

revista

Justicia
Laboral

revista de DERECHO del TRABAJO
y de la SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR
Ignacio García-Perrote Escartín

editorial

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Laboral

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 2007

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] **Afinidades entre la ley y la jurisprudencia: el ejemplo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

- [11] **Julio Verne, la Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial derivada de subcontratación establecido en el artículo 42.1 ET**

MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

- [47] **Reflexiones sobre algunas directivas de la UE relevantes en materia de conciliación de la vida familiar y laboral**

FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO

- [99] **Aspectos relevantes de la relación individual de trabajo afectados por la subcontratación de actividades: contratación, novación subjetiva (subrogación empresarial) y extinción del contrato de trabajo**

MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[305] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

AFINIDADES ENTRE LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA: EL EJEMPLO DE LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

Las “desavenencias” entre la Ley y la jurisprudencia han estado a la orden del día en los últimos años en la realidad de nuestro Derecho. El terreno de juego de esta lucha han venido siendo tradicionalmente las Leyes de Acompañamiento, que año a año se venían ocupando de corregir los excesos tuteladores de la acción jurisprudencial y, más en concreto, las generosas interpretaciones procedentes del Tribunal Supremo. El reintegro de prestaciones percibidas indebidamente por los beneficiarios de la Seguridad Social; el cómputo de las cotizaciones correspondientes a períodos anteriores al alta ingresadas con posterioridad en el RETA; el célebre tema del encuadramiento de los administradores; la protección del desempleo parcial por reducción de jornada; la necesidad de autorización administrativa para la declaración de situación de desempleo en estos casos; el acceso a la pensión de jubilación desde el subsidio de desempleo asistencial desempleo, o la ejecución de sentencias en materia de Seguridad Social son algunos episodios de esta lucha.

La reacción de la ley frente a la sentencia se ha puesto de relieve en la regulación de diversas materias. La más reciente se ha producido con ocasión de la Disposición Final Tercera de la Ley 42/2006, que modifica el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y añade un párrafo segundo al apartado 1 del artículo 43, señalando que: “Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud”, que ha venido a corregir la interpretación judicial del artículo 43.1 LGSS para limitar los efectos de la revisión de las cuantías económicas de las pensiones ya reconocidas, adoptando legalmente una interpretación más restrictiva que la aportada por el Tribunal Supremo. Así pues, la tradicional línea de tendencia en las relaciones entre la Ley y la jurisprudencia ha sido la intervención correctora de la primera frente a las derivas tuteladoras de la segunda, la misma, se ha dado, fundamentalmente, cuando las interpretaciones jurisprudenciales llevaban consigo incremento de gasto pero no cuando las mismas afectaban a los intereses particulares. La intervención de respuesta del legis-

lador se ha concentrado, de este modo, en el terreno de la Seguridad Social, como pone de relieve sin asomo de duda la última intervención legal en esta materia.

Pero, en el fondo, detrás de estas actuaciones hay una cierta “Némesis de la Ley”, como lo ha calificado DESDENTADO. En la mitología griega, Némesis es la diosa de la justicia retributiva, de la venganza. Aunque, sin duda, la supremacía de la ley comprende el poder de rectificar las interpretaciones judiciales que se estiman incorrectas, eliminando las ambigüedades legales que las hacen posibles o simplemente modificando el sentido de los correspondientes preceptos, lo cierto es que al actuar del legislador no ha estado ajeno una cierta revancha frente a la acción interpretativa de la jurisprudencia.

Pero la Némesis puede considerarse más exactamente como la diosa de la “redistribución” o del equilibrio. Frente a la respuesta no han faltado tampoco excepciones que han buscado el equilibrio en la integración de los criterios establecidos por la jurisprudencia en el texto de la Ley. Buen ejemplo ha sido la nueva redacción dada al artículo 43.1 ET por la Ley 43/2006. En efecto, la aprobación de dicha norma, se ha dicho, tuvo como objeto la necesidad de proyectar los resultados alcanzados por la jurisprudencia en la definición de la compleja y controvertida figura de la cesión ilegal de trabajadores. Opción unánimemente aceptada, como se deduce con facilidad de los distintos documentos elaborados por Gobierno e interlocutores sociales en los meses anteriores al Acuerdo.

La reciente aprobación de la LOIMH supone, en relación con el estricto punto que analizamos, una significativa excepción. Las desavenencias se dejan a un lado y la LOIMH asume los avances que en materia laboral venían consolidándose desde una vanguardista interpretación jurisprudencial.

Resulta una realidad incontestable que, si bien es cierto que el trabajo femenino ha adquirido una legitimidad social sin duda irreversible, es asimismo innegable que su condición sigue sin ser similar a la de los hombres. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIMH), aborda, más allá de la discriminación por desigualdad de trato, la igualdad sustancial entre mujeres y hombres, a través de políticas públicas y acciones administrativas para la igualdad. Desde la proclamada perspectiva de un “derecho de las mujeres”, tal y como subraya su propia Exposición de Motivos, la Ley trata de favorecer su situación, a través de un conjunto de medidas que responden al ambicioso objetivo de prevención y eliminación de conductas discriminatorias que perjudican a la mujer, y de políticas activas de igualdad a favor de la mujer. Se proyecta así el principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento y de la realidad social, mediante una regulación “transversal” y horizontal que alcanza a diferentes materias y ámbitos normativos. La Ley supone un nuevo paso en el logro de una igualdad efectiva entre hombres y mujeres que la propia Constitución se propone, al proclamar la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1 CE), al prohibir la discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE), y al imponer a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (artículo 9.2 CE).

La participación de la mujer en el mercado laboral aumenta, especialmente en las edades centrales, coincidiendo con la vida familiar. También aumenta el porcentaje de mujeres asalariadas, hecho que confirma que su situación laboral está cada vez más formalizada y socialmente reconocida. Aumenta el número de mujeres empleadas con estudios superiores y su presencia se hace patente en casi todos los sectores económicos. Sin embargo, si bien es cierto que las mujeres acceden al trabajo, no deja de ser menos cierto que aún se sitúan lejos del poder, feudo que aún mantiene la población masculina. La tasa de incorporación de la mujer a cargos directivos es muy reducida. El fenómeno de *glass ceiling* suele explicarse a partir de la persistencia de estereotipos sexuales que apartan a las mujeres de ciertos puestos, que las confinan a un repertorio de actitudes socialmente aceptable. Confinadas en las carreras funcionales, privadas de la experiencia necesaria para cumplir funciones estratégicas en el seno de las empresas, las mujeres sólo acceden de manera excepcional a la cúspide de la jerarquía; el *glass ceiling* se convierte en *glass wall*.

La nueva Ley Orgánica está llamada a producir un enorme impacto en la dinámica interna de las empresas. Pese a que desde la literatura económica se afirma que no es necesaria la intervención del Estado en este terreno porque el propio mercado puede resolver el problema y que este tipo de legislaciones perjudican a las mujeres al reducir sus posibilidades de negociación e impedirles aprovechar sus posibilidades de obtener un trabajo ofreciendo distintas condiciones que las que se ofrecen a los hombres, lo cierto es que la intervención legislativa en esta materia constituye un paso necesario ante la lentitud de los cambios en el modo de ver y de concebir el papel de la mujer en nuestra sociedad y en la de las empresas.

Los anteriores valores, probablemente, han animado al legislador a huir de su tradicional oposición a las interpretaciones jurisprudenciales para, de manera contundente, hacer suyas algunas significadas líneas interpretativas. La LOIMH mantiene la posibilidad de disfrutar la hora de permiso dividida en dos fracciones y de sustituirla por una reducción de jornada en media hora, pero añade una nueva posibilidad: disfrutar el permiso de forma acumulada en jornadas enteras, aunque, en este último caso, es preciso que el convenio colectivo prevea esa posibilidad o que se alcance un acuerdo entre empresario y trabajador. Esta posibilidad, que había sido recogida en numerosos convenios colectivos, contaba con el visto bueno jurisprudencial desde que la STS 20 de junio de 2005 (recurso 83/2004) afirmase la plena conformidad legal del Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa, SA para los años 2003 a 2006.

Una segunda cuestión en la que se observa la sintonía entre juez y legislador es la relativa al problema que se plantea cuando la trabajadora se encuentra disfrutando de una reducción de jornada por guarda legal de menor y se produce la extinción de su contrato de trabajo en circunstancias que determinan su derecho a percibir una indemnización. La cuestión es decidir cuál es el salario que debe tomarse como referencia para calcular la indemnización. Esta cuestión ya fue resuelta por el Tribunal Supremo en su STS de 11 de diciembre de 2001 (recurso 1817/2001), en la que señaló que, en caso de despido del trabajador durante el tiempo en que está disfrutando de jornada reducida por cuidado de hijos o familiares, la indemnización que proceda deberá calcularse sobre el salario que el trabajador o trabajadora percibía antes de iniciar la reducción de su jornada. Ésta es la

solución que acoge, ahora expresamente, la LOIMH en su DA Undécima.21, en la que se dispone que en estos supuestos de reducción de jornada, “el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción”.

Un tercer tema en el que convergen doctrina judicial y Ley es el relativo al durante mucho tiempo polémico tema de la coordinación entre el disfrute de las vacaciones y bajas vinculadas con la maternidad. 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. No obstante, la STJCE de 18 de marzo de 2004 (Asunto Merino) sentó una solución distinta, al afirmar 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. Dicha doctrina, acogida primero por el Tribunal Supremo en su STS de 10 de noviembre de 2005 (recurso 4291/04) y luego por el Tribunal Constitucional en su STC 324/2006, ha quedado incorporada definitivamente a la Ley a través de la LOIMH, que contempla el derecho de disfrutar las vacaciones después de una baja por maternidad o por incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural, aunque haya terminado el año natural al que corresponden las vacaciones (artículo 38.3 ET).

Un cuarto terreno para las identidades puede hallarse en la línea interpretativa: especialmente polémica ha resultado la cuestión de cómo afecta al cálculo de la cuantía de las prestaciones de la Seguridad Social el hecho de que en el período inmediatamente anterior al despido o a la extinción de contrato el trabajador o trabajadora haya disfrutado de una reducción de jornada por guarda legal conforme al artículo 37.5 ET. La solución otorgada por el TS en este punto había sido la de valorar exclusivamente las bases de cotización correspondientes al momento inmediatamente anterior a la solicitud de la prestación y no las existentes con anterioridad a la reducción de la jornada (SSTS de 2 de noviembre de 2004, recurso 5013/2003; 4 de enero de 2004, recurso 3108/2003; 23 de noviembre de 2004, recurso 166/2004; 21 de febrero de 2005, recurso 420/2004, y 14 de marzo de 2005, recurso 257/2004). Pero esta interpretación fue rectificada posteriormente por el artículo 211.1 LGSS y ahora se confirma por la nueva redacción que se otorga por la LOIMH al artículo 211.5 LGSS. Igualmente, el citado precepto viene a resolver la duda relativa a la posibilidad de aplicar idéntico criterio cuando el beneficiario preste sus servicios en jornada a tiempo parcial. En este sentido, el legislador ha equiparado el trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial, favoreciendo, sin duda, la efectividad de la perseguida conciliación de la vida familiar y laboral, en solución que ya venía siendo afirmada por la doctrina de suplicación.

El artículo 9 LOIMH, en línea con la doctrina plenamente consolidada de nuestro Tribunal Constitucional (la primera sentencia que tuvo que pronunciarse sobre el asunto fue la STC 7/1993, si bien la que incorpora por vez primera dicha expresión es la de STC 14/1993, continuándose en las SSTC 54/1995, 140/1999, 168/1999, 191/1999, 101/2000, 196, 197 y 199/2000, 198/2001 o, en fin, con ciertas particularidades, en la STC 5/2003, alcanzando hasta las SSTC 16/2006, 44/2006 y 65/2006), ha otorgado carta de naturaleza normativa a la garantía de indemnidad frente a represalias basadas en el sexo de la persona. La nueva norma incorpora la citada garantía en línea con lo ya establecido por las Directivas 90/80 y 2006/54, que encomiendan a los Estados miembros el establecimiento de medidas legales destinadas a proteger a los trabajadores frente a actuaciones discriminatorias con las que los empresarios reaccionen frente a reclamaciones judiciales (cualquiera que sea la naturaleza del órgano judicial: STJCE de 5 de febrero de 2004, caso Schneider) o no, en demanda del cumplimiento del principio de igualdad de trato (artículo 7). La STJCE de 22 de septiembre de 1998, caso Coote, declaró la obligación de los Estados miembros de otorgar protección jurisdiccional al trabajador frente al empresario que, como represalia por haber reclamado judicialmente la aplicación de la Directiva 76/207/CE, se negó a proporcionar referencias del mismo.

Dentro de la Ley de Procedimiento Laboral, y en línea con las exigencias de la Directiva 2002/73/CE, se establece la compatibilidad, que ya habían reconocido los Tribunales, entre la sanción de nulidad de la decisión discriminatoria y la indemnización de los perjuicios derivados de la lesión de derechos fundamentales (artículos 27.2, 180.1 y 181 Ley de Procedimiento Laboral). La LOIMH admite expresamente la compatibilidad entre la indemnización por extinción o modificación del contrato y la que corresponda por lesión de derechos fundamentales, por haber sufrido discriminación o por acoso, la conclusión legal tiene como claro telón de fondo la STS de 17 de mayo de 2006 (recurso 4372/2004), que sí admite la compatibilidad entre indemnizaciones. Además, se permite expresamente la acumulación de este tipo de acciones con las de despido.

La LOIMH ha previsto expresamente la compatibilidad entre la indemnización por extinción o modificación del contrato de trabajo y la indemnización por el daño derivado de la lesión de un derecho fundamental. La DA decimotercera ha añadido un nuevo párrafo al artículo 27.2 LPL. Con la actual redacción, el artículo 27.2 LPL –después de declarar la prohibición de acumular a otras la acción por tutela de derechos fundamentales– señala: “Lo anterior se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar, en los anteriores juicios, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales conforme a los artículos 180 y 181 de esta Ley”. Igualmente, se modifica el artículo 180 LPL, de manera que si el juez estima la demanda y aprecia la vulneración de un derecho fundamental, ordenará la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera, que “será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.” El legislador expresamente reconoce la compatibilidad entre la reparación del daño derivado de la lesión de un derecho fundamental con la indemnización que pudiera corresponder por la modificación o extinción del contrato de acuerdo con lo establecido en el ET.

