetas–, sino únicamente respecto a las deudas correspondientes a dos meses concretos en que las cotizaciones sí superan los 25 millones de pesetas.

Más allá de cuestiones de fondo sobre la cotización, esta STS de 20 de junio de 2007 entra también a valorar el desarrollo del expediente liquidatorio, en concreto a efectos de determinar la incidencia que sobre su validez puede tener el hecho de que los documentos en que la empresa presentaba alegaciones y que habían sido conocidos por la Inspectora al extender el acta no fueran después remitidos ni a la autoridad administrativa que había dictado la resolución ni al tribunal *a quo*. A juicio del Tribunal, no puede entenderse que esta circunstancia haya generado indefensión alguna a la recurrente, dado que, tratándose de documentos elaborados por la propia empresa, ésta bien pudo, si no aportarlos ella misma ante el órgano judicial, sí al menos utilizar en su defensa las alegaciones contenidas en dichos documentos.

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento sancionador

En el período examinado encontramos tres sentencias a reseñar en este apartado. De ellas, seguramente las dos primeras presentan menor interés, si bien, no por la temática, sino

XI. Administración Laboral

por reiterar ideas ya expuestas en crónicas anteriores. Esto es lo que ocurre con la **STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2007**, Sala Social, I.L. J 1199, relativa a las garantías que acompañan la promoción de la actividad administrativa de fiscalización. En concreto, fundándose en la doctrina constitucional sobre el tema, esta Sentencia reconoce la vulneración de la garantía de indemnidad de un trabajador que fue objeto de despido *ex artículo 52.c) ET* tras haber interpuesto denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En la medida en que, a su juicio, la extinción carece de razonabilidad por no haberse acreditado las causas alegadas por la empresa, el Tribunal procede a declarar su nulidad, por entender que la decisión empresarial vino realmente motivada por la denuncia del trabajador.

Ya en relación al desarrollo del procedimiento administrativo sancionador, tampoco resulta demasiado novedoso el contenido de la **STS de 24 de octubre de 2007**, recurso u.d., 174/2006, Sala Tercera, incluida entre la Jurisprudencia seleccionada en el núm. 8/2007 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*. En ella, el Tribunal insiste en su asentada doctrina sobre la determinación del *days ad quem* del plazo de caducidad de seis meses previsto por el artículo 20.3 RD 928/1998 para el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador en el orden social. De acuerdo con esta doctrina, la Sentencia vuelve a subrayar que dicho plazo de caducidad tiene su término en la fecha de notificación de la resolución sancionadora y no en la fecha en que ésta se dicta.

Mucho más interés presenta la tercera de las sentencias a comentar, tanto por la relevancia de su órgano emisor, como por el carácter fundamental del derecho discutido: se trata de la **STC 159/2007, de 2 de julio**, I.L. J 1059, dictada a propósito del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo frente a una resolución administrativa sancionadora con origen en una infracción sobre prevención de riesgos laborales. El asunto resuelto en esta Sentencia tiene origen en las decisiones judiciales del correspondiente Tribunal Superior de Justicia, mediante las que se inadmitió, por extemporánea, la demanda en procedimiento contencioso-administrativo que, al amparo de los artículos 52.2 LJCA y 135.1 LEC, había presentado la empresa antes de las quince horas del día siguiente hábil al de la notificación del auto por el que dicho Tribunal declaraba caducado el recurso por no haberse interpuesto demanda dentro del plazo concedido al efecto. Frente a estas decisiones judiciales, la empresa interpone recurso de amparo por considerar vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva. En su resolución, el Tribunal Constitucional advierte que no es competencia propia, sino de la jurisdicción ordinaria, aclarar si el artículo 135.1 LEC es o no aplicable con carácter supletorio en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su labor —indica— se limita a decidir si la interpretación y la aplicación de las normas reguladoras de la causa de inadmisión alegada por el órgano judicial se hizo o no de manera formalista y con un rigor desproporcionado a los fines que se tratan de proteger con el establecimiento por la ley de dicha causa de inadmisión. Pues bien, desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional concede el amparo a la recurrente por considerar que la interpretación y aplicación que el órgano judicial realiza de los artículos 52.2 y 128.1 LJCA y 135 LEC impiden a la interesada disponer en su integridad del plazo legalmente establecido para presentar la demanda:

“la interpretación que realiza el órgano judicial de los preceptos aplicables produjo una restricción del plazo legal de acceso a la jurisdicción incompatible con la vigencia del

derecho a la tutela judicial efectiva. Al igual que hemos afirmado ya en varios pronunciamientos emitidos ante supuestos análogos, las resoluciones ahora impugnadas no ofrecieron respuesta a la cuestión capital de ‘cómo y dónde el demandante, en aplicación de esa pretendidamente completa regulación de la materia, debería haber presentado la demanda fuera del horario ordinario en el que permanece abierto el Registro para preservar su derecho a disponer del plazo en su integridad’ o, en relación con ello, cómo se coordinan para tal preservación lo dispuesto en los artículos 133.1, final del inciso primero, LEC (el día del vencimiento expirará a las veinticuatro horas), 135.1 LEC (los escritos sujetos a plazo pueden presentarse en el órgano judicial al que se dirigen hasta las quince horas del día siguiente al del vencimiento), 135.2 LEC (en las actuaciones ante los Tribunales civiles no se admitirá la presentación de escritos en el Juzgado de guardia) y 41 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales (‘Los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia, cuando en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 135.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no admitan la presentación de un escrito, vendrán obligados a entregar al presentador del mismo, a solicitud de éste, una certificación acreditativa del intento de presentación, con mención del escrito, del órgano y del procedimiento a que se refiere y de la no admisión del mismo en el Juzgado de guardia en aplicación del citado precepto legal’) según la redacción dada por el Acuerdo reglamentario 3/2001, de 21 de marzo, del Consejo General del Poder Judicial (por todas, STC 335/2006, de 20 de noviembre, FJ 4º) que es la aplicable al caso que nos ocupa. Como concluimos en la STC 348/2006, de 11 de diciembre, FJ 3º, esta carencia marca el límite de nuestro enjuiciamiento, pues hemos de detenernos en la constatación de que, mediante una argumentación que no supera el canon de razonabilidad, el órgano judicial ha impedido a la demandante de amparo disponer de la integridad del plazo establecido legalmente para presentar su demanda, vulnerándose así el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (FJ 3º)”.

B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. Infracciones en materia de Seguridad Social

En relación a los tipos concretos tipificados en la LISOS y sus consecuencias, han de destacarse dos sentencias sobre sanciones impuestas a perceptores de prestación o subsidio de desempleo.

Sentando una relevante doctrina, de una parte, encontramos la **STS de 18 de abril de 2007**, Sala Tercera, u.d., I.L. J 961, que se pronuncia respecto al interrogante de si el beneficiario tiene derecho a percibir prestación económica de incapacidad temporal cuando el hecho causante de ésta se produce durante el período en que, como consecuencia de una sanción, aquél tiene suspendido el derecho a la percepción de la prestación de desempleo. En concreto, la situación se plantea con ocasión de la comisión de una infracción leve por no renovar en plazo la demanda de empleo, que fue sancionada con la suspensión por un mes de la prestación de desempleo, a la que, de conformidad con el artículo 47.3 LISOS –en su anterior redacción dada por la Ley 45/2002–, se añadió la pérdida de los derechos que como demandante de empleo tuviera reconocidos el beneficiario, al tiempo

XI. Administración Laboral

que se dejaba sin efecto su inscripción como desempleado. Pues bien, en tales circunstancias, el debate jurídico se plantea por cuanto durante la suspensión de la prestación de desempleo no concurriría un requisito básico para acceder a la prestación de incapacidad temporal como es el de estar en situación de alta o asimilada al alta (artículos 124.1 y 130 LGSS). Al respecto, el Tribunal advierte que negar absolutamente el derecho a la prestación de incapacidad temporal a partir de una infracción leve como la expuesta iría en contra tanto del principio de proporcionalidad que rige en el Derecho Sancionador, como también de los principios que configuran el régimen prestacional de la Seguridad Social. Sin embargo, a fin de respetar estos principios y dar una interpretación integradora del entonces vigente artículo 47.3 LISOS y los artículos 124.1 y 130 LGSS, la Sentencia concluye que, en los casos como el descrito en que el inicio de la incapacidad temporal coincide con la suspensión de la prestación de desempleo, los efectos suspensivos de la prestación de desempleo alcanzan también a la prestación de incapacidad temporal, pero sin poder extenderlos más allá, de forma que, transcurrido el período de sanción-suspensión impuesto —en este caso, un mes— deben iniciarse los efectos económicos de la prestación correspondiente a la incapacidad temporal.

Respecto a las circunstancias concurrentes en el momento de producirse el litigio resuelto por esta **STS de 18 de abril de 2007**, u.d., hay que tener en cuenta que, tras la actual redacción dada al artículo 47.3 LISOS por la Ley 62/2003, se ha suprimido la referencia a que las sanciones de suspensión y extinción de la prestación impliquen la pérdida de los derechos reconocidos como demandantes de empleo y dejen sin efecto la inscripción como desempleados. Sin embargo, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo sigue manteniendo su importancia a la vista de que, conforme al artículo 125 LGSS, se asimila al alta la situación legal de desempleo total “durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia”, al tiempo que el artículo 36 RD 84/1996 reconoce idéntica condición a quienes mantengan la inscripción como desempleados en la oficina de empleo, pero sólo “una vez agotada la prestación”.

Distintas son las cuestiones que, de otra parte, se plantean en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de enero de 2007**, Sala Social, I.L. J 829, dictada en relación a una perceptora del subsidio de desempleo que, durante su disfrute, recibió un ingreso procedente del rescate de un plan de jubilación y que, como consecuencia de ello, fue objeto de una resolución del INEM por la que, en virtud de los artículos 25.3 y 47.1.b) LISOS, se le imponía la sanción de extinción de dicho subsidio de desempleo, por considerar la entidad gestora que la beneficiaria no había cumplido con su deber de comunicar que había pasado a poseer rentas superiores a las fijadas por la ley para acceder a este derecho. Ante la impugnación de esta resolución, el Tribunal Superior de Justicia procede a anular la sanción por entender que en la conducta de la beneficiaria no concurre un requisito necesario en el Derecho Administrativo Sancionador como es la culpabilidad en el incumplimiento. En su justificación, el argumento más interesante que ofrece la Sentencia es el de considerar que:

“en un procedimiento administrativo sancionador es causa de exención de responsabilidad punitiva la existencia de un conflicto jurídico razonable sobre el alcance de las obligaciones que incumben al responsable de la infracción”.

De acuerdo con esta idea, el Tribunal explica que no cabe apreciar actitud culpable en el sujeto imputado cuando su comportamiento está amparado en una interpretación razonable de las normas jurídicas, aunque finalmente resulte equivocada: por el contrario, entiende que la culpa sólo se observará cuando la interpretación defendida por el inculpado fuera irrazonable o se apartara de la doctrina judicial asentada sobre el particular. En el caso enjuiciado, el Tribunal admite el carácter dudoso de si la percepción del rescate del seguro tenía el concepto de renta a efectos del artículo 215.3.2 LGSS, cuestión no resuelta por doctrina unificada y que sirve a la Sentencia para no apreciar culpa en la alegada falta de declaración de rentas a la entidad gestora. Pero es que, además, ni siquiera en el supuesto aprecia la Sala voluntad de ocultamiento de la renta percibida, dado que, a su juicio, ninguno de los preceptos que regulan el tema concretan el plazo para hacer la notificación [artículo 231.1.e) LGSS, artículo 28.2 RD 625/1985], y en el caso consta cómo, en el momento de cumplir con la comunicación anual de rentas exigida por el artículo 219.5 LGSS, la propia beneficiaria adjuntó la declaración tributaria donde figuraba el ingreso percibido en concepto de seguro.

En el plano procedimental, esta misma **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de enero de 2007** se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo para afirmar que la entidad gestora tiene atribuida competencia y potestad suficiente para imponer sanciones por infracciones leves y graves, así como para requerir el reintegro de las prestaciones abonadas indebidamente, sin necesidad de tener que iniciar el procedimiento previsto en el artículo 145 LPL, sobre revisión de los actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios. Por cierto que, respecto al plazo de prescripción del reintegro de las prestaciones indebidas, el Tribunal advierte que, conforme al actual artículo 45.3 LGSS, hay que considerar que dicho plazo es hoy de cuatro años, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, y descartando por tanto la jurisprudencia que con apoyo en normativa anterior había admitido un plazo de prescripción de tres meses en caso de concurrir demora en la regularización de la situación y buena fe en el beneficiario.

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) Reclamación de daños y perjuicios. Estrés laboral. B) Encadenamiento fraudulento de contratos temporales. Reclamación de prestaciones de desempleo de la Entidad Gestora a la empresa. C) Futbolistas profesionales. Despido improcedente. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Relación ya extinguida con la Administración. Acción que pretende la declaración laboral de dicha relación. B) Selección de personal. Bolsa de trabajo en Universidad.

4. Conciliación extrajudicial. Responsabilidad del FOGASA. Necesaria concreción de conceptos salariales en el acta de conciliación. 5. Actos de comunicación procesal. Notificación por edictos. 6. Excepciones. A) Caducidad. B) Cosa juzgada. C) Falta de acción. D) Falta de legitimación activa. E) Inadecuación de procedimiento. F) Litisconsorcio pasivo necesario. G) Litispendencia. H) Prescripción. **7. Práctica de la prueba.** A) Denegación. Prueba documental. B) Carga de la prueba. C) Prueba indiciaria. **8. Sentencia. Incongruencia. Inexistencia. 9. Despido. Salarios de tramitación. Exención. 10. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso. a) Acciones meramente declarativas. b) Afectación general. B) Cuantía litigiosa. Controversias sobre la base reguladora. C) Modificación de hechos probados. Documentos y pruebas inhábiles. D) Contra autos. **11. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Falta de contenido casacional. B) Contradicción. Requisitos. a) Igualdad de hechos y controversias. b) Sentencia de contraste. C) Fundamentación en infracción de ley. **12. Recurso de revisión.** A) Agotamiento de los recursos jurisdiccionales existentes. B) Documentos a efectos revisorios. **13. Ejecución de sentencia. Intereses. 14. Costas.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 5 a 8 (ambos inclusive) del año 2007 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Reclamación de daños y perjuicios. Estrés laboral

La STSJ del País Vasco de 20 de febrero de 2007, I.L. J 846, declara la competencia de la jurisdicción social para conocer de la demanda interpuesta por el actor contra la empresa y sus compañeros de trabajo, en la que se reclama una indemnización de daños y perjuicios por el estrés sufrido como consecuencia de la conflictividad con los compañeros y por el hecho de que la empresa, en el marco de la prevención de riesgos laborales, incumplió su obligación de otorgar al actor una protección eficaz frente a dicha situación.

B) Encadenamiento fraudulento de contratos temporales. Reclamación de prestaciones de desempleo de la Entidad Gestora a la empresa

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de febrero de 2007, I.L. J 1090, declara que la jurisdicción social es competente para conocer de la demanda interpuesta contra una empresa por el Servicio Público de Empleo. Dicha Entidad Gestora reclama el reintegro de las prestaciones por desempleo abonadas a una trabajadora durante los períodos de inactividad existentes entre varios contratos de trabajo temporales, que el Servicio Público de Empleo consideraba realizados en fraude de ley.

C) Futbolistas profesionales. Despido improcedente

En un supuesto en el que un club de fútbol comunicó a unos futbolistas qué día se iniciaban los entrenamientos y posteriormente les denegó el acceso a éstos, la STSJ de Aragón de 31 de enero de 2007, I.L. J 1220, declara la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la reclamación por despido improcedente presentada por los actores. El Tribunal considera que la relación de los actores con el club tenía naturaleza laboral, ya que percibían salarios superiores al mínimo interprofesional, que en forma alguna podían considerarse una mera compensación de gastos.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Relación ya extinguida con la Administración. Acción que pretende la declaración laboral de dicha relación

La STS de 29 de mayo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1017, contempla un supuesto en el que la parte actora pretendía que se calificara como laboral la relación que mantuvo con la Consejería de Agricultura hasta el año 2000, y ello con la finalidad de obtener mejor puntuación para acceder a una plaza interina. El STS declara que la jurisdicción laboral resulta incompetente, puesto que la demanda se presentó cuando los servicios ya habían concluido, por lo que el conflicto planteado no se materializaba entre un empresario y un trabajador. En el mismo sentido se manifiestan las SSTS de 5 de junio y de 26 de junio de 2007, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 763 y 937.

XII. El Proceso Laboral

B) Selección de personal. Bolsa de trabajo en Universidad

En un supuesto en el que un trabajador de la UNED reclamaba la constitución de una bolsa de trabajo para proceder a la selección del personal para cubrir temporalmente una plaza vacante en la Universidad, la **STSJ de Madrid de 27 de febrero de 2007**, I.L. J 1143, declara que la jurisdicción laboral resulta incompetente, por cuanto la participación en el sistema de selección para formar parte de la bolsa de trabajo estaba abierta a participantes pertenecientes a la propia Universidad y ajenos a ella.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. RESPONSABILIDAD DEL FOGASA. NECESARIA CONCRECIÓN DE CONCEPTOS SALARIALES EN EL ACTA DE CONCILIACIÓN

En un procedimiento de ejecución de un acto de conciliación por despido, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de febrero de 2007**, I.L. J 1009, declara que, ante la insolvencia de la empresa, el FOGASA no resulta responsable de los salarios reclamados por el actor, ya que en el acto de conciliación se fijó una cantidad global en concepto de “liquidación, saldo y finiquito”, sin concretar individualizadamente cada uno de los conceptos.

5. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. NOTIFICACIÓN POR EDICTOS

La **STS de 12 de junio de 2007**, Sala Tercera, I.L. J 968, declara la nulidad de una providencia de apremio sobre liquidación de cuotas que fue notificada por edictos por la TGSS. El TS consideró que la TGSS no había actuado con la diligencia exigible, ya que en el momento de la notificación por edictos, e incluso con anterioridad, tenía conocimiento del nuevo domicilio de la empresa apremiada. Por su parte, la **STC 158/2007, de 2 de julio** (recurso de amparo 6223/2004), I.L. J 1058, declara la existencia de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en un supuesto en el que el juzgador realizó el emplazamiento edictal sin desplegar previa actividad indagatoria en oficinas y registros públicos. La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se declara igualmente en la **STC 162/2007 de 2 de julio** (recurso de amparo 752/2005), I.L. J 1061, en un supuesto en el que el procedimiento se siguió *inaudita parte* hasta que en fase de ejecución se produjo la primera comunicación en un domicilio que ya constaba en autos y en el que hubiera sido posible la citación al acto de juicio.