Los anteriores datos parecen indicar que las relaciones entre Ley y jurisprudencia pueden iniciar una nueva andadura. ¿Vano espejismo o nueva realidad? El tiempo habrá de juzgarlo.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Julio Verne, la Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial derivada de subcontratación establecido en el artículo 42.1 ET

MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

Magistrada del TSJ de Madrid

Resumen

Julio Verne, la Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial derivada de subcontratación establecido en el artículo 42.1 ET

Desde que entró en vigor el Estatuto de los Trabajadores en el año 1980 ha existido polémica sobre la interpretación del régimen de responsabilidad solidaria entre empresa principal, contratista y subcontratista establecido en su artículo 42, tanto en lo relativo al propio alcance de esa responsabilidad, como en lo referente al sistema de exención de responsabilidad que contempla ese precepto. El presente artículo aborda este último problema y busca una solución a partir de una óptica que

pretende no estar contaminada por ninguna decisión jurisprudencial ni postura doctrinal. El camino lleva así, necesariamente, a las fuentes de la regulación del artículo 42 ET, a la indagación de los debates parlamentarios desarrollados a lo largo de los tres momentos legislativos que han desembocado en la actual configuración normativa de ese precepto: su texto original en la Ley 8/1980 y las dos reformas del mismo acometidas en las Leyes 12/2001 y 43/2006.

Abstract

Julio Verne, the law 43/2006 and the budget for the exemption of managerial responsibility derived of subcontracting established in the article 42.1 of the statute of the workers

Since the Statute of the Workers took effect in the year 1980 polemic has existed on

the interpretation of the regime of solidary responsibility among main company,

contractor and subcontractor settled down in its article 42, so much in the matter of the proper grasp of that responsibility, as regarding the system of exemption of responsibility that contemplates that precept. The present article approaches this last problem and it looks for a solution starting from an optics that seeks not to be contaminated by any jurisprudential decision neither doctrinal

posture. The road takes this way, necessarily, to the sources of the regulation of the article 42 ET, to the inquiry of the parliamentary debates developed along the three legislative moments that have ended in the current normative configuration of that precept: its original text in the Law 8/80 and the two reformations of it that took place in the Laws 12/01 and 43/06.

Sumario:

I. Introducción. II. Remontando la corriente legislativa. A) Un pseudoantecedente en la regulación de la responsabilidad empresarial por subcontratación. B) Antecedentes verdaderos en la regulación de la responsabilidad empresarial por subcontratación.

a) El Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre. b) La Ley 16/1976, de Relaciones Laborales. **III. La redacción originaria del artículo 42 ET en la Ley 8/1980, de**

8 de marzo. A) El debate parlamentario. a) El proyecto de ley del Estatuto de los Trabajadores. b) Enmiendas en el Congreso. c) La aprobación del proyecto de la ley del Estatuto de los Trabajadores por el Congreso de los Diputados. d) El trámite ante el Senado. B) Interpretación sobre la regulación originaria de los apartados 1 y 2 del artículo 42 ET en la primitiva regulación de la Ley 8/1980. **IV. La reforma del artículo 42 ET a través del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, y la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.** A) El debate parlamentario. a) Convalidación del Real

Decreto-Ley 5/2001 y presentación del Proyecto de ley de convalidación. b) Enmiendas en el Congreso. c) Informe de la Ponencia sobre el Proyecto de Ley. d) Decisión sobre las enmiendas en el Congreso. e) Tramitación ante el Senado. f) Aprobación definitiva por el Congreso. B) Interpretación de las reformas operadas en los apartados 1 y 2 del artículo 42 ET a través de la Ley 12/2001. **V. La reforma del artículo 42 ET a través del**

La Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial

Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. A) Debate parlamentario. B) Interpretación del alcance de la Ley 43/2006 en la regulación de los apartados 1 y 2 del artículo 42 ET.

VI. Un paso adelante. A) Un precedente en la regulación reglamentaria del sistema de exención de responsabilidad empresarial en materia de seguridad social. B) Paso final.

I. INTRODUCCIÓN

A punto de entrar en vigor la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, constatamos que su artículo 7.2 viene a establecer un nuevo supuesto de responsabilidad empresarial –solidaria– respecto de obligaciones laborales y de seguridad social en determinados casos de subcontratación en el citado ámbito productivo. Saludemos toda iniciativa legislativa cuyo propósito sea la efectiva mejora de la seguridad laboral, y esperemos que la aplicación de ese precepto no encuentre las dificultades que ha sufrido la de los apartados 1 y 2 del artículo 42 ET, cuyas reglas siguen presentando hoy en día unas interpretaciones tan dispares que se hace difícil comprender cómo las dos recientes reformas legislativas que han afectado a la subcontratación laboral –Leyes 32/2006 y 43/2006– han dejado pasar otras tantas oportunidades para clarificar aquellos preceptos.

Se puede decir que la delimitación del ámbito de la responsabilidad empresarial derivada de la descentralización productiva a través del sistema de contrata y subcontratas encuentra sus principales dificultades en estas causas:

1. Su deficiente regulación.

A) Por la pluralidad de normas que abordan esta materia, cada una desde una óptica que parte de sus propios presupuestos (situaciones que dan lugar al nacimiento de la responsabilidad, clase de responsabilidad, período de duración de la misma, etc.)

**LA LEY DE LA
SUBCONTRATACIÓN EN EL
SECTOR
DE LA CONSTRUCCIÓN
ESTABLECE UN NUEVO
SUPUESTO
DE RESPONSABILIDAD
EMPRESARIAL
SOLIDARIA RESPECTO
DE LAS OBLIGACIONES
LABORALES Y
DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Junto al citado artículo 42 ET y Ley 32/2006¹ se ocupan del tema el artículo 104.1 LGSS² y el artículo 127.1 LGSS³, debiendo considerar también la normativa sobre recaudación de recursos del sistema de la Seguridad Social, integrada por su Reglamento General⁴ y la OM 1562/2005, de 25 de mayo, que lo desarrolla.

B) La falta de rigor en la regulación.

Los apartados 1 y 2 del artículo 42 ET han despertado desde su origen un semillero de dudas. Éstas comienzan por tener que averiguar si ambos apartados deben ser objeto de lectura conjunta –por referirse a una única obligación empresarial– o independiente –por establecer cada uno de ellos una obligación autónoma– y pasan por otros muchos aspectos, que incluso han dado pie a algún recurso de amparo, como el resuelto por auto del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2005, en referencia a los límites de la responsabilidad empresarial de quien contrata la ejecución de su propia vivienda, cuya cuestión de fondo no fue resuelta por considerarse tema de legalidad ordinaria.

2. La jurisprudencia no ha compensado suficientemente el déficit del ordenamiento jurídico, ya que:

A) No ha llevado a cabo una interpretación profunda del conjunto de todos los citados preceptos en juego.

B) En ocasiones han sido contradictorios los pronunciamientos de las Salas Tercera y Cuarta, y los de esta última no han dado respuesta explícita a cuantas cuestiones suscitan los apartados 1 y 2 del artículo 42 ET.

Dentro de la Sala Tercera del Tribunal Supremo la Sentencia de 28 de octubre de 1996 –RJ 7714– se abona a la tesis de que la empresa principal tiene el deber de comprobar que el contratista se halla al corriente respecto de las obligaciones previas a la contrata, siendo ese deber de aseguramiento único y anterior a la suscripción de ésta, de forma que, dán-

(1) Ley 32/2006, de 18 de octubre (BOE del 19), reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción en vigor desde 20 de abril de 2004, según su Disposición Adicional Tercera.

(2) Artículo 104 LGSS (redacción dada por el artículo 12 Ley 52/2003): “El empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad.

Responderán, asimismo, solidaria, subsidiariamente o *mortis causa* las personas o entidades sin personalidad a que se refieren los artículos 15 y 127.1 y 2 de esta ley”.

(3) Artículo 127.1 LGSS: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviere contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente”.

(4) Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (BOE del 25), por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

La Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial

dose ese presupuesto, la exoneración se referiría a las obligaciones previas a la contrata⁵. Por el contrario, las Sentencias de fechas 12 de julio de 1994 (RJ 5610), 30 de julio de 1996 (RJ 6364), 4 de marzo de 1997 (RJ 1862) y 20 de junio de 1997 (RJ 5302) –las cuatro referidas a las mismas empresas afectadas por un proceso de subcontratación⁶– se adscriben a la tesis del deber por parte de la empresa principal de comprobar que el contratista se halla al corriente respecto de las obligaciones surgidas con anterioridad a la contrata, alcanzando en ese caso la exoneración a todas las obligaciones surgidas a lo largo de la misma, si la respuesta por parte de la Administración fuera la misma que en el caso anterior.

Por su parte la Sentencia de la Sala Cuarta de 19 de mayo de 1998 (RJ 4730)⁷ sostuvo una doctrina a la que luego han remitido las Sentencias de 14 de febrero de 2000 (RJ 2036)

(5) STS (3^a) de 28 de octubre de 1996: “Y, en definitiva, resulta claro que la virtualidad exoneradora de la certificación negativa por descubierto en la entidad gestora o del transcurso del plazo de treinta días, que establece el apartado 1 del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, se refiere a la responsabilidad por las cantidades que pudieran adeudarse a la Seguridad Social con anterioridad a la adjudicación de la subcontrata, únicas de las que se podía certificar, no a la responsabilidad exigible precisamente por cotizaciones no satisfechas a la Seguridad Social por el subcontratista como consecuencia de las obras subcontratadas, a las que se refiere el apartado 2 del mismo precepto del Estatuto”.

(6) STS (3^a) de 12 de julio de 1994: “Dejando al margen la inexistencia de subcontratación –que como queda dicho no es necesaria para la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 ET– entendemos que la sentencia apelada es conforme a Derecho, al concurrir en el caso todos los requisitos que, para la responsabilidad solidaria respecto de las cuotas de la Seguridad Social establece el artículo 42 ET. La insistencia de la apelante en que examinemos sus alegaciones de instancia lleva a afirmar que el relato de hechos probados de la sentencia laboral firme de 30 de julio de 1983 anteriormente citada trasciende, sin duda, el ámbito estrictamente salarial y el principio tuitivo de los trabajadores que, interesadamente, se le pretende atribuir como inspiración en la demanda. Dicho relato, así como el juego típico de instrumentos notariales de la misma fecha que atestiguan la personificación meramente formal de ‘Transportes Herencia’, constituye, por contra, sobrado fundamento para fundamentar las actas y la responsabilidad solidaria declarada en ellas. Sin ser necesario plantear ahora la hipótesis de una posible subsunción de los hechos en el artículo 43 ET –de consecuencias, en definitiva, equivalentes respecto de la solidaridad y validez de las actas de la Inspección– nos basta para confirmar el fallo de instancia, en una valoración conjunta de los distintos elementos de prueba y de las alegaciones de las partes: a) Declarar probado que ‘Portland Iberia SA’ – como empresario principal– encomendó a ‘Transportes Herencia, SA’ –contratista secundario– la realización de transportes de cemento para el desarrollo de su actividad, claramente subsumibles en el artículo 42.1 ET y no comprendidos en sus excepciones; b) Que ‘Portland Iberia, SA’ no comprobó si el contratista secundario estaba o no al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social, obligación legal que, por cierto, basta para rechazar de plano las quejas sobre indefensión planteadas en la demanda y c) Que, en consecuencia, ‘Portland Iberia, SA’ ha sido correctamente obligada –ex artículo 42.2 ET– a pagar las cuotas por los trabajadores y períodos establecidos en las Actas, de las que es responsable solidario”.

(7) STS de 19 de mayo de 1998: “Concretando el ámbito de esa responsabilidad el precepto, en el primer párrafo, nos habla de la obligación del contratista principal a comprobar que la persona o entidad con la que se contrató está al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. El artículo determina en concreto cuál es la forma del cumplimiento de este deber de diligencia, con el que se persigue la protección del trabajador y se compele a quien aspire a la contrata al cumplimiento de sus obligaciones en relación con la cobertura que proporciona la Seguridad Social a sus trabajadores, y determina en qué momento se exonera de su responsabilidad con relación a esas cuotas, que están referidas indudablemente a período anterior a la contrata ya que tiene que comprobar que está al corriente en el pago de cuotas. No se refiere pues a ninguna prestación, de un beneficiario a cargo de la Seguridad Social.

El párrafo segundo está enlazado con el primero pues tiene la referencia ‘al plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social’ y ello nos resalta que aunque su ámbito temporal sea el de la realización de la contrata, o subcontrata en los términos del párrafo, y durante el año siguiente a la terminación del encargo, el ámbito de responsabilidad solidaria únicamente está referida a las obligaciones de naturaleza salarial, de la que se habla por primera vez en el artículo, y de las deudas referidas a la Seguridad Social, durante la vigencia de la contrata, con el límite referido a lo que correspondería si se hubiera tratado de personal fijo de su plantilla.

Hay que resaltar, en relación con estas deudas, que las mismas inicialmente están referidas a las cuotas, como ocurre en el párrafo primero y por el enlace entre las dos partes del artículo del que hicimos mención. El precepto está enumerando obligaciones referidas a la Seguridad Social, entendida como Ente gestor de prestaciones, y que únicamente pueden referirse a esas cuotas o a prestaciones anticipadas por la Seguridad Social, –y ello se admite aquí a efectos dialécticos–, prestaciones nacidas precisamente de estos descubiertos, pues el precepto en esta materia de Seguridad Social no se refiere a deudas con el trabajador, sino a obligaciones con la Seguridad Social, que como veremos son subsidiarias cuando se trata de las prestaciones del sistema”.

y 22 de diciembre de 2000 (RJ 2001/1873), las cuales no acaban de resolver todos los claroscuros del artículo 42 ET en lo referente al presupuesto para la exoneración de responsabilidad empresarial en caso de subcontratación, quizá porque no abordan específicamente ese problema, sino que se refieren a si dentro de esa responsabilidad solidaria cabe o no incluir las mejoras de seguridad social.

Por ello, con el ánimo de hacer una pequeña contribución a la interpretación de las normas sobre exención de responsabilidad empresarial en casos de subcontratación laboral, se escribe este comentario, partiendo de la convicción de que para que ese propósito llegue a buen puerto hay que remontarse al origen del ET. Hablo de llegar a buen puerto en varios sentidos; por supuesto, en el de fijar unas conclusiones razonablemente aceptables, pero también en el de plantear un viaje tan largo y sugestivo como el que su día imaginara Julio VERNE al escribir “Veinte mil leguas de viaje submarino”.

Como en esta novela, nuestro viaje es submarino porque hay que navegar exclusivamente por las aguas profundas del artículo 42 ET; esto es, sin apoyo alguno en las construcciones doctrinales referidas a la figura que nos ocupa, de modo que la falta de cita de las mismas no responde en absoluto a la más mínima falta de consideración hacia ellas, sino al simple propósito de embarcar sin estar influenciada por ninguna idea preconcebida, propósito cuya consecución requiere que nuestra aguja de marear se reduzca sólo a los debates parlamentarios sostenidos en torno al precepto de referencia en el momento de su redacción inicial en el año 1979, sus posteriores reformas legales de los años 2001 y 2006 y las disposiciones legales a las que se hicieron mención en esos debates. Y es un viaje de 20.000 leguas porque, dada la velocidad con la que hoy en día se ensancha nuestro ordenamiento jurídico, un retroceso legislativo de casi treinta años supone cruzar en el tiempo una distancia similar a la que en su día tuvo que recorrer en el espacio el capitán Nemo.

II. REMONTANDO LA CORRIENTE LEGISLATIVA

A) Un pseudoantecedente en la regulación de la responsabilidad empresarial por subcontratación

Entre los años 1954 y 1971 fue implantado en diversos sectores industriales de nuestro país el denominado “carné de empresa con responsabilidad”. Para hacernos idea de su regulación bastará leer la primera de las normas que exigió este carné para el ejercicio de la actividad industrial de la construcción, el Decreto de 26 de noviembre de 1954 (BBOOE de 19 y 20 de diciembre)⁸.

(8) Decreto de 26 de noviembre de 1954 (Ministerio del Ejército), CONSTRUCCIÓN. Carné de empresa con responsabilidad (BBOOE de 19 y 20 de diciembre de 1954):

“Artículo 1º. Se autoriza a la Delegación Nacional de Sindicatos para establecer el ‘Carné de Empresa con Responsabilidad’, que será indispensable para el ejercicio de la actividad industrial de la construcción. A tal efecto, toda empresa que pretenda constituirse deberá proveerse del citado carné antes de iniciar la referida actividad industrial.

La Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial

Si nos detenemos a buscar el sentido del conjunto de la regulación de esta norma reglamentaria se aprecia: A) un mandato expresado a través de una regla general; B) varias excepciones a ese mandato; C) un propósito finalista en las reglas anteriores.

El mandato es obvio: el deber de obtener el carné de referencia es condición imprescindible para el desarrollo de la actividad industrial de la construcción.

Cuatro son las excepciones a este mandato –contenidas en el artículo 4–, y la posible justificación de cada una de ellas responde a razones muy diversas. La primera (que se refiere al Estado, la Provincia, el Municipio y los Organismos de ellos dependientes cuando realicen obras por razones de su propia administración) responde, entre otras consideraciones, a la tradicional (e ingenua) idea de las Administraciones como sujetos capaces de gestionar responsablemente los recursos pú-

**EL DEBER DE OBTENER
EL CARNÉ DE EMPRESA
CON RESPONSABILIDAD
ES CONDICIÓN
IMPRESINDIBLE
PARA EL DESARROLLO DE
LA ACTIVIDAD
DE LA CONSTRUCCIÓN**

Artículo 2º. La falta del carné a que se refiere el artículo anterior no permitirá la adjudicación de obras por contrata del Estado, Provincia y Municipios, Organismos dependientes de los mismos, ni de los particulares, sin más excepciones que las contenidas en los apartados c) y d) del artículo cuatro.

Artículo 3º. La concesión de referido carné quedará, en todo caso, condicionada a lo siguiente:

1º. Será esencial y absolutamente gratuita, si bien podrá exigirse el abono del coste material del mismo.

2º. Su número en ningún caso será limitado.

3º. No podrá ser negado a quien se inicie en el ejercicio de la actividad industrial de la construcción si ante la Organización Sindical demuestra tener capacidad económica o de crédito suficiente para ello. Podrá, asimismo, otorgarse a quien, carente de medios económicos, posea, a juicio de la Organización Sindical, acreditada conducta moral y social.

Contra la negativa de su concesión podrá ejercitarse, en el plazo de cinco días, recurso ante la Dirección General de Trabajo.

Artículo 4º. No necesitan proveerse del referido carné:

a) El Estado, la Provincia o el Municipio y los Organismos de ellos dependientes, cuando realicen obras por Administración. Sin embargo, será exigido a los destajistas, subdestajistas y cualesquiera otras personas o entidades de naturaleza análoga.

b) Las empresas industriales o agrícolas de cualquier clase, de naturaleza distinta de la construcción que por administración realicen obras necesarias para sus propias actividades o para edificación de viviendas para sus trabajadores, con la misma limitación que la establecida en el apartado anterior.

c) Los trabajadores de los oficios de la construcción con más de seis años de antigüedad en la misma que trabajen personalmente y no utilicen más que dos trabajadores.

Artículo 5º. El incumplimiento de este Decreto por parte de las empresas será sancionado por las Delegaciones Provinciales de Trabajo por el procedimiento establecido en el artículo 67 del Reglamento de 21 de diciembre de 1943. Asimismo podrán dichos Delegados, por iniciativa propia o a instancia de la Inspección Nacional de Trabajo, proponer al Ministerio de Trabajo disponga la paralización de las obras que se realicen por constructores que carezcan del 'Carné de Empresa con Responsabilidad', ajustándose al procedimiento que establece el artículo 69 del propio Reglamento.

Artículo 6º. Quedan autorizados la Secretaría General del Movimiento y los Ministerios afectados para dictar las disposiciones que fueran precisas para la ejecución de lo establecido en el presente Decreto.

Disposición Transitoria.–Las empresas de la construcción actualmente constituidas deberán solicitar en el plazo de tres meses la concesión del carné que por el presente Decreto se establece, lo que bastará para continuar sus actividades hasta su concesión definitiva, y en caso de serles denegado podrán ejercitar el recurso señalado en el artículo tercero.”

blicos que se les asignan, de forma que, desechado el temor a la eventual insuficiencia —por defectuosa gestión— de esos recursos, tampoco lo habrá para dudar de la capacidad económica de estas personas públicas para hacer frente a sus deudas; coherentemente, no es preciso sistema alguno que garantice la solvencia como empresarios de esas Administraciones. La segunda excepción (empresas de naturaleza distinta a la de la construcción que realicen las obras necesarias para sus propias actividades o para edificación de viviendas para sus trabajadores) apunta a empresas instaladas en zonas aisladas y a las infraestructuras precisas para su actividad; se trata de un supuesto de condiciones de trabajo hoy en día inusual, pero relativamente frecuente en el pasado, cuya huella podemos encontrar en los restos de conjuntos urbanísticos integrados por fábricas y casas de las personas que en ellas trabajaban sin prácticamente hacer vida fuera de ese recinto industrial (para facilitar las cosas, basta recordar la película “Novecento”). La tercera excepción (trabajadores de la construcción de cierta antigüedad que participan personalmente en su industria y no cuentan con más de dos trabajadores a su servicio) va claramente dirigida a beneficiar al pequeño empresario no organizado en forma de sociedad capitalista. La explicación de la cuarta excepción (pequeñas empresas que trabajan en localidades rurales) se aproxima a la de la anterior. Todas ellas tienen en común el haber sido establecidas en función de rasgos conectados con las características propiamente industriales de la empresa.

La finalidad del deber de obtención del carné de empresa con responsabilidad se adivina en función de la regulación del artículo 3, apartado 3º, del Decreto de 26 de noviembre de 1954, el cual se divide en dos incisos. El primero acuerda que el carné de empresa responsable “No podrá ser negado a quien se inicie en el ejercicio de la actividad industrial de la construcción si ante la Organización Sindical demuestra tener capacidad económica o de crédito suficiente para ello”. Hasta aquí todo bien; la norma deja entrever que su finalidad es impedir la constitución de sociedades carentes de los recursos precisos —o de la posibilidad de obtenerlos por la vía del préstamo— para desarrollar su actividad productiva. Pero, si realmente ésta fuera la única o principal finalidad de la regulación del carné de empresa con responsabilidad, ¿cómo casa con el inciso final del apartado de referencia, a tenor del cual dicho carné “Podrá, asimismo, otorgarse a quien, carente de medios económicos, posea, a juicio de la Organización Sindical, acreditada conducta moral y social”?⁹

(9) Esta previsión se repite en el artículo 3.3.b) del Decreto 3012/1972 (BOE de 7 de noviembre), sobre carné de empresa con responsabilidad para actividades de producción y comercio de carbón y leñas.

Por su parte el artículo 2.c) de la OM de 21 de noviembre de 1959 (BBOOE de 16 y 18 de enero de 1960), sobre carné de empresa con responsabilidad en empresas de teatro, circo y variedades, acuerda que su concesión “No podrá ser negado a los que inicien el ejercicio de las actividades de empresario de teatro, circo o variedades si demuestran, ante el Sindicato Nacional del espectáculo, tener capacidad económica o crédito suficiente para ello, así como las debidas condiciones de solvencia moral y social”.

En igual sentido el artículo único de la OM de 22 de enero de 1960 (BOE de 12 de septiembre), al dar nueva redacción al artículo 31 de la Reglamentación nacional de trabajo de la industria cinematográfica, dispuso que dicho artículo 31, apartado e).1ª, tuviese el siguiente contenido: “Su expedición competará al Sindicato Nacional del Espectáculo, quien lo hará gratuitamente (salvo el abono del costo material del mismo), sin limitación en cuanto al número y sin posibilidad de denegarlo a los que demuestren ante dicho Organismo tener capacidad económica o crédito suficiente, así como las debidas condiciones de solvencia moral y social para el ejercicio de la industria en cuestión, pudiendo alzarse contra la negativa a su concesión en el plazo de cinco días ante la Dirección General de Trabajo, que resolverá inapelablemente”.

La Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial

La respuesta a esta pregunta, a mi entender, es que la posibilidad de obtener el carné de referencia mezclaba ingredientes de protección de los acreedores sociales de la empresa —entre ellos los trabajadores— con mecanismos de control político. Y eso es así porque la entonces vigente Organización Sindical ejercía en el mundo del trabajo un mecanismo de control en favor del sistema político de esos que a lo largo de la historia mantienen todos los regímenes autoritarios de uno u otro signo (y, desgraciadamente, en muchos casos, no sólo ese tipo de sistemas), el cual consiste en propiciar que las personas, empresas e instituciones afines al partido instalado en el Poder gocen de unos privilegios de los que carecen los demás. Así se entiende que el carné de empresa con responsabilidad pudiera concederse a quien, aunque careciese de medios económicos, poseyera a juicio de la Organización Sindical acreditada conducta moral y social.

Esta interpretación de que en el Decreto de 26 de noviembre de 1954 existía una parcela de control político de las empresas afectadas por la exigencia de proveerse de carné acreditativo de su responsabilidad, como presupuesto para el ejercicio de una actividad industrial, se refuerza a la luz de las siguientes características:

1ª. La autoridad gubernativa que propuso la aprobación de la indicada norma reglamentaria y las razones con las que fue justificada: el Ministerio del Ejército, sin previa Exposición de Motivos ni justificación alguna.

2ª. La autoridad a la que se confía el control del carné de empresa con responsabilidad: la Delegación Nacional de Sindicatos.

3ª. El desarrollo de la norma, que se encomienda a la Secretaría General del Movimiento y “los Ministerios afectados”.

4ª. La justificación de la derogación de esta norma reglamentaria llevada a cabo por el Decreto 358/1978, de 17 de febrero, en razón a que, instaurado en el año 1977 un régimen de libertad sindical¹⁰, “es procedente la revisión de aquellos aspectos de la legalidad cuyo contenido venía vinculado a la existencia del anterior sistema sindical”, entre ellos la exigencia del carné de empresa con responsabilidad, en cuanto su otorgamiento estaba atribuido a la Organización Sindical que desaparecía. Esta explicación lleva a pensar que la desaparición de la Organización Sindical no tenía que haber supuesto la supresión del carné de empresa con responsabilidad si la finalidad preferente del mismo hubiera consistido en garantizar la solvencia de las empresas; para cumplir ese objetivo hubiera bastado con mantener el carné, si bien atribuyendo a otro Organismo técnico de carácter

A su vez el artículo 2.c) de la OM de 11 de marzo de 1963 (BBOOE de 16 y 18 de marzo), sobre necesidad del carné de empresa con responsabilidad en industria manual del esparto, acuerda que la concesión del referido carné “No podrá ser negada a quien se inicie en el ejercicio de las referidas actividades industriales si ante la Organización Sindical demuestra tener capacidad económica o de crédito suficiente para ello. Podrá asimismo otorgarse a quien carente de medios económicos posea a juicio de la Organización Sindical acreditada conducta moral y social”.

(10) Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, y Real Decreto-Ley 31/1977, de 2 de junio, sobre extinción de la sindicación obligatoria, reforma de estructuras sindicales y reconversión del organismo autónomo Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales.

independiente las facultades con que hasta entonces contaba la Organización Sindical que desaparecía.

En todo caso, lo que parece fuera de duda es que el establecimiento del carné de empresa con responsabilidad no guarda relación alguna con la subcontratación laboral. Ese propósito ni remotamente puede apreciarse en ninguna de las 22 disposiciones que regularon tal carné¹¹. Basta detenerse en el título de tales normas para comprobar la inexistente

(11) Decreto de 26 de noviembre de 1954, por el que se autoriza a la Delegación Nacional de Sindicatos para establecer el carné de empresa con responsabilidad en la actividad industrial de la construcción y obras públicas.

Decreto 1031/1960, de 2 de junio, por el que se establece el carné de empresa con responsabilidad para la actividad de derivados del cemento.

Decreto 3278/1968, de 26 de diciembre, por el que se establece el carné de empresa con responsabilidad para la actividad profesional de fotógrafo industrial.

Decreto 1880/1971, de 23 de julio, sobre carné de empresa con responsabilidad para las actividades de industria y comercio de madera y corcho.

Decreto 3012/1972, de 18 de agosto, por el que se establece el carné de empresa con responsabilidad para las actividades de producción de carbones vegetales y leñas, contratas de calor y de vapor para industrias y comercio de carbones minerales, vegetales y leñas.

Decreto 3067/1972, de 18 de agosto, por el que se establece el carné de empresa con responsabilidad para la actividad de peluquería de caballeros.

Decreto 3068/1972, de 18 de agosto, por el que se establece el carné de empresa responsable para la actividad de protésicos dentales.

Decreto 2956/1972, de 19 de octubre, por el que se establece el carné de empresa responsable para las empresas dedicadas a la fabricación, instalación y reparación de máquinas o equipos para la producción de frío y climatización.

Decreto 3070/1972, de 26 de octubre, por el que se establece el carné de empresa responsable para las actividades de carpintería metálica y cerrajería de la construcción.

Decreto 529/1973, de 22 de marzo, por el que se establece la exigencia del carné de empresa responsable para la actividad de fotogrametría.

Decreto 790/1975, de 10 de abril, sobre carné de empresa con responsabilidad en la actividad de fotografía industrial.

Decreto 2992/1975, de 7 de noviembre, por el que se establece el carné de empresa responsable para las actividades de manufactura y comercio de vidrio plano, manufactura de vidrio soplete y fabricación de rejas y ladrillos.

Orden Ministerial de 29 de marzo de 1956 que desarrolla el Decreto de 26 de noviembre de 1954.

Orden Ministerial de 21 de noviembre de 1959 por la que se establece el carné de empresa responsable para las actividades de teatro, circo y variedades.

Orden Ministerial de 22 de enero de 1960 por la que se establece el carné de empresa responsable para la industria cinematográfica.

Orden Ministerial de 20 de diciembre de 1960 por la que se desarrolla el Decreto 1031/1960, de 2 de junio.

Orden Ministerial de 11 de marzo de 1963 por la que se establece el carné de empresa responsable en la industria del herrado de ganado.