6. EXCEPCIONES

A) Caducidad

Las **SSTS de 31 de mayo y 12 de junio de 2007**, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1222 y 776, respectivamente, en atención a la singular naturaleza del plazo de caducidad de la acción de despido y en virtud de lo dispuesto en el artículo 182 LOPJ, confirma el carácter inhábil de los sábados a efectos del cómputo de dicho plazo. La **STSJ de Valencia de 15**

de febrero de 2007, I.L. J 897, en el marco de un procedimiento por despido de un socio trabajador frente a la sociedad cooperativa, afirma la primacía de la normativa propia de la sociedad cooperativa que entiende que la suspensión de la caducidad únicamente tiene lugar respecto de la reclamación ante la asamblea general y no respecto de la conciliación ante el SMAC.

B) Cosa juzgada

La STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2007, I.L. J 1139, rechaza la existencia del efecto positivo de la cosa juzgada respecto de una sentencia que no llegó a alcanzar firmeza porque las partes, con carácter previo, formalizaron un acuerdo extrajudicial. La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 16 de enero de 2007, I.L. J 1166, citando al TC declara que “(...) el efecto de cosa juzgada material no sólo puede predicarse con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro en supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada, artículo 1252 CC, ahora artículo 222 LEC; también se produce cuando se desconoce lo resuelto por sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado en el referido artículo 1252 CC (...)”.

C) Falta de acción

Las SSTs de 17, 24 y 30 de mayo de 2007, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 1031, 1047 y 1018, respectivamente, reiterando lo ya establecido en numerosas sentencias de la misma Sala, reconocen que un trabajador tiene acción de despido a pesar de no haber impugnado el acto de la autoridad laboral que aprobaba el despido colectivo, acto que fue anulado con motivo de dicha impugnación.

D) Falta de legitimación activa

La STSJ del País Vasco de 20 de febrero de 2007, I.L. J 849, considera que la empresa carece de legitimación activa para solicitar que se declare que la muerte de un trabajador deriva de accidente de trabajo, puesto que no tiene interés suficiente al no ser titular de los derechos de Seguridad Social propios de tal declaración. Igualmente, la STSJ de Valencia de 15 de febrero de 2007, I.L. J 887, aprecia la excepción de falta de legitimación activa de un trabajador integrante de un contrato de trabajo de grupo y afirma que la legitimación activa corresponde al jefe del grupo. La STSJ de Valencia de 13 de febrero de 2007, I.L. J 899, declara la falta de legitimación activa de una federación empresarial para impugnar un convenio colectivo, pues no acredita la voluntad de impugnación de los integrantes de la federación. En cambio, la STC 153/2007, de 18 de junio (recurso de amparo 423/2005), I.L. J 1194, reconoce la existencia de interés específico de un sindicato que impugnó una Orden de adjudicación de plazas de funcionarios y, por tanto, su legitimación activa en el recurso contencioso-administrativo que interpuso.

E) Inadecuación de procedimiento

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 15 de marzo de 2007, I.L. J 822, considera adecuado el procedimiento de oficio iniciado por la Autoridad Laboral ante el Juzgado de lo Social, en relación con un pronunciamiento sancionador no concluido, al venir a ser como una cuestión prejudicial sobre la posible sanción posterior. Del mismo modo, la STS de 16 de mayo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1029, entiende adecuado el procedimiento de conflicto colectivo, en un supuesto en que personal laboral eventual de Correos y Telégrafos pretende la interpretación y aplicación de determinados preceptos del convenio, ya que "(...) conlleva un interés actual de configuración general susceptible de ser analizado con perspectiva homogénea para todo el colectivo afectado (...)". La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 10 de enero de 2007, I.L. J 1169, estima la excepción de inadecuación de procedimiento puesto que, en caso de que la pretensión ejercitada comporte la alteración de la regulación del convenio colectivo, la vía procesal adecuada es el procedimiento de impugnación de convenio colectivo y no el procedimiento de conflicto colectivo.

F) Litisconsorcio pasivo necesario

Las SSTS de 19 de junio de 2007, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 911 y 1157, desestiman la excepción de litisconsorcio pasivo necesario respecto de la empresa en un procedimiento en que se discute el porcentaje aplicable a una jubilación anticipada, puesto que el carácter voluntario o involuntario de la extinción laboral lo determina el órgano judicial "(...) sin que, de ello, se derive, dentro del presente proceso, responsabilidad alguna para la Entidad Bancaria [la empleadora] (...)”...

G) Litispendencia

La STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2007, I.L. J 1202, en aplicación de la jurisprudencia del TS establece que no existe litispendencia cuando se ha interpuesto una reclamación de despido, que comporta necesariamente una petición de condena, estando en curso una demanda en la que se solicita la mera declaración de fijeza o carácter indefinido de una relación individual de trabajo.

H) Prescripción

Las SSTS de 3 y 28 de mayo de 2007, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 741 y 1033, tras analizar un acuerdo concreto de prejubilación, declaran que la reclamación de cantidades derivadas de tal acuerdo está sujeta al plazo de prescripción de un año del artículo 59.2 ET, no debiendo entenderse aplicable el plazo de cinco años propio de las mejoras voluntarias. Entre muchas otras en el mismo sentido, las SSTS de 30 de abril de 2007, 31 de mayo de 2007 y de 4, 5, 7, 11 y 27 de junio de 2007, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 957, 876, 768, 777, 769, 934 y 921, respectivamente, desestiman la prescripción alegada: el plazo aplicable a la reclamación de cantidad por reclasificación profesional interpuesta por personal laboral temporal de la Junta de Castilla y León tiene como *dies a quo* el día en que se publicó el acuerdo colectivo de reclasificación, y no el día en que los trabajadores fijos cobraron a cuenta las cantidades en cuestión. La STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de

febrero de 2007, I.L. J 1008, declara que la prescripción existente únicamente puede beneficiar a quien la alega, por lo que no procede extender sus efectos a la otra codemandada. La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 10 de enero de 2007**, I.L.J 1169, remitiéndose a lo establecido en la STS de 25 de noviembre de 1997, recuerda que las acciones de conflicto colectivo son imprescriptibles mientras el convenio colectivo esté en vigor.

7. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Denegación. Prueba documental

En un supuesto en el que el demandante solicitó en tiempo y forma una prueba documental que fue admitida por el Juzgado inicialmente, la demandada interpuso el pertinente recurso de reposición —con fundamento en que dicha prueba vulneraba la Ley de Protección de Datos de carácter personal— contra dicha admisión. Dicho recurso de reposición fue impugnado por la parte actora y el juzgado finalmente inadmitió la práctica de dicha prueba analizando en la sentencia pormenorizadamente los motivos de dicha inadmisión. Recurre en suplicación el actor alegando, entre otros motivos, nulidad de actuaciones por no haber admitido el juzgado de instancia la prueba propuesta en una resolución que nunca fue revocada. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2007**, I.L. J 1005, analiza la jurisprudencia del TC y desestima el motivo de suplicación por cuanto (i) la prueba solicitada no era pertinente, (ii) su ausencia no afectaba a la defensa del actor y (iii) el recurso de reposición contra la admisión inicial de prueba fue resuelto en la sentencia, por lo que la resolución que inicialmente admitió la prueba no fue definitiva ni firme hasta dicho momento.

B) Carga de la prueba

De conformidad con el artículo 217.2 LEC (en relación con el artículo 26.2 ET), corresponde al trabajador demandante acreditar el devengo de las dietas completas que reclama, según declara la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de marzo de 2007**, I.L. J 818. Corresponde a la empresa probar su falta de liquidez en el supuesto de un despido por causas objetivas en el que la empresa no puso a disposición de la parte actora la indemnización legal correspondiente al amparo de lo previsto en el artículo 53.1.b) ET; así lo ha entendido la **STSJ de Baleares de 7 de marzo de 2007**, I.L. J 1179.

C) Prueba indiciaria

Resulta interesante la **STSJ del País Vasco de 30 de enero de 2007**, I.L. J 990, sobre la articulación de la prueba indiciaria en un proceso por despido nulo. Con fundamento en la doctrina del TC, esta sentencia recuerda que dicha prueba se articula en dos planos: (i) en primer lugar, el trabajador ha de aportar indicios razonables de lesión del derecho fundamental por parte del empleador, y para ello deberá poner de manifiesto en la demanda los hechos claramente indicativos de la probabilidad de la lesión; (ii) una vez concurrente el

XII. El Proceso Laboral

indicio, a la empresa incumbe la carga de probar que la decisión extintiva nada tiene que ver con la pretendida vulneración por obedecer a causas reales suficientes para justificarla. Por último, el TSJ indica que no es obstáculo para que exista la vulneración de un derecho fundamental, el hecho de que el demandante se haya equivocado en la identificación del derecho que entiende infringido (en el caso analizado se alegó discriminación, cuando el derecho lesionado fue el de libertad de expresión). Por su parte, en un proceso de tutela del derecho de libertad sindical (incoado por haberse modificado el puesto de trabajo de la actora), la **STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de febrero de 2007**, I.L. J 1003, declara su vulneración por parte de la empresa demandada. La actora aportó fuertes indicios de represalia (era miembro del comité de empresa y en un año escaso había participado en una denuncia ante la Inspección de Trabajo, en la convocatoria de una huelga y en un contencioso contra la demandada por razones de jornada y salariales) y la demandada fue incapaz de demostrar que, en ese contexto, su decisión de cambiar el puesto de la actora obedecía a una razón objetiva y proporcionada. Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2007**, I.L. J 1198, con cita de varias sentencias del TS y del TC razona también sobre la necesidad de que el demandante acredite indicios de la vulneración de los derechos fundamentales que alegue, no bastando por tanto la mera alegación de la vulneración.