Orden Ministerial de 11 de marzo de 1963 por la que se establece el carné de empresa con responsabilidad en la industria manual de esparto.

Orden Ministerial de 2 de abril de 1963 por la que se establece el carné de empresa con responsabilidad para la actividad de peluquería de señoras.

posibilidad de subcontratación laboral en gran parte de los sectores empresariales donde se exigía el repetido carné. Éste es, por ejemplo, el caso de las empresas de peluquería de caballeros, peluquería de señoras, industria del herrado de ganado –referida en exclusiva a herreros rurales–, industria manual del esparto y, particularmente, empresas de fotografía; la subcontratación en estas últimas difícilmente era posible por el vínculo personal que debía existir entre el titular de la empresa y la persona que materialmente la atendía, hasta el punto de que estaba admitida la posibilidad de que el carné se extendiera a los hijos y descendientes hasta segundo grado de los fotógrafos profesionales.

B) Antecedentes verdaderos en la regulación de la responsabilidad empresarial por subcontratación

a) El Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre

La comparación del Decreto 3677/1970¹² con la regulación del carné de empresa con responsabilidad muestra la vinculación de aquél con las medidas de protección de los trabajadores y su carácter de antecedente directo del artículo 42 ET. Aquella norma reglamentaria vino a reforzar las medidas contra la cesión de trabajadores, previamente regulada en el Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952¹³, y ordenó en su artículo 4 que “Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o trabajos correspondientes a su propia actividad deberán exigir a éstas que se hallen en posesión del Carné de Empresa con responsabilidad, en los supuestos en que esté legalmente previsto, y que los subcontratistas estén al corriente

**LAS EMPRESAS
QUE CONTRATEN O
SUBCONTRATEN CON
OTRAS LA REALIZACIÓN
DE OBRAS O TRABAJOS
CORRESPONDIENTES
A SU PROPIA ACTIVIDAD
DEBERÁN EXIGIR A ÉSTAS
QUE SE HALLEN
EN POSESIÓN
DEL CARNÉ DE EMPRESA
CON RESPONSABILIDAD**

Orden Ministerial de 29 de enero de 1964 que establece el carné de empresa responsable para las actividades de recuperadores de restos hundidos, desguazadores de buques y recuperadores de chatarra.

Orden Ministerial de 10 de abril de 1969 por la que se establece el carné de empresa responsable para las actividades de fontanería, instalaciones de saneamiento e instalaciones y reparaciones eléctricas.

Orden Ministerial de 21 de diciembre de 1970 por la que se establece el carné de empresa responsable para los fotógrafos profesionales.

(12) Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre (BBOOE 2 y 4 de enero de 1971), de Responsabilidades y sanciones por actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores.

(13) Artículo 1 del Decreto-ley de 15 de febrero de 1952 (BBOOE de 20 de febrero y 1 de marzo de 1952), sobre Responsabilidades por incumplimiento de leyes: “Las empresas, bien sean personas jurídicas o individuales que cedieren temporalmente todo o parte de su personal a otros empresarios, tanto si lo efectúan mediante el percibo de una compensación económica, o aun cuando fuese a título gratuito de servicios amistosos o de buena vecindad, estarán obligadas a cumplir rigurosamente con respecto a sus trabajadores, todas las obligaciones legalmente previstas en el orden laboral y en la esfera de la previsión social, abonándoles las retribuciones marcadas en los Reglamentos de trabajo aplicables, según las actividades a que se dediquen, y la función efectivamente desempeñada en cada instante. En el supuesto de que dichas empresas incumplieran los mencionados deberes, los empresarios que utilicen personal cedido por aquéllas responderán solidariamente de las obligaciones sociales exigibles, conforme a la regulación laboral y a las disposiciones reguladoras de la previsión social, sin que pueda alegarse de contrario la existencia de pacto o contrato exculpatorio”.

en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. En todo caso la Empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas por la subcontratista con sus trabajadores y con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la subcontrata”. El carácter técnico de la norma, por contraposición al preferentemente político del Decreto de 26 de noviembre de 1954, se evidencia en estos aspectos:

1º. La norma fue propuesta por el Ministerio de Trabajo, con expresa mención en su Exposición de Motivos de las diversas razones jurídicas que habían llevado a su aprobación, entre las cuales, aparte de la referencia a las peticiones de la Organización Sindical, se hace cita de los antecedentes del mencionado Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952 así como de “los criterios informadores de la Ley de Seguridad Social en materia de responsabilidad y su interpretación extensiva, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo”.

2º. La misma Exposición de Motivos precisa que su finalidad es regular las condiciones básicas a las que han de ajustarse las relaciones laborales y aplicar “los principios y orientaciones de dichas normas a situaciones no contempladas por el Decreto-Ley, pero que requieren igualmente la acción preventiva y sancionadora de la Administración”.

En suma, el Decreto 3677/1970 estableció por primera vez una serie de responsabilidades específicamente vinculadas al fenómeno de la descentralización productiva, que no existían en la regulación de las empresas con carné de responsabilidad. Por esta razón hay que considerar al Decreto 3677/1970 antecedente remoto de la regulación sobre responsabilidad empresarial en caso de subcontratación.

b) La Ley 16/1976, de Relaciones Laborales

El antecedente próximo es el artículo 19.2 de la Ley 16/1976¹⁴. Ese precepto –integrado dentro de una Sección, la sexta, que lleva por título “Garantías de estabilidad de la relación de trabajo”– hay que reproducirlo, pues, aunque sólo introdujo pequeñas variaciones (que se van a marcar con mayúsculas) respecto al texto del artículo 4 del Decreto 3677/1970, estas novedades tienen un indudable interés. El citado artículo 19.2 estableció: “Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o SERVICIOS correspondientes a su propia actividad, deberán exigir a éstas que se hallen en posesión del carné de empresa con responsabilidad en los supuestos en que esté legalmente previsto, y que los CONTRATISTAS Y subcontratistas estén al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. En todo caso, la empresa principal responderá solidariamente de las obligaciones contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la subcontrata”.

Hay varias notas a destacar en esta regulación. En su primer inciso la ley ordena a la empresa principal que verifique la situación de regularidad en la seguridad social de las empresas contratistas y subcontratistas con las que va a concertar una obra o servicio, y esta

(14) Ley 16/1976 de 8 de abril, (BBOOE de 20 y 21) de Relaciones laborales.

La Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial

orden es de interés por dos cosas: porque la equiparación en el encargo de obra y servicio es relevante en orden a definir el objeto de la contrata, y porque la obligación de comprobación se refiere tanto a empresas contratistas como subcontratistas. En el segundo inciso, en cambio, la ley sólo hace mención a la responsabilidad de la empresa principal con los subcontratistas, sin mencionar a los contratistas, aunque no puede pasar inadvertido que, frente al texto del Decreto 3677/1970 —que hablaba del subcontratista en singular—, el segundo inciso del artículo 19.2 pasó a hablar de los subcontratistas —en plural—, probablemente con la intención de englobar en ese plural al contratista y subcontratista.

Un último aspecto a resaltar de la Ley 16/1976: Su Disposición Final Primera procedió a derogar todas las normas que se opusieran a ella, sin que entre éstas pudiera entenderse incluida la normativa sobre carné de empresas con responsabilidad. Si así hubiera sido, no tendría sentido que después el Decreto 358/1978 hubiera tenido que declarar la pérdida de vigencia de aquella regulación sobre carné de empresas con responsabilidad, pues sería absurdo que una normativa que ya ha perdido su vigencia tuviera que derogarse. Se refuerza así la desvinculación entre la regulación de la subcontratación y el régimen de carné de empresas con responsabilidad.

En definitiva, el sistema de responsabilidad empresarial por subcontratación previsto en el artículo 42 ET tiene sus antecedentes en el artículo 4 del Decreto 3677/1970 y el artículo 19.2 de la Ley 16/1976. No obstante, este hecho no puede llevarnos a pensar que el régimen de responsabilidad actual sea similar al que aquellos preceptos establecían. Éstos señalaban con toda claridad que la responsabilidad solidaria entre empresa principal y contratista o subcontratista operaba EN TODOS LOS CASOS. Por el contrario, la actual regulación de los apartados 1 y 2 del artículo 42 ET dice algo notablemente distinto.

Llegados aquí, es cuando debemos intentar determinar si en nuestro vigente ordenamiento esa responsabilidad empresarial tiene o no carácter condicional, si el empresario principal cuenta con algún mecanismo real que le permita exonerarse, en todo o en parte, de la responsabilidad solidaria por deudas laborales y de seguridad social en caso de subcontratación. De admitir esa posibilidad de exoneración, habrá que concretar cómo y en qué momento debe llevarse a cabo, y así es como empieza el estudio de los debates parlamentarios que han llevado a la regulación actualmente contenida en el artículo 42 ET.

III. LA REDACCIÓN ORIGINARIA DEL ARTÍCULO 42 ET EN LA LEY 8/1980, DE 8 DE MARZO

A) El debate parlamentario

a) El proyecto de ley del Estatuto de los Trabajadores

Fue presentado por el Gobierno¹⁵ regulando el tema de la subcontratación en el artículo 40 con el siguiente texto:

(15) Boletín Oficial de las Cortes Generales de 4 de julio de 1979.

“Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios.

1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la entidad gestora, que deberá librar dicha certificación en el término de quince días. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda; así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.”

b) Enmiendas en el Congreso

El 23 de octubre de 1979 el Boletín Oficial de las Cortes Generales da cuenta del conjunto de enmiendas presentadas al articulado del ET. El total de ellas fue de 803, de las cuales 8 afectaban al artículo 40. Al título del precepto se refería la núm. 63 (Grupo Mixto), proponiendo su sustitución. A la totalidad del precepto, la núm. 40 (Grupo Socialista), proponiendo su traslado dentro del propio texto legal. Al apartado 1, la núm. 23 (Coalición Democrática), de sustitución parcial; la núm. 262 (Minoría Catalana), de sustitución total, y la núm. 528 (Grupo Comunista), de supresión parcial. Al apartado 2, la núm. 63 (Grupo Mixto), de sustitución parcial; la núm. 263 (Minoría Catalana), de supresión total, y la núm. 529 (Grupo Comunista), de supresión parcial.

No es fácil mucha precisión sobre el contenido de estas enmiendas, pues surge la dificultad de que en el período de debate de la que después llegaría a ser la Ley 8/1980 la Comisión de Trabajo del Congreso carecía de Diario de sesiones, por lo que sólo cabe la consulta de las actas de debate y alguna grabación. Sin embargo, el sentido de las enmiendas que presentan mayor interés para esclarecer qué fue lo regulado en 1980 en torno al alcance de la responsabilidad empresarial en materia de subcontratación y su exoneración queda notablemente aclarado con la información que se obtiene del debate del día 18 de diciembre de 1979, que pronto se va a comentar.

La Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial

Ciertamente, en la sesión del día 5 de noviembre de 1979 celebrada por la indicada Comisión de Trabajo para el estudio del proyecto de ley de Estatuto de los Trabajadores se acordó rechazar todas las enmiendas referidas al artículo 40, excepto la 341, cuya decisión se pospuso al final del debate. No obstante, en la sesión de esa misma Comisión del día 18 de diciembre de 1979 el Grupo Comunista anunció que pretendía sustituir las dos enmiendas que tenía formuladas (núms. 528 y 529) por otra transaccional. La forma en que se justificó esta enmienda es de particular interés, ya que, como veremos, fue la única que prosperó y, por tanto, nos da una idea lo más exacta posible de la intención del poder legislativo al regular la subcontratación laboral. Por esta razón transcribimos a continuación, de modo íntegro y literal, el texto del citado Boletín Oficial donde se reflejan los argumentos con los que se defendió esa denominada enmienda transaccional, con la advertencia de que la negrita es de la autora de este trabajo. Recoge dicho texto:

“Señor Presidente, Señorías, mi Grupo Parlamentario ha presentado al artículo 40, que se relaciona con la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios, dos enmiendas, concretamente a los párrafos primero y segundo.

El sentido de las enmiendas es de **precisar las garantías de los trabajadores afectados por la subcontratación.**

En efecto, si sus señorías leen con cierta minuciosidad el número 1 del artículo 40 observarán que si el empresario principal, después de pasados quince días, en el lapso de los cuales ha pedido a la entidad gestora que certifique si los trabajadores de la empresa en la cual van a prestar sus servicios no está dentro de la Seguridad Social, si pasados –repito– esos quince días esta entidad gestora no le contesta, evidentemente **quedará exonerado de cualquier responsabilidad.**

Desde nuestra perspectiva, evidentemente éste es un tema muy serio; éste es un tema que sí, de verdad, **es regresivo respecto a lo que el artículo 19, punto dos, de la Ley de Relaciones Laborales del año 1976 dice.** En efecto, ese artículo subraya que la empresa principal responderá solidariamente de las obligaciones contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y con la Seguridad Social, durante el período de duración de la contrata.

**LA ENMIENDA 341
AL ARTÍCULO 40 DEL
ESTATUTO
DE LOS TRABAJADORES
DA UNA IDEA
DE LA INTENCIÓN
DEL PODER LEGISLATIVO
AL REGULAR
LA SUBCONTRATACIÓN
LABORAL**

En este sentido, nuestra enmienda tiende a suprimir el último párrafo del número 1, o sea, aquel que hace alusión a la exoneración de la responsabilidad del empresario solicitante, una vez han transcurrido los quince días y vincular a esto un párrafo del número 2 del mismo artículo, que tiene el mismo sentido.

En definitiva, para nosotros el empresario principal sigue siendo solidariamente responsable de que los trabajadores de la empresa con la cual contratan sus servicios, realmente están en la Seguridad Social. Por eso nosotros, que tenemos también un afán de llegar a que esto vaya conformándose en una línea general, estamos dispuestos a presentar en este sentido una enmienda *in voce* que, de alguna forma, concilie nuestra posición con la de otros Grupos de esta Cámara. Y, efectivamente, estaríamos dispuestos –repito– a presentar esta enmienda *in voce* y retirar estas dos enmiendas: la 528 y 529 al artículo 40.

La enmienda *in voce* concretamente añade tres palabras, en relación al problema del certificado que tiene que emitir la entidad gestora, que ha de ser ‘inexcusablemente’ y el término, en vez de ser de quince días, ha de ser de treinta días improrrogables.

Ése es el sentido de nuestra enmienda *in voce*. Creemos que con estas tres palabras nos acercamos a nuestro punto de vista, si bien no llegamos a recorrer todo el camino; eso hay que dejarlo bien sentado. Porque, aunque se diga ‘inexcusablemente’, sin embargo no quiere decir que necesaria o absolutamente tiene que emitir la entidad gestora este certificado. En ese sentido es una enmienda *in voce* un tanto transaccional, y, a pesar de que no recoge todo lo que decimos nosotros en nuestra enmienda, sin embargo sí se acerca bastante.