8. SENTENCIA. INCONGRUENCIA. INEXISTENCIA

En un proceso de conflicto colectivo, la **STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007**, I.L. J 859, declara que no se produjo incongruencia *extra petitum* aunque el pronunciamiento fue mayor al solicitado en la demanda. Según razona la sentencia, “(...) el exceso cometido no hace sino reconocer un derecho que ya estaba reconocido respecto de otros trabajadores, lo cual no deja en desamparo a los afectados por el conflicto colectivo suscitado, que también ven resuelta su contienda con la empresa demandada (...)”. Tampoco estima la existencia de incongruencia (en este caso, omisiva) la **STSJ de Cantabria de 17 de enero de 2007**, I.L. J 795. El TSJ, tras hacer un interesante repaso a la doctrina jurisprudencial existente en torno a esta cuestión, declara que la sentencia de instancia contiene suficiente respuesta a lo planteado, aun cuando de forma tácita o implícita. A su vez, la **STSJ de Cantabria de 27 de febrero de 2007**, I.L. J 963, con cita expresa de la STS de 13 de mayo de 1998, declara la inexistencia de incongruencia omisiva en un proceso sobre recargo de prestaciones: la sentencia recurrida da respuesta expresa a la causa de oposición del recargo y de su contenido se deduce la aceptación de la infracción y que la resolución administrativa fue suficientemente motivada. La **STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2007**, I.L. J 1131, analiza asimismo, entre otros, el motivo de suplicación planteado por la empresa condenada, en el que se solicita la nulidad de la sentencia de instancia al entender que aquella incurrió en incongruencia *extra petita*. La sentencia de instancia declaró la vulneración del derecho fundamental de la demandante a la igualdad ante la ley y a la no discriminación por razón de sexo, y la demandada alega que la demanda rectora de las actuaciones se amparaba exclusivamente en una conducta de *mobbing*. Razona el TSJ que no existe desenfoque entre las peticiones de la actora y la sentencia recurrida pues aunque en el *petitum* de la demanda no se hacía, incomprensiblemente, mención expresa al derecho fundamental de no discriminación, lo cierto es que en el cuerpo de la demanda eran

constantes las remisiones a éste. Por ello, no cabe concluir que el Magistrado *a quo* haya realizado un examen inadecuado a lo planteado ni por ello generador de la correspondiente indefensión a la parte demandada. Resulta interesante el Fundamento de Derecho Primero de la STSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2007, I.L. J 1204, por cuanto —con cita de sentencias de TS y TC— razona sobre la incongruencia omisiva alegada —y que no estima el Tribunal— poniendo de manifiesto que a tales efectos “(...) de la sentencia sólo debe tomarse en consideración su parte dispositiva, lo que quiere decir que una sentencia no es incongruente si su fallo se conforma por lo postulado por las partes (...)”

9. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN. EXENCIÓN

La STSJ de Cataluña de 5 de febrero de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1229, analiza un supuesto, a los efectos de limitación del devengo de salarios de tramitación, en el que la empresa transfirió a la cuenta del trabajador la cantidad correspondiente al despido improcedente. El TSJ entiende que no se han devengado salarios de tramitación pues, si bien no hubo depósito judicial, esto se debió a que hubo un previa transacción entre ambas partes y, mediante la transferencia, la empresa dio oportuno cumplimiento a dicha transacción, actuando el trabajador contra sus propios actos.

10. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Acciones meramente declarativas

La STS de 14 de mayo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 737, recuerda la doctrina ya sentada en las SSTs de 30 de enero de 2002 y 15 de junio de 2004, entre otras, en relación con las reglas para acceder al recurso de suplicación cuando la acción ejercida sea meramente declarativa, o de acciones de condena que no tengan un contenido dinerario directo. En estos supuestos, para determinar la procedencia o no del recurso, hay que estimar el valor económico del recurso a efectos del límite cuantitativo del artículo 189 LPL. Para establecer ese valor, habrá de estarse a los efectos económicos normales del agente generador, o dicho de otra manera, a los efectos económicos que puede alcanzar el cumplimiento de la declaración.

b) Afectación general

La STS de 25 de mayo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 745, recogiendo la doctrina ya sentada por esa Sala en sus SSTs de 3 de enero de 2006 y de 3 de octubre de 2003, sintetiza los criterios interpretativos de la “afectación general”, estableciendo que: (a) es un concepto jurídico indeterminado, (b) supone una situación de conflicto generalizada, (c) su apre-

XII. El Proceso Laboral

ciación no exige que se hayan iniciado numerosos procesos judiciales, sino que exista una situación de conflicto, (d) la alegación y prueba de la afectación general no son necesarias cuando se trata de “hechos notorios” o bien en aquellos casos en los que el asunto “(...) posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes (...)”, (e) sólo cuando no se esté ante uno de los supuestos anteriores, será necesaria la alegación y prueba de la afectación múltiple, (f) “(...) al ser la afectación múltiple un concepto jurídico, en aquellos casos en los que esta Sala ha declarado de un modo reiterado que una determinada cuestión afecta a un gran número de trabajadores, tal declaración tiene el valor de doctrina jurisprudencial en relación con otros procesos en que se suscite idéntica cuestión (...)”.

B) Cuantía litigiosa. Controversias sobre la base reguladora

La STS de 26 de junio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 925, en aplicación de su doctrina —entre otras, SSTs de 29 de octubre de 2004, 12 y 22 de julio de 2005—, establece que “(...) en los supuestos en los que la prestación ha sido reconocida con anterioridad, y en el litigio se cuestiona sólo una diferente base reguladora o cualquier otra circunstancia que incida en el importe de la prestación que ya se disfruta, pero no se determina la cuantía de lo reclamado, la sentencia de instancia debe tener el mismo tratamiento a efectos de recurso que una reclamación de cantidad en forma de prestación periódica, y habrá de atenderse al importe anual de las diferencias (...)”.

C) Modificación de hechos probados. Documentos y pruebas inhábiles

La STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de febrero de 2007, I.L. J 1010, desestima la modificación de hechos interesada al fundamentarse en documentos que ya fueron aportados a los autos y valorados por el Juez de instancia, por cuanto la revisión de hechos probados no faculta al Tribunal a efectuar una nueva valoración global y completa de la prueba practicada. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 30 de enero de 2007, I.L. J 1174.

D) Contra autos

La STS de 30 de abril de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 956, declara que son recurribles en suplicación los autos que pongan fin en la instancia a aquellos incidentes declarativos suscitados en el proceso de ejecución laboral, siempre que cumplan con los presupuestos del artículo 189.2 LPL, es decir, cuando “(...) decidan cuestiones nuevas de carácter sustancial no decididas o contenidas en el título ejecutivo (...)”.

11. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Falta de contenido casacional

Las SSTs de 29 de mayo, 5 de junio y 2 de julio de 2007, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 1052, 782 y 1078, recuerdan su reiterada doctrina según la cual, la finalidad institucio-

nal del recurso de casación para la unificación de doctrina, determina que no sea posible en este excepcional recurso, revisar los hechos probados de la sentencia recurrida, ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba realizada en la instancia.

B) Contradicción. Requisitos

a) Igualdad de hechos y controversias

De acuerdo con las SSTS de 29 de mayo y de 5 de junio de 2007, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 739 y 785, la contradicción exigida para la interposición de un recurso de casación para la unificación de doctrina exige supuestos que guarden una esencial igualdad de los hechos y pretensiones, por lo que “(...) su admisión a trámite no procede cuando diferencias de los hechos enjuiciados puedan ser determinantes del distinto signo de los pronunciamientos (...)”. En este sentido, las SSTS de 7 y 12 de junio y de 4 de julio de 2007, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 1118, 1117 y 964, recuerdan la doctrina consolidada de la Sala según la cual la contradicción “(...) requiere no sólo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que éstos recaigan sobre controversias esencialmente iguales porque la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales (...)”.

b) Sentencia de contraste

Las SSTS de 7 y 27 de junio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 778 y 909, recuerdan que la sentencia de contraste debe identificarse en el momento de la preparación del recurso, no siendo posible subsanar con posterioridad el incumplimiento de este requisito.

C) Fundamentación en infracción de Ley

La STS de 14 de mayo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 740, reitera su doctrina anterior —entre otras—, las SSTS 15 de diciembre de 1999, y 29 de septiembre de 2003, sobre la necesidad de que el recurso de casación para la unificación de doctrina se fundamente en infracción de Ley, sin que el Tribunal de oficio pueda sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas de impugnación de la sentencia recurrida. Por su parte, las SSTS de 20 de marzo, 30 de abril y 19 de junio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1064, 788 y 932, reiteran que la exigencia de alegar de forma expresa y clara la concreta infracción de Ley, no se cumple sólo con indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que es requisito ineludible razonar, de forma expresa y clara, sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia.

12. RECURSO DE REVISIÓN

A) Agotamiento de los recursos jurisdiccionales existentes

La STS de 5 de junio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 789, considera cumplido el requisito de haber agotado previamente los recursos judiciales establecidos en la Ley, pese a no haberse interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina, ya que la revisión de sentencias firmes obedece a causas trascendentes ajenas al proceso, por lo que: “(...) ningún sentido práctico sería la exigencia de haber entablado recurso que habría de basarse en hechos procesalmente inexistentes en el momento de dictarse sentencia, y en el que la prosperidad de una casación unificadora era ya, de principio, imposible (...)”.

B) Documentos a efectos revisorios

La STS de 10 de julio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1067, aprecia la caducidad de la acción por la que se interpone recurso de revisión, al fundamentarse en documentos de fecha posterior a la sentencia cuya revisión se pretende. De esta forma, únicamente pueden incluirse y servir de base a la revisión pretendida aquellos documentos que sean de fecha anterior a la sentencia que se impugna, lo que significa que carecen totalmente de eficacia revisoria los que sean de fecha posterior a la sentencia.

13. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. INTERESES

La STS de 6 de junio de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 792, determina que la fecha inicial para el cómputo de intereses en ejecución de sentencia para la Entidad Gestora en el pago de prestaciones es la de la notificación del Auto que declare la insolvencia empresarial, más tres meses de gracia, y no la fecha de notificación del requerimiento de pago.

14. COSTAS

La STS de 16 de mayo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 1046, establece que, por la interposición de recurso de suplicación, no cabe la condena en costas a quien ha obtenido el beneficio de justicia gratuita si, además, esa condena en costas no se ha motivado en la sentencia con fundamento en una conducta temeraria de la parte vencida. Por su parte, la STS de 31 de mayo de 2007, Sala Cuarta, I.L. J 754, impone las costas al trabajador recurrente por la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, y ello por producirse la controversia en el seno de una relación estatutaria, y no contar por tanto con el beneficio de justicia gratuita.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
SONSOLES GONZÁLEZ SOLÍS
JUAN REYES HERRERO
VERÓNICA OLLÉ SESE

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Derecho Comunitario. 2. Responsabilidad civil. A) Doctrina. B) Fecha de cómputo inicial del plazo de prescripción. C) Concurrencia de responsabilidad empresarial. D) Inexistencia de responsabilidad solidaria. E) Quantum indemnizatorio. **3. Recargo de prestaciones por falta de medidas. A) Expediente administrativo.** a) Tramitación. b) Caducidad del expediente administrativo. B) Prescripción inobservada: ¿específica o general? C) Falta de medidas de seguridad. a) Inexistencia de infracción. b) Existencia de infracción. D) Imprudencia no temeraria del trabajador e imprudencia profesional. E) Empresario infractor. a) Responsabilidad solidaria de la empresa principal y subcontratada. b) Inexistencia de responsabilidad de la empresa promotora. F) Determinación del porcentaje de recargo. G) Responsabilidad de los herederos. **4. Riesgos psicológicos (estrés laboral) y responsabilidad por daños y perjuicios.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente reseña jurisprudencial se da cuenta de las sentencias de distintos Tribunales de Justicia relativas a la seguridad y salud laboral, publicadas en los números 5 (octubre 2007), 6 (octubre 2007), 7 (noviembre 2007) y 8 (diciembre 2007) de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*.

Tal vez lo más destacable sea la STSJ del País Vasco de 20 de febrero de 2007 sobre las conductas psicológicas de acoso ambiental y de conflicto interpersonal generadoras de estrés laboral y la posible responsabilidad empresarial por falta de respuesta a esta problemática laboral, porque viene a abundar en una línea abierta por algún otro pronunciamiento judicial anterior sobre la obligación de prevenir la aparición de conductas de

estrés laboral (STSJ de Cantabria de 27 de julio de 2006, I.L. J 1951) y a dar un paso más, al reconocer la posibilidad de exigir responsabilidad por daños derivados del incumplimiento de la obligación de prevenir los riesgos psicosociales.

También ofrece interés el pronunciamiento (del que ya nos hemos hecho eco en el anterior núm. 32 de *Justicia laboral*, al venir reproducida también en un número anterior de I.L., en concreto en J 628, núm. 4, de septiembre de 2007) en la **STJCE de 14 de junio de 2007**, I.L. J 1191, a propósito del alcance de la obligación general de los empresarios de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores prevista en la Directiva 89/391, que, al aceptar la normativa de aplicación por el Reino Unido que limita la obligación a lo que sea “razonablemente viable”, ha venido a sembrar ciertas dudas sobre la virtualidad del principio de “la máxima seguridad tecnológicamente factible” exigido por la Directiva 89/391.

Por lo demás, nos encontramos con los habituales pronunciamientos sobre cuestiones aplicativas relacionadas con la concurrencia de los elementos configuradores de la responsabilidad civil y del recargo de prestaciones por falta de medidas.

1. DERECHO COMUNITARIO

La **STJCE de 14 de junio de 2007**, I.L. J 1191, resuelve, como ya expusimos en el número anterior de la Revista, núm. 32 de *Justicia laboral*, el recurso presentado por la Comisión contra el Reino Unido por una incorrecta adaptación del Derecho interno al artículo 5 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, al haber incluido en la normativa nacional la cláusula “en la medida en que sea razonablemente viable”, que, según la Comisión, limita el alcance de la obligación en el apartado 1 del referido artículo. La Comisión sostiene que el Reino Unido, al limitar así las obligaciones del empresario, permite que éste eluda su responsabilidad si logra acreditar que la adopción de medidas para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores habría sido totalmente desproporcionada, en términos de costes, tiempo o de cualesquiera otras dificultades, con respecto al riesgo asumido. El Tribunal entiende, sin embargo, que “la Comisión no ha demostrado de modo suficiente con arreglo a Derecho que al circunscribir a los límites de lo razonablemente viable la obligación del empresario de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, el Reino Unido haya incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 5, apartados 1 y 4, de la Directiva 89/391”. El resultado es que, frente al principio de “la máxima seguridad tecnológicamente posible” a que está en principio sujeto el empresario por virtud de la Directiva, el Tribunal no descarta que sea suficiente con garantizar la seguridad razonablemente factible, lo que implica liberar de responsabilidad al empresario, cuando haya desplegado la diligencia necesaria, aunque no haya garantizado la seguridad que la tecnología le permite.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL

A) Doctrina

Sobre la cuestión relativa a la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo la STSJ del País Vasco de 23 de febrero de 2007, I.L. J 986, reitera que el empresario queda sujeto al deber de indemnización de daños y perjuicios causados por razón de accidente de trabajo o enfermedad profesional “cuando exista una participación empresarial decisiva en la concatenación o producción de tal acontecimiento y resulte constitutivo de una infracción culposa o dolosa de su deber de seguridad con independencia de la cercanía habida hacia el criterio de responsabilidad cuasi objetiva o por riesgo”.

B) Fecha de cómputo inicial del plazo de prescripción

Según la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 22 de febrero de 2007, I.L. J 817, el plazo de prescripción de un año para reclamar la indemnización por daños derivados de accidente de trabajo se inicia no desde la fecha del alta médica, sino cuando se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de invalidez, donde el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias de las secuelas y cuáles los perjuicios que de ellas se van a derivar. En el concreto caso examinado, esa fecha resultó ser la fecha en que adquirió firmeza la sentencia dictada por la Sala en que se declaraba al trabajador afecto de la Incapacidad Permanente Total.

C) Concurrencia de responsabilidad empresarial

En varias sentencias se ha estimado la concurrencia de responsabilidad empresarial por daños y perjuicios en la producción del accidente o enfermedad profesional del trabajador tras la valoración de los requisitos de daño, causa, culpa y relación de causalidad necesarios para que concurra dicho supuesto. Así:

– en la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 22 de febrero de 2007, I.L. J 1099, en que el accidente acaece cuando el trabajador bajaba por unas escaleras a una plataforma en una planta por debajo del nivel del mar y se produce un apagón de luz eléctrica, cayendo en el interior de una arqueta situada a dos metros del último escalón; consta que la arqueta se encontraba sin las barandillas protectoras y en su lugar se había colocado una cinta de señalización, no existiendo iluminación de seguridad o emergencia;

– también en la STSJ de Aragón de 30 de enero de 2007, I.L. J 1216, en que el accidente se produce cuando, al cortar una varilla metálica en un torno, el trabajador fue alcanzado por dicha varilla, causándole estallido en el globo ocular, sin posibilidades de recuperación visual, fracturándole además los huesos nasales y hundiéndole el maxilar superior derecho; el Tribunal estima que no se adoptaron las precauciones necesarias como acotar la zona de influencia del torno en funcionamiento y otras que hubieran evitado el accidente;

– asimismo, en la STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007, I.L. J 842, en un supuesto de enfermedad profesional de una trabajadora contraída por el contacto con la pintura, constando a la empresa que era hipersensible a la pintura y que no era apta para el contacto con la pintura; quedó acreditado que en el actuar de la empresa existió conocimiento y, por tanto, una voluntad consciente, libre y manifiesta de su proceder, sin error por falta de conocimiento, siendo atribuible la omisión de garantías debidas a su libre configuración.

D) Inexistencia de responsabilidad solidaria

En la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 22 de febrero de 2007, I.L. J 1099, se rechaza la extensión de la responsabilidad en la producción del accidente a la empresa principal por no acreditar que los trabajos inherentes de la actividad contratada y de la contratista fueran los mismos, como tampoco que la obra en que tuvo lugar el accidente se encontrara en el centro de trabajo de la empresa principal.