Por tanto, retiro las dos enmiendas y las sustituyo por esta enmienda *in voce* que viene a recoger aspectos de lo que decía la número 23 de Coalición Democrática, que, como ha dicho el diputado D. Antonio de Senillosa, de alguna forma también se sincronizaba con esta enmienda *in voce*. Presentamos esta enmienda *in voce* a la Mesa en este momento y retiramos las dos mencionadas.”

c) La aprobación del proyecto de la ley del Estatuto de los Trabajadores por el Congreso de los Diputados

El Pleno del Congreso de los Diputados en sesiones celebradas entre los días 11 y 21 de diciembre de 1979 aprobó el dictamen emitido por la Comisión de Trabajo referente al Proyecto de ley del Estatuto de los Trabajadores. En lo que se refiere al artículo 40 el texto original quedó modificado en dos sentidos: en el lugar que debía ocupar en el conjunto de la ley (se le asignó el artículo núm. 42) y en la admisión de la propuesta transaccional llevada a cabo por el Grupo Comunista, aceptando que el apartado 1 del artículo 42 incluyera las tres palabras a las que aquella se refería, de forma que el apartado 1 vino a decir: “... Al efecto recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la entidad gestora, que deberá librar dicha certificación

La Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial

inexcusablemente en el término de treinta días improrrogables. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante”.

d) El trámite ante el Senado

Con las modificaciones indicadas, el proyecto de ley se remitió en el mes de diciembre al Senado, donde se dio un plazo para presentación de enmiendas hasta el 12 de febrero de 1980, tras lo cual se emitió el dictamen de la correspondiente Comisión de Trabajo, que no introdujo variación alguna, constando en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 6 de febrero de 1980 la siguiente precisión sobre los artículos 42 y 43: “Sin discusión, fueron aprobados según el texto del dictamen”.

En consecuencia, el texto del artículo 42 definitivamente aprobado por el poder legislativo se corresponde con el propuesto en la enmienda transaccional del Grupo Comunista antes comentada, y así vería la luz en el Estatuto de los Trabajadores publicado en el BOE del día 14 de marzo de 1980.

B) Interpretación sobre la regulación originaria de los apartados 1 y 2 del artículo 42 ET en la primitiva regulación de la Ley 8/1980

A través de los pasos indicados en la tramitación parlamentaria de lo que vendría a ser el texto original del Estatuto de los Trabajadores vemos que el proyecto inicial del Gobierno en torno a la regulación de las contratas sólo sufrió dos modificaciones: la posición del precepto que regulaba la materia dentro de la ley (que del artículo 40 pasó a ocupar el artículo 42) y la enmienda transaccional planteada por el Grupo Comunista. En lo que ahora interesa, esta enmienda reclama el punto principal de nuestra atención.

La evolución de la postura mantenida por el Grupo Comunista muestra que su propuesta inicial partía de la base de que el último párrafo del número 1 del artículo 40 estaba vinculado al primer párrafo del número 2 del mismo precepto, y, como quiera que el juego de ambos apartados suponía que, una vez pasados quince días desde que la Entidad Gestora no contestara el requerimiento de la empresa principal referido a la situación de cotización en que se encontraba la empresa con la que se disponía a subcontratar, aquella quedaba exenta de toda responsabilidad, las enmiendas 528 y 529 –ambas de supresión parcial– pretendían eliminar parte del número 1 del entonces artículo 40 (supresión del inciso “Transcurrido este plazo, quedará exonerado de toda responsabilidad el empresario solicitante”) y parte del primer inciso del apartado 2 (“salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social”). El propósito de estas enmiendas era evitar que el empresario principal pudiese quedar exento de responsabilidad en caso de subcontratación mediante el mecanismo de recabar ante la Seguridad Social la certificación indicada en el apartado 1 del artículo 40.

En un segundo momento, visto que esa enmienda no tenía ninguna posibilidad de prosperar, dado el rechazo de la Comisión de Trabajo del Congreso de los Diputados del día 5 de noviembre de 1979, el Grupo Comunista intenta una transacción, conforme a la cual

viene a admitir la posibilidad de exención del empresario principal mediante el mecanismo de solicitud de un certificado que le diese cuenta de la situación de regularidad en la seguridad social de la empresa con la que va a subcontratar, pero a cambio de que el plazo que debiera esperar aquella empresa para saber si quedaba libre de toda responsabilidad no fuera tan corto como el inicialmente previsto. Por eso la denominada enmienda transaccional plantea que el plazo para contestar a la citada solicitud por parte de la Administración de la Seguridad Social fuera de 30 días, en lugar de 15.

Por otra parte, aun cuando la defensa de esta enmienda propuso que la redacción de la ley dijese que la certificación debería librarse por la Seguridad Social de modo inexcusable, el mismo Grupo proponente de aquélla precisó que “aunque se diga ‘inexcusablemente’, sin embargo no quiere decir que necesaria o absolutamente tiene que emitir la entidad gestora este certificado”. Estas palabras entiendo que deben interpretarse en el sentido de que la empresa principal que recaba la certificación de referencia puede quedar exenta de responsabilidad tanto en el caso de que la Entidad Gestora le informe sobre la inexistencia de descubiertos por parte de la empresa contratista (información negativa) como si no le informa (ausencia de información). De no entenderlo así, es difícil llegar a captar qué otro sentido puede tener la misteriosa frase del portavoz del Grupo Comunista antes transcrita según la cual la información inexcusable por parte de la Seguridad Social en realidad es excusable.

Además hay otra pista que también nos conduce en esa misma dirección interpretativa: la defensa de la enmienda transaccional reconoce que “viene a recoger aspectos de lo que decía la número 23 de Coalición Democrática”. Pues bien, vamos a ver qué proponía esta enmienda 23 y de qué modo acaba parcialmente confluyendo con la transacción propuesta por el Grupo Comunista.

La enmienda 23 proponía la sustitución del contenido del segundo y tercer incisos del número 1 del artículo 40 por este texto: “Al efecto, se recabarán por escrito a la empresa afectada certificación negativa de descubiertos en la entidad gestora”, y se justificaba con el argumento de que “No creemos que la exoneración de responsabilidades en caso de ineficacia del funcionamiento de los órganos burocráticos de la entidad gestora sea el mejor método para el funcionamiento de los servicios públicos. Consideramos más oportuno establecer la obligación del subcontratista en aportar estos documentos”. Es decir, la enmienda 23 en ningún momento se propuso suprimir la posibilidad de que la empresa principal pudiera exonerarse de responsabilidad frente a las obligaciones de la contratista o subcontratista; antes bien, su propósito consistía en evitar que ese mecanismo pudiera entenderse cumplido por el mero hecho de que la Administración no contestara al requerimiento del empresario principal, por lo cual proponía que no fuera dicha Administración la obligada a emitir el certificado de referencia, sino que fuera la propia contratista quien debiera aportar la documentación acreditativa de su situación. Con esta óptica se entiende que esa enmienda 23 se justificase con el argumento de que la ineficacia del funcionamiento de los órganos burocráticos de la Entidad Gestora venía a favorecer al empresario principal, lo que es tanto como admitir que el hecho de que la

La Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial

Entidad Gestora no contestara la solicitud del empresario principal eximía a éste de responsabilidad.

Desde esta perspectiva de exigencia al correcto funcionamiento de los servicios públicos es coherente que el ponente del Grupo Comunista dijera que la transacción por él sugerida se acababa a la posición de Coalición Democrática. Ciertamente, ambas enmiendas tratan de poner algún tipo de freno a la pasividad burocrática en la emisión del certificado que genera la exención de responsabilidad de la empresa principal; la enmienda 23 pretendía que fuera la contratista la que en todo caso aportara dicho certificado, con el fin de evitar que la pasividad de la Administración favoreciera al empresario principal; la enmienda transaccional que viene a sustituir a las originarias 528 y 529 se va a contentar con que, aun manteniendo la exoneración de responsabilidad por falta de emisión del certificado reclamado por el empresario principal, se amplíe el plazo dado a la Seguridad Social para contestar al requerimiento que se le practica, de forma que hasta que no transcurran 30 días el empresario solicitante no quede liberado de su responsabilidad solidaria, se haya o no contestado a su solicitud.

En cualquier caso, lo que parece innegable de cuanto antecede es que el proyecto de ley que salió del Congreso de los Diputados —y se aceptó sin modificación alguna por el Senado— vino a establecer un régimen de responsabilidad empresarial en materia de subcontratación que difería respecto a la legislación precedente, pues, mientras en ésta la responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto a las obligaciones de la contratista se imponía en todo caso, la Ley 8/1980 introdujo un mecanismo de exención para eludir esta responsabilidad, y lo hizo de forma consciente y voluntaria.

En apoyo de esta última afirmación recordamos de forma muy especial las palabras del portavoz de la enmienda transaccional del Grupo Comunista, única que prosperó respecto al proyecto de ley remitido por el Gobierno y que, asumida por el conjunto del Congreso de los Diputados, hemos de entender refleja fielmente el espíritu del legislativo de aquel entonces. Se dijo en la defensa de esa enmienda que la regulación del proyecto del Estatuto de los Trabajadores era regresiva respecto a las garantías que hasta entonces estaban establecidas en materia de subcontrata en la Ley de Relaciones Laborales y así se asumió por el Congreso. Se admitió igualmente en el curso del debate parlamentario a las enmiendas comentadas que era buena la interpretación asignada por el Grupo Comunista al texto pre-

**EL PROYECTO DE LEY
QUE SALIÓ DEL CONGRESO
DE LOS DIPUTADOS VINO A
ESTABLECER UN RÉGIMEN
DE RESPONSABILIDAD
QUE DIFERÍA
DE LA LEGISLACIÓN
PRECEDENTE**

sentado como proyecto del Gobierno y que dicha interpretación sostenía que “si el empresario principal, después de pasados quince días, en el lapso de los cuales ha pedido a la entidad gestora que certifique si los trabajadores de la empresa en la cual van a prestar sus servicios no está dentro de la Seguridad Social, si pasados —repito— esos quince días esta entidad gestora no le contesta, evidentemente quedará exonerado de cualquier responsabilidad”.

Coherentemente, no puede haber duda de que ese texto originario, luego enmendado de forma escasamente relevante por el Grupo Comunista y finalmente aprobado como redacción original del artículo 42 contenido en la Ley 8/1980, supone que la solicitud ante la Administración de la Seguridad Social, por parte de la empresa principal, de la certificación referida a que la empresa con la que subcontrata se encuentra al corriente en el cumplimiento del deber de cotización es un cauce adecuado para eximirse aquella de responsabilidad respecto a los incumplimientos laborales y de seguridad social contraída por la empresa contratista o subcontratista con respecto a los trabajadores adscritos a la ejecución de la contrata.

Ahora nos detendremos en ver cómo las posteriores modificaciones de ese artículo 42 en nada han alterado el contenido esencial de dicha regulación.

IV. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 42 ET A TRAVÉS DEL REAL DECRETO-LEY 5/2001, DE 2 DE MARZO, Y LA LEY 12/2001, DE 9 DE JULIO, DE MEDIDAS URGENTES DE REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO PARA EL INCREMENTO DEL EMPLEO Y LA MEJORA DE SU CALIDAD

La reforma legal del año 2001 vino a añadir los apartados 3, 4 y 5 al artículo 42 ET, los cuales no se transcriben por referirse a la información que debe proporcionarse a los representantes de los trabajadores y a la Tesorería General de la Seguridad Social en caso de subcontratación, pero no a la responsabilidad entre empresas consecutiva a ese fenómeno organizativo.

En lo que a ésta respecta hubo varios cambios en el texto del artículo 42 ET, ninguno de los cuales vino a aclarar nada sobre los presupuestos que generan el nacimiento de la responsabilidad de la empresa que contrata o subcontrata, ni la forma de exonerarse de esa responsabilidad. Tampoco lo aclaró la Exposición de Motivos de la Ley 12/2001, cuya única referencia a la subcontratación se contiene en su párrafo séptimo¹⁶. Y, sin embargo, hubo algún momento del debate parlamentario previo a la aprobación de la Ley 12/2001 (no así, obviamente, en la fase previa a la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2001, puesto que esta norma no tuvo ningún debate parlamentario) donde se abordó ese tema. Pasamos a examinarlo.

(16) “Otras modificaciones se dirigen a reforzar las garantías en los supuestos de subcontratación y de sucesión de empresas, en particular, a través de una mejora de los instrumentos de información y consulta de los trabajadores y sus representantes, que permita dotar a esas situaciones laborales de la debida transparencia y seguridad jurídica”.

A) El debate parlamentario

a) Convalidación del Real Decreto-Ley 5/2001 y presentación del Proyecto de ley de convalidación

El día 15 de marzo de 2001 fue publicado y sometido a debate y votación del Congreso el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, acordándose su convalidación de acuerdo con el texto publicado en el “Boletín Oficial del Estado” el 3 de marzo de 2001 (corrección de errores de 10 de marzo).

El 23 de marzo de 2001 la Mesa del Congreso de los Diputados acordó su remisión a la Comisión de Política Social y Empleo, para su aprobación, así como abrir un plazo de ocho días hábiles para presentación de enmiendas. Este plazo fue ampliado por tres veces, mediante sendos acuerdos de fechas 30 de marzo de 2001 (ampliación hasta el 3 de abril de 2001), 3 de abril de 2001 (ampliación hasta el 10 de abril de 2001) y 10 de abril de 2001 (ampliación hasta el 17 de abril de 2001).

b) Enmiendas en el Congreso

El índice de enmiendas al articulado del Proyecto se publicó en el Boletín Oficial del Congreso del día 30 de abril de 2001. En él vemos que, en lo referente a la reforma de la normativa sobre subcontratación contenida en el apartado Uno del artículo 2 del Proyecto de ley, las enmiendas propuestas fueron seis: las números 18, 19, 20 y 147 procedían del Grupo Mixto; la núm. 167 del Grupo Popular; la núm. 210 del Grupo Socialista. De ellas excluimos comentar las que no se refieren al tema de la responsabilidad empresarial por subcontratación (números 20 y 147). Respecto a la 167 baste decir que defendía que el apartado único del artículo 2 se convirtiese en apartado “Uno”, añadiendo un apartado “Dos” que abordase la reforma del artículo 44 ET. Nos centramos en las restantes propuestas de enmiendas referidas a los apartados 1 y 2 del artículo 42 ET (números 18, 19 y 20), de las cuales las dos primeras fueron presentadas por el Grupo Mixto a través del Sr. Labordeta. Su contenido era éste:

Enmienda núm. 18.—Modificación del artículo 42, número 1, con eliminación de lo siguiente: “Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante”. La propuesta se acompañaba con esta justificación: “Ampliar en el tiempo la responsabilidad de las empresas contratistas”.

Enmienda núm. 19.—Modificación del artículo 42, número 2, con el fin de eliminar desde “salvo el transcurso” hasta “naturaleza salarial” y añadir en su lugar “durante los dos años siguientes a la terminación de su encargo, responderán solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial, extrasalarial y de las indemnizaciones por despido o extinción de contrato, incluidos los salarios de tramitación”. Justificación: “Ampliar la responsabilidad de las empresas contratistas”.