E) *Quantum indemnizatorio*

La STSJ del País Vasco de 23 de febrero de 2007, I.L. J 986, reitera los criterios que deben tenerse en cuenta en la determinación de los daños y perjuicios cuando se recurre a las directrices marcadas por la Ley 30/1995 para reparar daños y perjuicios ocasionados en los accidentes de circulación:

“a) Se toman los valores correspondientes al momento en que se fija la indemnización (sentencias de 9 de octubre de 2001 y 30 de diciembre de 2002, recursos 1459/2001 y 2099/2002); b) la situación de baja laboral se indemniza con el importe asignado a los días de baja no impositiva, ya que la parte estrictamente reparadora de la pérdida de salario queda compensada con la prestación de seguridad social (Sentencia de 30 de abril de 2001 y 12 de noviembre de 2002, recursos 16/2001 y 1677/2002), que en el caso de los que fueron con ingreso hospitalario se incrementan con la diferencia prevista en el Anexo entre la baja hospitalaria (Sentencia de 28 de enero de 2003, recurso 2632/2002); c) no es obligado fijar cantidad alguna por el factor de corrección correspondiente a perjuicios económicos cuando la tabla correspondiente no establece un porcentaje mínimo de incremento (Sentencias de 12 de septiembre de 2000 y 28 de enero de 2003, recursos 915/2000 y 2632/2002); d) la forma de compensar la prestación básica de seguridad social por el reconocimiento de un grado de invalidez permanente a consecuencia de las secuelas sufridas es no dando cantidad alguna como factor de corrección por tal concepto (Sentencias de 12 de septiembre de 2000, 30 de abril, 3 de julio y 9 de octubre de 2001, 12 de noviembre y 30 de diciembre de 2002, 28 de enero de 2003); e) las mejoras de seguridad social derivadas del accidente se descuentan íntegramente (Sentencias de 12 de septiembre de 2000, recurso 915/2000, 3 de julio de 2001, AS 3731, 4 de diciembre de 2001, AS 1124/2002); f) no se compensa lo que el trabajador perciba por recargo debido a falta de medidas de seguridad; g) la culpa del trabajador en el accidente se valora con arreglo a los propios criterios previstos en esa normativa específica, por lo que el derecho al resarcimiento a cargo del empresario incumplidor

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

del deber preventivo se reduce en la parte correspondiente a la participación del accidentado (Sentencia de 21 de octubre de 2001, recurso 908/2003).”

3. RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS

A) Expediente administrativo

a) Tramitación

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de febrero de 2007, I.L. J 808, recuerda que la naturaleza del recargo de prestaciones es un tanto compleja teniendo algunos matices propios de la sanción, aunque, acaba teniendo una consideración *sui generis* que le aparta de la sanción propiamente dicha, y que la competencia para declarar la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en el trabajo, así como la fijación del porcentaje correspondiente corresponde al INSS [artículo 1.1.e) del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio], el cual debe seguir el procedimiento administrativo común al de las incapacidades con algunas escasas variantes (incorporación de un informe de la Inspección de Trabajo, y un trámite de audiencia al empresario responsable del recargo), pero sin asimilarse en ningún caso a un procedimiento sancionador.

b) Caducidad del expediente administrativo

Tal y como ha declarado en varios pronunciamientos anteriores, el Tribunal Supremo vuelve a dejar sentado en un par de sentencias más (SSTS de 17 de abril de 2007, I.L. J 497, y 5 de junio de 2007, I.L. J 784) que en los expedientes administrativos por recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad no opera la caducidad del expediente por el mero transcurso de los 135 días previstos en el artículo 14.3 de la Orden ministerial 18 de enero de 1996, al no ser aplicable el número 2 del párrafo primero del artículo 44 de la LRJAP, según el cual en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad cuando haya vencido el plazo máximo sin que se haya dictado y notificado resolución, ordenándose el archivo, porque el recargo no implica, con independencia de su finalidad, la imposición de una sanción al empresario infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o de sus beneficiarios. Lo que significa que el efecto de la falta de resolución en plazo, únicamente es la de entender desestimada la petición de imposición del recargo, sin que suponga que al interesado se le cierra la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional. En el mismo sentido se han pronunciado también la STSJ del País Vasco de 30 de enero de 2007, I.L. J 989, STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de febrero de 2007, I.L. J 1091 y STSJ de Aragón de 3 de enero de 2007, I.L. J 1207.

B) Prescripción inobservada: ¿específica o general?

Se mantiene la controversia judicial sobre si las prescripciones inobservadas por la empresa para que entre en juego el recargo sobre las prestaciones han de ser o no concretas y

determinadas. La interpretación restrictiva es defendida por la **STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 2007**, I.L. J 1232, que, siguiendo la doctrina de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de mayo de 2003, declara que “el recargo no se rige por la Ley 31/1995, y no bastará nunca una infracción de sus normas generales para imponer el recargo; esa infracción si existe, podrá dar lugar o no al recargo, en función de las propias normas reguladoras de éste (...). Las consecuencias de la Ley 31/1995 sólo son administrativas (las sanciones que prevé) nunca prestacionales. Por eso es insuficiente la mención de los preceptos infringidos de esta Ley para imponer en cuestión en el orden social”. Por el contrario, la **STSJ de Andalucía de 8 de febrero de 2007**, I.L. J 1088, aboga por una interpretación amplia, al declarar que “también es posible entender que las medidas de seguridad que han de ser omitidas por el empresario no tienen por qué estar detalladas en las normas de policía administrativa pues la deuda de seguridad no siempre reclama la presencia de una medida específicamente prevista e impuesta”.

C) Falta de medidas de seguridad

a) Inexistencia de infracción

No se aprecia infracción de medidas de seguridad en el caso de un accidente producido por caída del trabajador por el hueco del ascensor al estar la puerta abierta y el ascensor en un piso superior al objeto de bombear el agua caída por lluvias recientes, si bien protegido dicho hueco por dos tablonos en forma de aspa, por considerar que la obra estaba terminada y no era aplicable el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad en obras pues el hueco del ascensor no tenía una altura superior a dos metros (**STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 2007**, I.L. J 1232).

b) Existencia de infracción

En cambio, se estima incumplimiento empresarial de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo en los siguientes supuestos:

– Accidente sufrido por un trabajador que estaba en una plataforma de un andamio metálico, situado a una altura superior a cuatro metros, realizando tareas de soldadura, cuando al tratar de ayudar a un compañero en peligro por el fuerte viento que se levantó, se volcó el andamio sobre él, lesionándole. Se declara probado que existió una mala fijación del andamio, incumplándose lo dispuesto en los artículos 3, 4, Anexo I.6 y II.1.7 del Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio y Anexo IV del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre (**STSJ de Aragón de 3 de enero de 2007**, I.L. J 1207).

– Accidente producido al caerse el trabajador de una escalera de mano cuando pretendía cambiar una lámpara situada a cuatro metros de altura. Se considera que se dio una orden temeraria y al margen de toda medida de seguridad al no facilitar cinturón de seguridad, ni poner a su disposición una escalera más estable, incumplándose las normas concretas

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

(artículo 9 del Real Decreto 486/1197 sobre las escaleras de mano) y las genéricas de seguridad [STJS de Andalucía (Sevilla) de 8 de febrero de 2007, I.L. J 1088].

– Especialista montador de un puente grúa que sufre un accidente cuando encontrándose sentado sobre una viga metálica que debía servir de rodadura de un puente grúa, a unos 7 metros del suelo, por causas desconocidas cayó la viga sobre la que estaba precipitándose al suelo y produciéndose lesiones que le provocaron el reconocimiento de la situación de gran invalidez. Consta que “en el momento del accidente el trabajador no usaba cinturón de seguridad, ni existían instalados medios de protección colectiva, si bien disponían los trabajadores de cinturones de seguridad y arneses existiendo en la nave donde ocurrió el accidente amarres en la pared para que pudieran ser utilizados, sin que el día del accidente los operarios que prestan servicios en el puente grúa los llevaran puestos debido a que no los llevaban en la furgoneta de la empresa, y sin que nadie de la empresa indicase a estos trabajadores la necesidad de emplear cinturones de seguridad”. El accidente se produjo por falta de información adecuada a los trabajadores, mal anclaje de los trames de la plataforma y falta de medios de protección antiaccidente de carácter individual, tal que cinturón debidamente anclado a punto fijo o a cable de vida (STJS del País Vasco de 30 de enero de 2007, I.L. J 988).

– Trabajador que sufre un atrapamiento de los dedos de la mano derecha por el disco de la máquina escuadradora con la que procedía a cortar un tablero. En el momento del accidente la máquina se encontraba sin la carcasa ni el cuchillo divisor, siendo la causa del accidente la falta de instalación del resguardo o dispositivo que impidiese el acceso a la zona peligrosa de la máquina. Se considera que hubo infracción de los artículos 14.2, 14.5 (prever distracciones o imprudencias no temerarias), 17.1 LPRL, así como el apartado 8 del Anexo I del RD 1215/1997, de 18 de julio, que impone, cuando los elementos móviles de un equipo de trabajo puedan entrañar riesgos de accidente por contacto mecánico, la obligación de ir equipados con resguardos o dispositivos que impidan el acceso a las zonas peligrosas (STJS del País Vasco de 16 de enero de 2007, I.L. J 983).