Enmienda núm. 20.—Modificación del artículo 42 ET por un nuevo texto, del que transcribimos el contenido que corresponde a los apartados 2 —que contenía modificaciones im-

portantes respecto al Real Decreto-Ley 5/2001– y 3 –por incluir una definición explícita del concepto de “propia actividad” de la empresa principal–, no así el del apartado 1 –que no sufre modificación alguna respecto al proyecto de ley–, ni los apartados 4 a 6 –que se refieren a aspectos relativos al deber de información de las empresas que subcontratan respecto a los representantes de los trabajadores y la Administración de la Seguridad Social–. Los citados apartados 2 y 3 del artículo 42 ET venían propuestos en la enmienda comentada de esta forma:

“2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo.

En el caso de que una contrata fuese objeto de subcontratación, a cada contratista que efectuase esta subcontratación le será de aplicación lo previsto en este artículo para la empresa principal.

El empresario principal no podrá ejercer por la imputación de esta responsabilidad, acción alguna de repetición o reembolso en vía civil, penal o administrativa. Las cláusulas de los contratos que incluyan la repetición o reembolso automático de las responsabilidades imputadas al empresario principal por incumplimientos de los contratistas o subcontratistas son nulas y se tendrán por no puestas.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la Construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.

3. El contratista y, en su caso, el subcontratista, deberá disponer para la formalización y ejecución de los contratos a que se refiere el apartado anterior de una organización productiva con existencia autónoma e independiente, que acredite su condición de empresario. Deberá aportar a la ejecución de estos contratos su propia dirección y gestión, asumiendo el riesgo correspondiente. Ningún contratista podrá subcontratar todo o parte del objeto del contrato celebrado con el comitente titular del centro de trabajo sin autorización expresa de éste, debidamente documentada contractualmente.

A efectos de este artículo se considerarán contratas correspondientes a la propia actividad las que se refieran a las actividades relacionadas directamente con el proceso productivo del empresario principal y las correspondientes a las actividades instrumentales necesarias para el desarrollo de este proceso.”

Justificación de la enmienda: “Se precisan y articulan con mayor intensidad las responsabilidades de los empresarios concurrentes, para evitar que las mismas se diluyan por la contratación en cadena y cambio de contrata”.

c) Informe de la Ponencia sobre el Proyecto de Ley

El 4 de mayo de 2001 la Ponencia encargada de redactar el Informe sobre el Proyecto de Ley de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad eleva su estudio a la Comisión. Procede destacar, en lo relativo al artículo segundo, que “La Ponencia propone a la Comisión la incorporación de la enmienda 167 (GP), añadiendo un nuevo apartado relativo a la sucesión de empresas”. Por lo tanto, el artículo segundo del proyecto de ley quedaba dividido en dos apartados: el Uno, dando nueva redacción al artículo 42 ET; el Dos, modificando el artículo 44 ET. El resto de enmiendas propuestas no se aceptó.

d) Decisión sobre las enmiendas en el Congreso

El día 8 de mayo de 2001 la Comisión de Empleo y Política Social del Congreso de los Diputados adoptó las siguientes decisiones sobre las enmiendas referidas a la modificación del régimen de exención de responsabilidad empresarial establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 42 ET (las números 18 y 19, presentadas por el Sr. Labordeta del Grupo Mixto), con el siguiente resultado (del que, por nuestra cuenta, marcamos en mayúsculas lo relevante):

“Enmiendas del Grupo Mixto, del señor Labordeta. Votamos, en primer lugar, las enmiendas 8 y 14...

Votamos, en segundo lugar, las enmiendas... 18, 19..., también del señor Labordeta.

Efectuada la votación, dio el siguiente resultado: votos en contra, 34; abstenciones, una.

El señor presidente: QUEDAN RECHAZADAS.”

El mismo rechazo encontraron las citadas enmiendas en el Pleno del Congreso, cuyo Diario de sesiones correspondiente al día 17 de mayo de 2001 recoge:

**SE PRECISAN
Y SE ARTICULAN CON
MAYOR INTENSIDAD
LAS RESPONSABILIDADES
DE LOS EMPRESARIOS
CONCURRENTES, PARA
EVITAR QUE SE DILUYAN
POR LA CONTRATACIÓN
EN CADENA Y EL CAMBIO
DE CONTRATA**

“Enmiendas números 15, 20, 24, 27, 28, 29, 31, 36 y 37, asimismo del señor Labordeta.

Comienza la votación...

La señora presidenta: Quedan rechazadas.

RESTO DE LAS ENMIENDAS PRESENTADAS POR EL SEÑOR LABORDETA
Comienza la votación. (Pausa.)

Efectuada la votación, dio el siguiente resultado: votos emitidos, 295; a favor, 13; en contra, 275; abstenciones, siete.

La señora presidenta: QUEDAN RECHAZADAS.”

Finalmente, el Proyecto de Ley 12/2001 fue aprobado sin modificaciones con respecto al texto referido al artículo 42 ET propuesto por el dictamen de la Comisión, salvo una irrelevante: en el primer párrafo del número 4 se sustituyó la palabra “concluya” por la de “concierte”.

e) Tramitación ante el Senado

El 1 de junio de 2001 entra en el Senado el Proyecto de ley. De las 188 enmiendas presentadas ante la Cámara Alta el 8 de junio la núm. 17 se refería al artículo 42 ET, pero a su párrafo 6. No hubo ninguna que afectase a los apartados 1 y 2, y el Pleno del Senado, en su sesión del día 21 de junio de 2001, aprobó el Dictamen de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, remitiendo las enmiendas aprobadas al Congreso de los Diputados a los efectos previstos en el artículo 90.2 de la Constitución. El artículo segundo no sufrió cambio alguno respecto al Proyecto de ley.

f) Aprobación definitiva por el Congreso

El Pleno del Congreso de los Diputados en su reunión del día 17 de mayo de 2001 aprobó el Proyecto de Ley de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, cuyo artículo 2, apartado Uno, introdujo la siguiente redacción de los apartados 1 y 2 del artículo 42 ET (volveremos a marcar en mayúscula las novedades que se introdujeron respecto a la redacción original del ET):

“Artículo 42.-SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS”:

1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por

La Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial

descubiertos en la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables Y EN LOS TÉRMINOS QUE REGLAMENTARIAMENTE SE ESTABLEZCAN. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los CONTRATISTAS Y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.”

B) Interpretación de las reformas operadas en los apartados 1 y 2 del artículo 42 ET a través de la Ley 12/2001

Los cambios introducidos en materia de responsabilidad empresarial en caso de subcontratación empresarial fueron cinco. El primero afectaba al título del precepto. El segundo y tercero se referían al apartado Uno, a efectos de precisar que el certificado que debe expedir la Administración de la Seguridad Social a requerimiento del empresario que se dispone a celebrar una contrata o subcontrata debe ir a cargo de la Tesorería General de la Seguridad Social, y añadir que el libramiento a efectuar por ese Organismo se debía emitir “en los términos que reglamentariamente se establezcan”. Los cambios cuarto y quinto afectaban al apartado Dos: uno añadía que la responsabilidad del empresario principal se refiere a las obligaciones contraídas por las empresas contratistas, no sólo por las subcontratistas; otro suprimía el límite cuantitativo al que alcanzaba la responsabilidad del empresario principal.

Ninguno de estos cambios alteró el régimen establecido en la redacción original de la Ley 8/1980 ni en lo relativo a la posibilidad de que el empresario principal pudiera exonerar su responsabilidad mediante la exigencia de certificación ante la Administración de la Seguridad Social, ni en lo referente al alcance de esa exoneración, y eso aun cuando alguna enmienda planteada ante el Congreso, en concreto las números 18 y 19, abordaron específicamente el tema.

Ciertamente, recordando el contenido de estas enmiendas se constata que la primera se argumentó con el propósito de “Ampliar en el tiempo la responsabilidad de las empresas contratistas”, mientras la segunda se justificaba con la frase “Ampliar la responsabilidad de las empresas contratistas”, sin más precisiones. Pero, bajo la sencillez de estas explicaciones, que aparentaban limitarse a ampliar temporalmente la responsabilidad de la empresa principal, el calado de las propuestas era notable.

Por un lado, se intentaba suprimir del todo la posibilidad de exención de responsabilidad del empresario principal por cualquier otra vía que no fuera el transcurso de determinado plazo desde la terminación de la contrata, según se aprecia al hacer la lectura conjunta de las dos enmiendas citadas, ambas presentadas por el Grupo Mixto, con numeración correlativa, lo que revela su profunda conexión. Así la enmienda 18, suponía la total desaparición de la posibilidad de exención de responsabilidad del empresario principal a través del mecanismo de certificación empresarial. Este propósito se completaba con la enmienda 19, que afectaba al apartado 2 del artículo 42, cuya finalidad estribaba en mantener en todos los casos la responsabilidad solidaria entre empresa principal y contratista durante los dos años siguientes a la terminación de la contrata.

Por otra parte, en lo que se refiere a la ampliación de las materias a las que alcanzaba la responsabilidad del empresario principal, el objetivo de la enmienda consistía en que no se ciñera a las obligaciones de naturaleza salarial, sino que también se hiciera extensiva a las de carácter extrasalarial; y, cautelarmente, por si no se aceptase esa responsabilidad solidaria por obligaciones extrasalariales, se intentó blindar en todos los casos la existencia de responsabilidad solidaria entre empresa principal y contratista respecto a los salarios de tramitación y la indemnización por despido.

A la postre, si quisiéramos resumir el debate legislativo referido al artículo 42 ET dentro de la Ley 12/2001, en lo que es de interés para este trabajo, bastarían dos ideas: 1) El único grupo parlamentario que propuso frente al proyecto de ley la supresión del mecanismo de exención de responsabilidad de la empresa principal previsto en el artículo 41.1 ET fue el Grupo Mixto del Congreso a través de las enmiendas números 18 y 19, si bien —hay que resaltarlo— éstas no fueron después defendidas ni ante la Comisión de Empleo y Política Social ni ante el Pleno del Congreso. 2) El hecho de que esas enmiendas números 18 y 19 fueran rechazadas por una mayoría de votos inapelable (13 votos a favor, 275 en contra) sólo puede entenderse en el sentido de que hubo una voluntad expresa por parte del poder legislativo de mantener la exención de responsabilidad del empresario principal por la vía de la certificación referida en el apartado 1 del artículo 42 ET.

Se apreciará de inmediato que en el debate parlamentario previo a la aprobación de la Ley 43/2006 el Grupo Mixto volvió a la carga con casi las mismas propuestas que había planteado en el año 2001.

V. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 42 ET A TRAVÉS DEL REAL DECRETO-LEY 5/2006, DE 9 DE JUNIO, Y LA LEY 43/2006, DE 29 DE DICIEMBRE, PARA LA MEJORA DEL CRECIMIENTO Y DEL EMPLEO

La reciente reforma del Estatuto de los Trabajadores operada a través de estas normas, aun modificando el artículo 42, tampoco ha aportado ninguna novedad en la regulación de la responsabilidad empresarial por incumplimientos en el marco de un proceso de subcontratación, ya que tales modificaciones afectan a los apartados 4, 6 y 7, sin añadir nada a los

La Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial

apartados 1 y 2. Parece, por tanto, que la aclaración de aquella responsabilidad no llama la atención del legislador, tal como se aprecia en la justificación de la reforma en este campo, que se explica en el párrafo ocho del apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 43/2006¹⁷.

A) Debate parlamentario

La tramitación del proyecto de Ley 43/2006 fue diferente a la de la Ley 12/2001, pues cuando el día 5 de septiembre de 2006 el Congreso convalidó el Real Decreto-Ley 5/2006 autorizó a la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales para su aprobación con competencia legislativa plena, por lo que los trámites parlamentarios de esta ley fueron mucho más breves.

Hubo un plazo de 8 días hábiles para la presentación de enmiendas ante el Congreso, que se amplió en tres ocasiones. De las formuladas sólo afectaba a la regulación del apartado 7 del artículo 12 –y, por tanto, a la regulación del artículo 42 ET– la número 30, presentada por el grupo Mixto, nuevamente a través del diputado Sr. Labordeta. Esa enmienda decía lo siguiente: “Modificación del apartado 2 del artículo 42, suprimiendo desde “salvo el transcurso” hasta “naturaleza salarial” y añadir en su lugar lo siguiente: “durante los dos años siguientes a la terminación de su encargo, responderán solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial, extrasalarial y de las indemnizaciones por despido o extinción de contrato, incluidos los salarios de tramitación”. Justificación de la enmienda: “Ampliar la responsabilidad de las empresas contratistas”.

Esta propuesta no fue asumida en el informe de la Ponencia del Congreso sobre el proyecto de ley, y, por tanto, no pasó al texto aprobado por la Comisión con competencia legislativa plena en sesión de fecha 17 de noviembre de 2006 (donde todas las propuestas del Sr. Labordeta fueron rechazadas con 3 votos a favor, 19 en contra y 15 abstenciones). En consecuencia, la redacción propuesta por el Gobierno sobre ese proyecto de ley pasó al Senado, donde tampoco sufrió ninguna modificación,

**LA RESPONSABILIDAD
EMPRESARIAL
POR SUBCONTRATACIÓN
DESCANSA EN LA IDEA
DE QUE UNA EMPRESA
QUE DESCENTRALICE
SU PRODUCCIÓN
NO PUEDE
DESENTENDERSE
DE LOS DEBERES
QUE TIENE
CON SUS TRABAJADORES**

(17) “En relación con la subcontratación de obras y servicios, se actualizan algunos elementos de la legislación vigente con el objetivo de asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores, especialmente cuando se trate de empresas principal, contratistas y subcontratistas que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo. Por otra parte, se procede a deslindar la subcontratación de obras y servicios entre empresas de las prácticas que incurren en la figura de la cesión ilegal de trabajadores, teniendo presente que, según nuestra legislación, la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo puede efectuarse legalmente a través de empresas de trabajo temporal. Con esta finalidad, se incorpora al Estatuto de los Trabajadores una definición de la cesión ilegal de trabajadores, que traslada a la ley la jurisprudencia sobre esta materia.”

procediendo el Pleno del Congreso de los Diputados a su aprobación definitiva el 21 de diciembre de 2006, siendo el texto finalmente publicado en el BOE de 30 de diciembre de 2006.

B) Interpretación del alcance de la Ley 43/2006 en la regulación de los apartados 1 y 2 del artículo 42 ET

Tras la Ley 43/2006 la regulación de la responsabilidad empresarial por subcontratación se mantiene en iguales términos que en la Ley 12/2001. Esto demuestra que es inexistente el propósito del legislador de proceder a su cambio. La materia sigue estructurada en torno a los mismos ejes con los que se vino a definir esta norma en el año 1980, siendo hora de recapitular sobre los mismos.

Sabemos que el elemento directivo de una norma se corresponde con el valor o conjunto de valores que se tratan de tutelar a través de ella, mientras el elemento directivo se identifica con el mandato que se dirige al destinatario de esa norma para compelerle a su cumplimiento, con precisión de las consecuencias que derivan de su inobservancia. En el caso de la responsabilidad empresarial por subcontratación el elemento justificativo descansa en la idea de que el hecho de que una empresa descentralice su producción no le permite desentenderse del cumplimiento por parte de la empresa hacia la que exterioriza sus riesgos de los deberes que ésta tiene con sus propios trabajadores, puesto que, en definitiva, el resultado de ese trabajo revierte en beneficio de aquélla¹⁸. Sobre esta base se estructuran los 3 ejes del elemento directivo de la figura jurídica que se examina, integrándose aquéllos en un mandato, un medio instrumental para la consecución de ese mandato y una consecuencia para el caso del incumplimiento del mandato, los cuales se concretan del modo siguiente:

1. Mandato que el legislador dirige al empresario principal: comprobar que la empresa de su misma actividad con la que se propone subcontratar está al corriente en el pago de las cuotas de la seguridad social.

(18) Sentencia de casación para unificación de doctrina de 17 de mayo de 1996 (RJ 4472): "... asegurar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan obtener vaya en perjuicio de la protección social del trabajador".

Sentencia de casación para unificación de doctrina de 9 de julio de 2002 (RJ 10538): "Al hilo de tales consideraciones, la Sala, en interpretación directa de lo dispuesto en el artículo 42.2 ET, estima que dicho precepto, al establecer con terminología tan imprecisa y genérica la responsabilidad solidaria del 'empresario principal' por las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los 'subcontratistas' con sus trabajadores, sólo puede interpretarse en el sentido ya apuntado por nuestras sentencias anteriores, o sea, en el de entender que en la modalidad de descentralización productiva en que consiste la contratación o subcontratación del todo o parte de una misma obra, lo que realmente se patentiza es la existencia de una realidad fáctica que es la obra en sí misma considerada en la que concurren varias empresas con un interés compartido y común y en el que las unas actúan como auxiliares de las otras en cadena descendente, pero bajo el control económico y técnico prevalente del dueño de la misma o, en su caso, del contratista principal. En estos términos lo que el precepto quiere evitar es que quien se halla mejor situado en esa cadena de contratación (comitente, dueño de la obra o contratista principal), que es quien controla realmente su ejecución y quien en definitiva asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros en todo o en parte, quede inmune entre las posibles deudas de estos últimos frente a sus trabajadores ante su posible situación de insolvencia, por lo que deviene razonable que desde el legislador, que no le niega los beneficios, le exija también responder de las posibles deudas salariales o de seguridad social que puedan haber generado aquellos subcontratistas situados en el final de cadena."

La Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial

2. Cauce instrumental para cumplir ese mandato: solicitud escrita por parte de la empresa principal, ante la Tesorería General de la Seguridad Social, de certificación negativa de descubiertos de la empresa contratista o subcontratista.

3. Sanción derivada del incumplimiento del citado mandato: responsabilidad solidaria entre empresa principal y subcontratada de las obligaciones salariales y de seguridad social contraídas por la empresa contratista durante la contrata respecto a los trabajadores vinculados a la misma.

Los elementos citados presentan problemas para su concreción, y ésta es precisamente la razón por la que se ha puesto tanto interés en pormenorizar los tres momentos legislativos a lo largo de los cuales la norma ha quedado definida, pues la clave para la recta comprensión del mecanismo de exención de responsabilidad empresarial derivada de subcontratación reside en el debate parlamentario que dio origen al artículo 42 ET y los que le han seguido con ocasión de las dos reformas legislativas por medio de las cuales se ha procedido a su modificación, ya que esos tres momentos definen lo que se propuso establecer en el año 1980 y lo que de modo consciente se ha querido mantener en los años 2001 y 2006; de otro modo, hubiera prosperado alguna de las diversas enmiendas legislativas presentadas con el propósito de proceder a la modificación de ese mecanismo.

Así pues, recordando lo que ya advirtió el representante del Grupo Comunista en la sesión de debate ante el Congreso del día 5 de noviembre de 1979 (“... si el empresario principal, después de pasados quince días, en el lapso de los cuales ha pedido a la entidad gestora que certifique si los trabajadores de la empresa en la cual van a prestar sus servicios no está dentro de la Seguridad Social, si pasados –repito– esos quince días esta entidad gestora no le contesta, evidentemente quedará exonerado de cualquier responsabilidad”), advertimos que estas palabras son reveladoras, al entender de quien suscribe este trabajo, de que la certificación que debe requerir la empresa principal de la Administración de la Seguridad Social es única, no varias y de carácter periódico, y tiene que solicitarse antes del inicio de la contrata, contando dicha Administración con un plazo de 30 días para contestar a la solicitud que le formula la empresa principal. Si responde dentro de dicho plazo en sentido de que la empresa a la que se refiere la información está al corriente en la cotización, el peticionario queda exento de toda responsabilidad –la ley no diferencia entre responsabilidad frente a la Administración de la Seguridad Social y el trabajador–, como también queda exento si el certificado no se emite en plazo reglamentario.

Esto, que ya se decía en el debate parlamentario del año 1980, con mayor motivo hemos de entenderlo aplicable a partir del momento en que la Ley 30/1992¹⁹ vino a establecer en su artículo 35, apartado g), que entre los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas figura el de “obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar”, lo que quiere decir que los administrados no tienen el deber de soportar los efectos desfavorables para ellos que

(19) Ley 30/1992, de 26 de noviembre (BOE de 27), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

proceden del incumplimiento de un deber legal de información a cargo de las Administraciones públicas –en el supuesto de contratación empresarial o en cualquier otro–. Si una Administración tuviera dificultad en facilitar alguna certificación que va a su cargo, esto será un problema del propio Organismo público y, si fuere el caso, del poder ejecutivo que incumple su deber de regular la certificación que debe expedir la Administración dependiente de ese poder. Desde luego la dificultad para expedir una certificación administrativa no puede ser causa para enervar la aplicación de una regulación legal.

VI. UN PASO ADELANTE

A) Un precedente en la regulación reglamentaria del sistema de exención de responsabilidad empresarial en materia de seguridad social

La Ley 12/2001 introdujo en el apartado 1 del artículo 42 ET la previsión referente a que la certificación requerida por el empresario principal a la Tesorería General de la Seguridad Social, en referencia a la situación de la empresa con la que se propone subcontratar, se debería expedir “en los términos que reglamentariamente se establezcan”. Sin embargo, esta encomienda no ha sido cumplida por el titular del poder reglamentario, ya que hasta la fecha tal norma no ha sido dictada.

Como tampoco ha cumplido la previsión introducida en la misma Ley 12/2001, dentro del apartado 3 del artículo 42, referida al desarrollo reglamentario del deber de las empresas contratistas o subcontratistas de informar al indicado Servicio Común de la Seguridad Social de la identidad de la empresa principal con la que subcontraten.

Aún vamos a citar otro caso donde vuelve a incumplirse otro deber de regulación reglamentaria que incide de modo directo en la responsabilidad empresarial por deudas de seguridad social. En esta ocasión no se refiere a la subcontratación, sino a la sucesión de empresas, pero lo acontecido en esta materia es suficientemente revelador de las razones –que no las justificaciones– de por qué el titular del poder reglamentario no cumple los mandatos que le dirige el poder legislativo con esa finalidad, y por eso nos vamos a detener en su examen, partiendo de la base que nos proporciona el artículo 97.2 de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966²⁰, el cual estableció:

“En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo.

(20) Texto articulado primero de la Ley de Bases de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril (BOE de 22 de abril de 1988).

La Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial

Reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Entidad gestora que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes.”

Este precepto fue incorporado literalmente al artículo 97.2 del primer Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social²¹ y después al artículo 127.2 del segundo Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social²², con la única salvedad de que este último, en lugar de hacer mención a la Entidad Gestora, se refiere a la Administración de la Seguridad Social.

Así pues, es abril de 1966 el momento en que el legislador ordena el desarrollo reglamentario del sistema de certificación que determina la exoneración de responsabilidad de la empresa sucesora respecto a las obligaciones de la sucedida. Ese mandato se cumplió a través de la OM de 28 de diciembre de 1966²³, la cual vino a disponer:

– Artículo 25.b): “El adquirente, en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, responderá solidariamente con el anterior titular o con sus herederos del pago de las cuotas devengadas antes de dicha sucesión”.

– Artículo 26: “Expedición de certificados.

1. En los casos de sucesión en la titularidad a que se refiere el apartado b) del número 1 del artículo anterior el adquirente podrá solicitar del Instituto Nacional de Previsión la expedición de un certificado acreditativo de la situación de la Empresa en cuanto a sus obligaciones de cotización al Régimen General de la Seguridad Social.

2. El Instituto Nacional de Previsión solicitará informe de la Inspección de Trabajo y de la correspondiente Mutualidad Laboral o Mutua Patronal, en su caso, y en el plazo de un mes extenderá la certificación a que se refiere el número anterior.

**NO SE HA CUMPLIDO
LA PREVISIÓN DE LA LEY
12/2001 SOBRE EL DEBER
DE LAS EMPRESAS
DE INFORMAR
AL SERVICIO COMÚN
DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DE LA IDENTIDAD
DE LA EMPRESA
PRINCIPAL CON LA QUE
SUBCONTRATEN**

(21) Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social aprobado por Decreto Legislativo 2065/1974, de 30 de mayo (BBOOE de 20 y 22 de julio).

(22) Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE del 29).

(23) Orden Ministerial (Trabajo) de 28 de diciembre de 1966 (BOE del 30), por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario en el régimen general de la seguridad social.

3. El certificado implicará, según los casos, la no responsabilidad para los accidentes o la delimitación de la responsabilidad existente. Si después de expedido el certificado se comprobare la existencia de descubiertos de cotización de la Empresa anteriores a dicha expedición y correspondientes a trabajadores cuya alta en el régimen general no hubiese sido declarada, tales descubiertos no afectarán a la responsabilidad del adquirente, a no ser que éste se hubiera subrogado en los derechos y obligaciones del anterior empresario respecto a los indicados trabajadores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley de Contrato del Trabajo de 26 de enero de 1944”.

Esta disposición no se encuentra actualmente en vigor, habiendo dudas razonables sobre cuándo pudo llevarse a cabo su derogación²⁴. No obstante, lo importante es señalar que mientras sí lo estuvo resultó prácticamente inoperante, por las dificultades que entrañaba su aplicación.

La norma preveía que la empresa que se propone suceder a otra solicite información a la Seguridad Social sobre la situación de cumplimiento de obligaciones sociales en que se encuentra la empresa sucedida, debiendo contestar la Administración en plazo de un mes, lo que, indudablemente, coincide en lo esencial con la previsión del artículo 42.1 ET. A continuación el artículo 26 de la OM de 28 de diciembre de 1966 dice que el certificado acreditativo de la situación de regularidad de la empresa sucedida implicará la ausencia de responsabilidad por los accidentes o la delimitación de la responsabilidad existente, lo que hemos de entender en el sentido de que, si se acreditase que la empresa sucedida estaba al corriente en la cotización al momento de la transmisión, la sucesora no adquirirá responsabilidad alguna y, si hubiese descubiertos, la responsabilidad será proporcional a éstos. Vuelve, por tanto, a coincidir esta regulación con la del artículo 42 ET. El problema surge porque el repetido artículo 26 contempla la eventualidad de que, después de expedido el certificado expresivo del cumplimiento de las obligaciones de seguridad social por parte de la empresa sucedida, se descubra la existencia de descubiertos no advertidos antes, por afectar a trabajadores que no estaban en alta en seguridad social y que, por lo mismo, no podía detectarse la falta de cotización referida a los mismos. Aflora así un

(24) La Disposición Final Primera de la OM de 23 de octubre de 1986, por la que se desarrolla el Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo (BOE de 15 de abril de 1992), que aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social dejó sin efecto la Sección segunda del Capítulo III de la OM de 28 de diciembre de 1966, mientras la entrada en vigor del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (BOE de 27 de febrero), por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social supuso la derogación de los Capítulos II y IV de aquella Orden, subsistiendo los preceptos de la Sección primera del Capítulo III, entre ellos el citado artículo 26, cuya pérdida de vigencia no sobrevino hasta que así lo acordó la Disposición Derogatoria Única de la OM de 22 de febrero de 1996, la cual entró en vigor el día siguiente a su publicación (Disposición Final Tercera).

En consecuencia, el régimen de certificación a efectos de exención de responsabilidad empresarial referido a obligaciones de seguridad social en el caso de sucesión establecido en el artículo 97.2 LSS estuvo vigente a partir de 19 de enero de 1967 (entrada en vigor de la OM de 28 de diciembre de 1966) hasta una fecha sobre cuya concreción existen dudas razonables, según entendamos o no que la regulación del artículo 18.2 de la Ley 16/1976 supuso la tácita derogación del segundo párrafo del artículo 97.2 de la entonces vigente LGSS, y ello por cuanto la Ley de Relaciones Laborales introdujo una responsabilidad solidaria entre empresas en caso de sucesión que no podía enervarse en ningún caso, ni siquiera mediante certificación acreditativa de la regularidad en seguridad social de la empresa sucedida. Ahora bien, si, como consecuencia de esta regulación debiera entenderse que esa posibilidad de eximir de responsabilidad a la empresa sucesora desapareció en el año 1976, ¿cómo entender que la actual Ley General de Seguridad Social, que data del año 1994, siga haciendo mención a tal posibilidad?

La Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial

punto crítico en el mecanismo de exoneración de responsabilidad vinculado a la expedición de certificados referidos a la situación de regularidad dentro de la seguridad social de una determinada empresa, ya que la información que puede facilitar la Administración cuando se le pregunta sobre este extremo difícilmente puede alcanzar a aquellos trabajadores cuya existencia desconoce por no haber sido dados de alta por la empresa a la que se refiere la información que debe proporcionar.

Volviendo ahora al desarrollo reglamentario del sistema de certificación que exime de responsabilidad a la empresa principal en caso de subcontratación, resulta que cuando la ley dictó un mandato en tal sentido ya conocía, por los antecedentes del artículo 127.2 LGSS, la problemática que conllevaba una decisión de estas características. Pese a ello, se decidió por mantener el sistema de exención de responsabilidad empresarial por vía de certificación a cargo de la Seguridad Social, ordenando al poder ejecutivo su regulación reglamentaria. En coherencia, el incumplimiento de esta orden contenida en el artículo 42.1 ET lleva a pensar que una de dos: bien que el desarrollo establecido en este precepto es una de esas previsiones malditas de nuestro ordenamiento jurídico –maldita en el sentido de cumplimiento imposible–, bien que tanto el legislador del año 2001 como el del año 2006 desconocen de forma difícilmente comprensible la dificultad de su ejecución, habiendo datos objetivos para considerar como más probable esta segunda explicación, según parece deducirse del proceso de evolución seguido por los diversos Reglamentos de recaudación de recursos del sistema de la seguridad social.