– Un ayudante de oficial escayolista que, mientras ayudaba en la colocación del falso techo de escayola en la cocina del apartamento, pierde el equilibrio y su cuerpo cae por el hueco de la fachada que estaba totalmente desprotegido, cayendo hasta el suelo de la calle, desde unos diez metros de altura, falleciendo a causa del accidente. Faltaba la protección colectiva frente al riesgo de caída de alturas. Se considera que la empresa organizó el trabajo y determinó un plan de seguridad insuficiente y que hubo además un deficiente seguimiento en su ejecución (STJS de Cantabria de 27 de febrero de 2007, I.L. J 963).

D) Imprudencia no temeraria del trabajador e imprudencia profesional

La STJS de Andalucía (Sevilla) de 27 de febrero de 2007, I.L. J 1100, entiende que la referencia a la imprudencia no temeraria debe reconducirse a la idea de imprudencia simple en la que, “si bien no se agotan todos los actos necesarios para evitar el peligro, éste no se quiere o pretende sufrir, sino que se incurre en el mismo por una negligencia o descuido. Junto a ello nos encontramos con las imprudencias profesionales que son consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira”.

E) Empresario infractor**a) Responsabilidad solidaria de la empresa principal y subcontratada**

Se aprecia concurrencia de responsabilidad solidaria tanto de la empresa contratista como de la principal en el caso antes reseñado (STJSJ de Cantabria de 27 de febrero de 2007, I.L. J 963) del ayudante escayolista que sufre un accidente mortal al caerse por un hueco de la pared de la cocina hasta el suelo de la calle desde unos 10 metros de altura, al carecer de barandilla o de protección. Se considera que la contratada y empleadora del accidentado debió procurar que sus empleados no se vieran sometidos al riesgo de caída en alturas y que, a su vez, la empresa principal debió vigilar el cumplimiento de las medidas de seguridad oportunas al centro (artículo 24 LPRL). “A ésta, aun cuando no le es exigible la vigilancia continua para evitar el riesgo de alturas, sí lo es el elemental de que no se den comienzo las obras, hasta que se ejecuten las medidas de seguridad colectivas, que impidan las caídas desde dichas alturas, por los huecos del edificio, medidas que en lugar del accidente eran inexistentes, siendo una de las funciones incumplidas del coordinador en materia de seguridad laboral, cuya designación incumbe al empresario principal, tal vigilancia del establecimiento efectivo”.

b) Inexistencia de responsabilidad de la empresa promotora

La STJSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de febrero de 2007, I.L. J 1091, exonera de responsabilidad en materia de recargo al promotor de la obra en la que falleció el trabajador accidentado, aun habiendo contratado a un tercero para la construcción de la obra, por aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo expresada en las Sentencias de 20 de julio de 2005 y 2 de octubre de 2006, que declara que las actividades de una promotora y una constructora no son las mismas y ni siquiera pueden entenderse las de éstas, inherentes a su ciclo productivo.

F) Determinación del porcentaje de recargo

La STJSJ del País Vasco de 16 de enero de 2007, I.L. J 983, considera que el factor fundamental en la determinación del porcentaje de recargo es la gravedad de la falta, la cual debe ser valorada en atención a los siguientes tres elementos: a) mayor o menor posibilidad de accidente; 2) mayor o menor gravedad previsible de sus consecuencias para el trabajador, y 3) mayor o menor déficit de medidas destinadas a impedirlo.

G) Responsabilidad de los herederos

En la STJSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de febrero de 2007, I.L. J 808, se plantea si el fallecimiento del empresario infractor implica la extinción de la responsabilidad por aplicación del principio de personalidad de la sanción. El Tribunal lo rechaza, declarando que, “producido el accidente de trabajo en vida del empresario individual, las responsabilidades del accidente, una vez fallecido éste, han de asumirlas los sucesores en la actividad empresarial”.

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

4. RIESGOS PSICOLÓGICOS (ESTRÉS LABORAL) Y RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS

En la STSJ del País Vasco de 20 de febrero de 2007, I.L. J 846, se suscita la cuestión de si procede o no la responsabilidad civil por daños y perjuicios en un caso de conducta de violencia psicológica, no calificable como *mobbing*, sino de situación de mero conflicto interpersonal, practicada sobre una trabajadora que estuvo expuesta a una situación de aislamiento y de tensión a lo largo de varios años, sin llegar a desembocar en una situación de acoso moral, lo que le provocó un trastorno psíquico por el que estuvo de baja durante algún tiempo.

En su análisis, la Sala parte de que “la deuda de seguridad de la empresa con sus trabajadores no se agota en la protección frente a los riesgos objetivos del puesto de trabajo, sino que obliga también a prevenir los riesgos específicos derivados de las características o estado de salud de la persona que lo ocupa, en garantía de su derecho a un nivel de protección adecuado y eficaz en materia de salud y seguridad en el trabajo”, y que “esta obligación se extiende a todos los riesgos relacionados con las condiciones de trabajo, incluidos los riesgos psicológicos y sociales, y entre ellos, los inherentes a las relaciones interpersonales que se producen en el trabajo y, muy particularmente, los problemas y conflictos surgidos entre los compañeros de trabajo”.

A la luz de lo expuesto, el Tribunal considera que “la empresa incumplió su deber de otorgar a la trabajadora una protección eficaz frente al estrés ocasionado por la conflictividad laboral, pues siendo conocedora de la situación y de que estaba expuesta a un peligro cierto y real para su equilibrio mental, que ya la había producido daños psíquicos, no procedió a identificar y evaluar los factores desencadenantes de la tensión laboral, ni adoptó medida alguna en las esferas individual, grupal y organizativa, tendente a eliminarla o minimizarla y a fomentar la integración de la actora en el equipo de trabajo, limitándose a ofrecer el traslado a Bilbao inmediatamente antes de causar baja médica –lo que pudo precipitarla–, y a sancionarle con el despido por su inasistencia al trabajo después de ser dada de alta, lo que pudo agravar la dolencia mental que le condujo a la incapacidad absoluta para todo trabajo”.

En consecuencia, el TSJ del País Vasco declara la responsabilidad civil de la empresa por daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento con fundamento en el artículo 1101 del Código Civil, al concurrir el indispensable nexo causal entre la situación de tensión laboral origen de la afección mental, la conducta de la empresa y los daños sufridos por la trabajadora.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

WVAA

Seguridad en el trabajo. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, Valladolid, 10ª edición, enero 2008, 474 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que ya alcanza su décima edición, está dirigido hacia aquellas personas interesadas en ampliar sus conocimientos y especializarse en la rama de Seguridad en el Trabajo tras haber seguido el estudio oficial correspondiente a la parte obligatoria.

Asimismo, la obra constituye una óptima herramienta para ser utilizada por los técnicos en prevención de nivel superior dedicados a la disciplina de seguridad y por los técnicos proyectistas cuya función sea la de revisar lugares de trabajo, instalaciones o centros de empresa con el fin de adecuarlos a las pertinentes exigencias legislativas en la materia.

Los autores, de forma clara y minuciosa, con una exposición de fácil entendimiento para cualquier estudiante o profesional de la materia, hacen un análisis de los posibles y más habituales riesgos de distintas actividades laborales, estructuradas en catorce capítulos, los cuales vienen a ser una fiel representación de casi toda la población trabajadora. Dicho análisis se realiza tomando en consideración factores como el volumen de trabajo, número de personas expuestas al posible perjuicio y el propio riesgo o porcentaje de que éste ocurra como consecuencia del desempeño de tales funciones.

El estudio de estas profesiones no es hermético, es decir, no se cierra con la lista de actividades recogidas en los capítulos del libro, ya que muchas de las recomendaciones sugeridas para éstas son extrapolables a otras que tienen en común con las primeras equipamientos, puestos de trabajo, métodos profesionales, etc. Esto pone de relieve el amplísimo terreno abarcado por el contenido del manual.

Antes de entrar en cada materia concreta se ofrece al lector una breve, pero precisa, introducción para ponerlo en contacto con el tema que va a ser objeto de posterior estudio en las sucesivas páginas.

Las distintas cuestiones abordadas se ven complementadas, en algunos casos, con textos legales, recogidos de forma literal por razón de su importancia y cotidianidad en el uso que de ellos se hace en el ámbito preventivo.

En esta edición se incluye un CD-ROM que, además de recoger la normativa y la documentación complementaria y de posibilitar el acceso a la información que sobre la materia se recoge en www.lexnova.es/prevención, contiene las cuestiones de evaluación, donde el alumno con medios informáticos puede utilizar poniendo, de este modo, a prueba los conocimientos adquiridos.

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 10ª edición como prueba del éxito conseguido dentro de un mercado tan complejo como el de la prevención de riesgos laborales.

A. DOMÍNGUEZ LUELMO**Derecho sanitario y responsabilidad médica**

[Lex Nova, Valladolid, 2ª edición, diciembre 2007, 863 páginas]

LEX NOVA

Esta obra que surgió como consecuencia del planteamiento, cada vez más frecuente, de litigios en materia de responsabilidad civil sanitaria, alcanza ya su segunda edición. Ésta ofrece un comentario extenso y minucioso de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que intenta regular la figura del consentimiento informado en todas sus vertientes más conflictivas: legitimación para prestarlo, alcance, forma, excepciones, etc.

DOMÍNGUEZ LUELMO (Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid y autor de varios trabajos e innumerables artículos en las revistas más prestigiosas) proporciona al lector un útil instrumento para la comprensión de la Ley, más aun teniendo en cuenta que su ámbito de aplicación se proyecta sobre los múltiples supuestos de violación de los tradicionales deberes médicos que conllevan inexorablemente la vulneración de los derechos que los pacientes poseen por la sola condición de serlo.

El libro, antes de abordar el análisis pormenorizado de cada precepto, comienza su estudio con un apartado de “Consideraciones preliminares” que se adentra en el tema de la imputación como uno de los aspectos más problemáticos que hoy en día sigue constituyendo un enigma tanto para la doctrina como para la jurisprudencia,

dentro del sistema del Derecho de Daños. Posteriormente, se inicia el comentario de la norma siguiendo su misma estructura y desglosando sus exposiciones en los antecedentes legislativos de cada precepto y en su relación con la normativa sanitaria existente (fundamentalmente con la Ley General de Sanidad aunque también con otras leyes autonómicas). Asimismo, se recogen con carácter exhaustivo las opiniones doctrinales vertidas sobre cada uno de los puntos y la jurisprudencia existente, tanto del Tribunal Supremo, como de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales.

Los distintos capítulos de la obra, que se corresponden con los de la Ley (derecho de información sanitaria, derecho a la intimidad, respeto de la autonomía del paciente, historia clínica e informe de alta y otra documentación clínica), tienen como ejes básicos el estudio de los derechos y obligaciones de los pacientes y de los profesionales sanitarios así como el consentimiento informado o la protección de los datos personales de los pacientes.

En definitiva, no sólo estamos ante una monografía meramente explicativa del texto de la Ley, sino que también entre sus logros está, por una parte, el ofrecer al lector todo el material normativo, bibliográfico y jurisprudencial de la temática, y, por otra, esclarecer y tratar de solucionar de forma alternativa los diversos problemas que subyacen a la disposición. Constituye, por tanto, un verdadero paso adelante en el tratamiento del Derecho sanitario en general y de la responsabilidad civil médica en particular.

Por último, destacar que el hecho de que se haya publicado una segunda edición, la cual ha adoptado un contenido a las novedades legislativas surgidas en al materia entre ambas entregas, pone de manifiesto que nos encontramos ante un manual de gran calidad que ha sido bien valorado por los interesados, que aporta una visión profunda del campo sanitario y de responsabilidad médica.

VVAA

Formación superior en prevención de riesgos laborales. Parte obligatoria y común

[Lex Nova, Valladolid, 2ª edición, diciembre 2007, 698 páginas]

LEX NOVA

Los nuevos tiempos de la prevención de riesgos laborales que llegan se caracterizan:

– Por una mayor demanda de profesionales de la prevención que pueden ser contratados directamente.

– Y por prestar una atención especial a las pequeñas y medianas empresas que son las que tienen más peso en la actividad económica y mayores dificultades en la aplicación de la Ley.

El presente manual, elaborado por técnicos superiores de prevención, inspectores de trabajo, ingenieros y expertos en higiene industrial, ergonomía y medicina de la empresa, está dirigido, principalmente, a formar a los técnicos superiores en prevención de riesgos laborales a partir de una versión adaptada a los nuevos tiempos, aportando una mayor agilidad que favorezca la difusión y el conocimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en las pequeñas organizaciones.

Conviene destacar que el presente libro es fruto del esfuerzo realizado para recopilar las materias más sustanciales sin renunciar a nada de lo contenido en el programa oficial de formación recogido en el RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Para ello, se incluye un CD-ROM que contiene toda la normativa actual y que permitirá encontrar de manera fácil y rápida la información necesaria así como el acceso a contenidos *on line* de prevención de forma gratuita.

Este manual surge tras una reflexión y análisis de la acción formativa tratando, a lo largo de seis temas, de los fundamentos de las técnicas de mejora de las condiciones de trabajo, de las actuaciones y gestión de la prevención de riesgos laborales, haciendo en este apartado una breve mención a su aplicación en sectores especiales como la construcción, la industria extractora, el transporte, la pesca y la agricultura. Asimismo, se destacan otras técnicas afines incluyendo, en éstas, cuestiones tan importantes como la gestión medioambiental en las empresas y la gestión de calidad de los productos y, por último, se hace referencia al ámbito jurídico de la prevención a nivel nacional e internacional y a la organización de la misma en España.

El CD-ROM que acompaña a este manual contiene una aplicación muy práctica para cumplimentar los cuestionarios de autoevaluación de cada tema que permitirán valorar el nivel de conocimientos adquiridos.

La experiencia docente de los autores, que se denota en la elección del formato de este manual y en la inclusión, al final de cada apartado, de un breve resumen que facilite la comprensión y memorización de las materias, constituye la base fundamental sobre la que se sustenta la utilidad y el éxito de esta segunda edición que, tras la buena acogida de la primera, persigue, con la misma metodologías, facilitar el conocimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales que ya se lograra en su anterior edición.

VVAA

Coordinadores de seguridad y salud en el sector de la construcción. Manual para la formación

[Lex Nova, Valladolid, 3ª edición, diciembre 2007, 968 páginas]

LEX NOVA

Tal y como se recoge en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de diciembre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, la “Coordinación de actividades

empresariales” en este sector ha de ser ejecutada a través del técnico competente designado por el promotor, creándose al efecto la figura de los “Coordinadores de Seguridad y Salud”.

Por otro lado, la guía técnica sobre seguridad y salud en las obras de construcción publicado por el INSHT, al amparo de lo dispuesto en la Disposición Final Primera del mencionado Real Decreto, señala que es necesario y conveniente que el coordinador tenga la formación adecuada en el campo de la prevención de riesgos laborales, debiendo ajustarse a los cometidos que se determinan en la citada norma.

A tal efecto, el presente manual desarrolla el contenido del programa de formación mínimo que han de cursar los referidos coordinadores y lo hace de manera práctica y operativa a lo largo de sus tres apartados (ámbito jurídico, edificación y obra civil).

Conviene destacar que para la elaboración de esta obra los autores, profesionales de reconocido prestigio en la materia, han tenido en cuenta, por un lado, las últimas novedades legislativas incorporadas por la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción y su desarrollo reglamentario, y por otro, la regulación que el IV Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (2007-2011) ha dedicado a los aspectos de seguridad y salud en dicho sector.

En definitiva, se trata de un manual que, sin dejar de ser riguroso, por los contenidos que aborda, resulta didáctico y claro por la metodología y el rigor técnico con que son abordados, permitiendo al lector conocer primero y resolver después los múltiples problemas con los que se ha de enfrentar el coordinador de seguridad y salud, en el sector de la construcción, siempre desde la perspectiva del fundamental papel que le está encomendado desempeñar en la implantación, el mantenimiento y la mejora de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores en dichas obras.

Esta tercera edición, continúa su marcado carácter formativo, resaltando las principales ideas y añadiendo resúmenes en cada tema. Se incluye además un CD-ROM, con la normativa y documentación complementaria, que permite el acceso a la información que se recoge en nuestro sitio web de prevención —www.lexnova.es/prevencion— sobre esta materia.

VVAA

Manual para la formación de técnicos de prevención de riesgos laborales. Parte obligatoria y común del programa formativo del nivel superior

[Lex Nova, Valladolid, 9ª edición, noviembre 2007, 1216 páginas]

LEX.NOVA

La virtud principal de la obra, que en un solo volumen ofrece al lector todos los aspectos formativos fundamentales sobre la materia de prevención de riesgos en el trabajo, es la de presentar una estructura paralela al programa de formación para el desempeño de las funciones de nivel superior que se establecen en el Reglamento de Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero), siendo en la actualidad uno de los pocos manuales que sigue con absoluta fidelidad el citado programa.

El elenco de autores que han elaborado la obra (todos ellos de reconocido prestigio y con sobrada experiencia profesional como inspectores de trabajo, técnicos de prevención, expertos en medicina del trabajo o en ergonomía y psicología aplicada) estructuran la monografía en seis temas a lo largo de los cuales desarrollan los contenidos buscando la coincidencia lógica con su especialización laboral y formativa. De este modo, en los primeros tres apartados se contienen los fundamentos de las técnicas de mejora de las condiciones de trabajo así

como las de prevención de riesgos laborales —seguridad en el trabajo, higiene industrial, medicina en el trabajo y ergonomía— o cualesquiera otras actuaciones en materia preventiva.

Asimismo, en los últimos temas del libro se abordan otros aspectos fundamentales, como la gestión de la propia prevención (planificación, organización, economía, etc.); técnicas afines, como, por ejemplo, la calidad, el medio ambiente o la prevención de riesgos patrimoniales, y, por último, el ámbito jurídico en el que se enmarcan la prevención y la legislación básica española sobre el asunto.

Aparte de lo anterior, merece especial mención la inclusión en cada apartado de resúmenes recor-

datorios y cuestionarios para la autoevaluación de conocimientos cuyas soluciones se encuentran al final de la obra y, por otro lado, de un CD-ROM que posee la doble función de recoger normativa y documentación complementaria y posibilitar el acceso a la información contenida en la página web www.lexnova.es/prevencion.

En resumidas cuentas, todo el conjunto de la monografía pone de relieve que estamos en presencia de uno de los manuales para la formación de técnicos de prevención de riesgos laborales más completos y mejor estructurados, como así lo demuestra el hecho de que alcance con ésta su novena edición, más aun si se tiene en cuenta el sector al que van dirigidas sus lecciones.

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