B) Paso final

Durante mucho tiempo los sucesivos Reglamentos de recaudación de recursos del sistema de la seguridad social previos al actualmente vigente²⁵ fueron ampliando la precisión de los supuestos que daban lugar al nacimiento de responsabilidad solidaria o subsidiaria en cuanto a las obligaciones de cotización o prestaciones de seguridad social en caso de subcontratación. Esta tendencia se rompió cuando el día 26 de junio de 2004 entró en vigor el actual Reglamento, ya citado, en el que resulta significativo que su artículo 13 establezca: “Responsables solidarios.–1. Cuando concurren hechos, negocios o actos jurídicos que determinen la responsabilidad solidaria de varias personas, físicas o jurídicas o entidades sin personalidad, respecto de deudas con la Seguridad Social, podrá dirigirse reclamación de deuda o acta de liquidación contra todos o contra cualquiera de ellos”. Del mismo modo, dice el artículo 14: “Responsables subsidiarios.–1. Cuando concurren hechos, negocios o actos jurídicos que determinen la responsabilidad subsidiaria de una persona, física o jurídica o entidad sin personalidad, respecto de deudas con la Seguridad Social líquidas, vencidas y exigibles, una vez constatada la insolvencia del deudor principal, podrá dirigirse reclamación de deuda o acta de liquidación contra el responsable subsidiario”.

(25) Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo; Real Decreto 1517/1991, de 11 de octubre; Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre.

Es fácil apreciar que las normas transcritas en nada precisan los supuestos que dan lugar al nacimiento de la responsabilidad solidaria o subsidiaria del empresario que contrata o subcontrata con otro; es una redacción que ni clarifica ni compromete a nada, y esta vaguedad no podemos creer que es irreflexiva, puesto que se separa voluntariamente de la regulación precedente. Más bien lleva a pensar que refleja un desconcierto en cuanto a lo regulado en el artículo 42.1 ET, lo cual se traduce en que la encomienda referida a que la certificación a emitir a cargo de la Tesorería General de la Seguridad Social se desarrolle reglamentariamente no es asumida por el ejecutivo, ante el temor de incurrir en *ultra vires*.

Obviamente, esta indefinición repercute en la administración de justicia, pues genera un trabajo de interpretación difícil y nunca cerrado del todo. Los problemas que plantea la aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 42 son importantes y las oportunidades que se han dejado pasar para su clarificación también, pero no sólo en lo referente al sistema de exención de responsabilidad del que venimos ocupándonos en este trabajo, sino en otros muchos aspectos, que, lejos de despejarse, se embrollan aun más con regulaciones que se apartan de aspectos ya resueltos por la doctrina jurisprudencial. Así, el artículo 7 de la Ley 32/2006²⁶ establece un régimen de responsabilidad solidaria adicional al contemplado en los artículos 42 ET y 104 y 127 LGSS que sólo alcanza al contratista o subcontratista y su directo empresario principal, en lugar de a todos los empresarios afectados en la cadena de contratación, tal como dijera la sentencia de casación para unificación de doctrina de fecha 9 de julio de 2002 en interpretación del repetido precepto estatutario²⁷.

Pero, volviendo a nuestro tema, la conclusión parece obvia en cualquier caso: es necesario acabar con la total inseguridad jurídica a la que da pie la variada interpretación del artículo 42 ET, porque el hecho de que después de casi 30 años se siga especulando sobre su alcance habla muy poco en favor del acierto de su regulación. Si el apartado 1 del artículo 42 ET se considera idóneo para formar parte de nuestro ordenamiento, habrá que poner los medios necesarios para lograr su clara interpretación y plena efectividad y, si no se considera acertado, suprimirlo cuanto antes.

Todo ello sin perder de vista la resonancia de esa decisión en el artículo 127.1 LGSS, precepto con el que aquél guarda una relación de vasos comunicantes, pues no olvidemos que el que una relación empresarial de subcontratación no dé lugar a la responsabilidad solidaria prevista en la norma estatutaria en casos de empresas de la misma actividad no exime a éstas de responsabilidad subsidiaria, ya que la normativa de seguridad social

(26) El artículo 7.2 de la Ley 32/2006 establece una responsabilidad solidaria limitada al subcontratista que hubiera contratado incurriendo en determinados incumplimientos y a su correspondiente contratista, recalcando que la responsabilidad se ciñe al "ámbito de ejecución de su contrato".

(27) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002 (RJ 10538): "Se entiende, en definitiva, que el artículo 42 ET constituye un reflejo, mal traducido para el caso que contempla, del principio de derecho según el cual quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo, y que fue ésta en definitiva la intención del legislador aunque éste, a la hora de redactar el precepto, no tuviera realmente en cuenta más que la figura del empresario principal y la de los 'subcontratistas', dentro de cuyo último plural es donde deben entenderse incluidos todos los situados en la cadena de contratación".

La Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial

entra en juego también en los casos en los que la empresa principal recaba la certificación prevista en el artículo 42.1 ET, puesto que el artículo 127.1 LGSS no contempla ningún mecanismo de exención similar al del régimen estatutario.

En fin, habría motivo para darse por contenta si este trabajo hubiera contribuido a aclarar en algo el sentido de la regulación del sistema de exención de responsabilidad empresarial de la repetida norma estatutaria. En cualquier caso, se agradece la valiosa colaboración prestada por Julio VERNE.

Reflexiones sobre algunas directivas de la UE relevantes en materia de conciliación de la vida familiar y laboral

FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO

Profesor Titular Interino
Universidad Complutense de Madrid

Resumen

Reflexiones sobre algunas directivas de la UE relevantes en materia de conciliación de la vida familiar y laboral

En este artículo se profundiza acerca del actual panorama positivo de la conciliación de la vida familiar y laboral en el ámbito de las Directivas comunitarias, así como las ausencias e insuficiencias en la legislación nacional y comunitaria, no sin antes destacar, el gran hito histórico que ha constituido en la materia tanto las Directivas de la UE como la Ley 39/1999, la

Ley 12/2001 y el Real Decreto 1251/2001, en el iter normativo encaminado al logro del objetivo de la igualdad real entre géneros o, más concretamente, la interdependencia entre hombre y mujer o corresponsabilidad, término acuñado en el documento de la ONU de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995.

Abstract

Reflections on some outstanding directives of the European Union in matter of conciliation of the familiar and the labor life

In this article it is deepened about the current positive panorama of the conciliation of the family and labor life in the scope of the communitarian Directives, as well as the absen-

ces and inadequacies in the national and communitary legislation, not without having previously emphasized, the great historical landmark that has constituted in the matter

so much the Directives of the European Union as the Law 39/1999, the Law 12/2001 and the RD 1251/2001, in the normative way direct to the achievement of the objective of the real equality among genders or, more concrete-

ly, the interdependence between man and woman or coresponsability, term coined in the document of the UNO of the IV Universal Conference on Women, taken place in Beijing in September of 1995.

Sumario:

I. Introducción. II. Marco legislativo internacional y comunitario. III. Análisis de las Directivas de las Comunidades Europeas 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 y 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996 y lagunas en su transposición al ordenamiento interno español. A) **Ámbito subjetivo.** a) Trabajadora embarazada. b) Trabajadora que haya dado a luz. c) Trabajadora en período de lactancia. B) **Ámbito objetivo.** a) Medidas para promover la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. a') Prevención de riesgos laborales para la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. a") Normativa laboral. b") Acción protectora de la Seguridad Social: riesgo durante el embarazo. b') Trabajo nocturno. b) Protección de la familia. a') Permisos retribuidos. a") Por nacimiento, muerte, enfermedad o accidente u hospitalización de un familiar. b") Por lactancia. c") Para la atención materna y paterna del neonato mientras requiera hospitalización después del parto. d") Para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto. b') Reducción de jornada. a") Modalidades. b") Aspectos procesales. c') Suspensión del contrato. a") Maternidad. b") Adopción o acogimiento. c") Disposiciones comunes sobre protección social. d') Excedencia por cuidado de familiares. a") De hijos. b") De otros familiares. **IV. Conclusiones. V. Bibliografía.**

I. INTRODUCCIÓN

La creciente incorporación de la mujer al mundo del trabajo, sin exoneración de las responsabilidades familiares que tradicionalmente le habían sido asignadas, ha desembocado en un permanente conflicto entre sus obligaciones laborales y sus tareas maternas; tensión que sólo puede ceder ante una solución equilibrada que parta de una idea básica, el valor social de la paternidad y la formulación de una normativa que la tome en consideración en su justa medida¹. Un reciente estudio del Instituto Andaluz de la Mujer sobre el número de horas semanales de trabajo remunerado y no remunerado, pone de manifiesto que los hombres trabajan 62 horas semanales frente a las 94 de las mujeres². Éstas, por tanto, además de participar en el mercado laboral asumen las labores sociales reproductivas y familiares, dando origen al fenómeno denominado “la doble jornada laboral”³, lo que supone un claro límite de acceso al empleo o conlleva la realización de los trabajos residuales o más precarios⁴. Ello pone de manifiesto la necesidad de articular mecanismos de concienciación de todos los ciudadanos, desde el punto de vista sociológico y jurídico, para fomentar el reparto igual del trabajo en las tareas domésticas y familiares. Óptica jurídica que está insertada en la Directiva de las Comunidades Europeas 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) y la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES y su transposición a nuestro ordenamiento jurídico interno a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad y del Real

**UN RECIENTE ESTUDIO
PONE DE MANIFIESTO QUE
LOS HOMBRES TRABAJAN
62 HORAS SEMANALES
FRENTE A LAS 94
DE LAS MUJERES**

(1) CABEZA PEREIRO, J., “Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Revista Documentación Laboral*, núm. 61, 2000-I, págs. 15 y 16. Además, el número especial y monográfico de esta *RMAS* dedicado a la conciliación de la vida familiar y laboral, 1999.

(2) ZARRÍAS ARÉVALO, G., *Actas de las Jornadas: Derecho a trabajar en igualdad*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Málaga-Sevilla, 1999, pág. 11.

(3) CASAS BAAMONDE, M.E., “Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo”, *Revista Relaciones Laborales*, 1998-I, pág. 93.

(4) MIÑAMBRES PUIG, C., “La protección social en el proyecto de ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 19, 1999.

Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo. Ha de destacarse, no obstante, la existencia aún de lagunas en determinadas materias, que se encuentran faltas de regulación o con una normativa insuficiente, quedando expedita la vía, en cualquier caso, siempre que sea posible, para la negociación colectiva, de especial relevancia en este campo.

Tanto el estudio del actual panorama positivo en España, como de tales ausencias e insuficiencias en la legislación nacional y comunitaria, son objeto de análisis a continuación; no sin antes destacar, el gran hito histórico que ha constituido en la materia tanto las Directivas indicadas como la Ley 39/1999, la Ley 12/2001 y el Real Decreto 1251/2001, en el iter normativo encaminado a lograr el objetivo de la igualdad real entre géneros o, más concretamente, la interdependencia entre hombre y mujer o corresponsabilidad, término acuñado en el documento de la ONU de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995⁵.

II. MARCO LEGISLATIVO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO

En el ámbito internacional, la protección de la mujer embarazada data de 1919, fecha en que se aprobó el Convenio núm. 3 de la OIT, sobre el empleo de las mujeres antes y después del parto, que fue revisado por el Convenio núm. 103, de 1952, sobre la protección de la maternidad⁶. Ya, anteriormente, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, había reconocido para la maternidad y la infancia un derecho a cuidados y asistencias especiales. Por su parte, la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 29 de abril de 1980, en concordancia con el Convenio de la OIT núm. 103 de 28 de junio de 1952, ratificado por España el 26 de mayo de 1965 y publicado el 31 de agosto de 1966, establecía a favor de la mujer trabajadora un descanso mínimo de doce semanas, en los supuestos de parto, con prestaciones a cargo de la Seguridad Social o fondos públicos, así como la ilegalidad de la extinción de su contrato durante el reseñado permiso de maternidad⁷. A los efectos que nos ocupan, es de destacar, igualmente, la Recomendación núm. 123, de 1965, sobre el empleo de mujeres con responsabilidades familiares. El artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, protege a las madres trabajadoras mediante un permiso retribuido por maternidad. En la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, celebrada el 18 de diciembre de 1979, se recomendó a los Estados miembros la adopción de medidas para facilitar

(5) ELOSEGUI ITXASO, M., "Derecho a la igualdad y Derecho a la diferencia", *Actas de las Jornadas: Derecho a trabajar en igualdad*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Málaga-Sevilla, 1999, págs. 23 y ss.

(6) CABEZA PEREIRO, J., "Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *ob. cit.*, pág. 20.

(7) VALLE MUÑOZ, F. A., *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Madrid, 1999.

Directivas de la UE en materia de conciliación de la vida familiar y laboral

la conciliación de la vida profesional con la familiar de hombres y mujeres⁸. El Convenio de la OIT núm. 156, de 1981 y la Recomendación núm. 165, instan a los Estados miembros a que incluyan entre sus objetivos políticos, la adopción de las medidas oportunas para facilitar el trabajo de las personas con responsabilidades familiares, sin incurrir en discriminación⁹. Por último, en una de las conclusiones de la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en Pekín, del 4 al 15 de septiembre de 1995, se reafirmó el compromiso de fomentar la armonización de responsabilidades familiares y laborales de las personas trabajadoras.

En el ámbito normativo comunitario, ya en el artículo 119 del Tratado de Roma, había una referencia al principio de igualdad de retribuciones, que ha sido reformado por el artículo 141 del Tratado de Ámsterdam o Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que prohíbe, concretamente, la discriminación indirecta y las medidas de acción positiva en relación con el principio de igual retribución a trabajo de igual valor. En sede de conciliación de la vida familiar y laboral, invita a desarrollar las medidas necesarias para el logro de tal finalidad, el párrafo tercero del artículo 16 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 19 de diciembre de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, que señala que “con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño”. Por otro lado, ha de resaltarse que uno de los objetivos del IV Programa de Acción Comunitario para la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres (1996-2000) se titulaba “conciliación del trabajo y de la vida familiar de los hombres y de las mujeres” y, asimismo, por Decisión del Consejo 2001/51/CE, de 20 de diciembre de 2000, se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005). Por Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de los hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, se insta a los Estados miembros a la adopción de las medidas encaminadas a la consecución de la efectiva igualdad; habiéndose publicado ya en el Diario Oficial núm. C 307 de 31 de octubre de 2001, la Posición Común (CE) núm. 32/2001, de 23 de julio, que puede ser considerada el paso previo a la Directiva que se tramita al efecto. Tienen incidencia en la materia que se analiza las siguientes Directivas Comunitarias: 75/117, sobre igualdad retributiva; 76/207, sobre igualdad en las condiciones de trabajo y 97/81, de trabajo a tiempo parcial, —sobre todo, teniéndose en cuenta que la mayor parte de los trabajadores que prestan servicios al amparo de esta modalidad de contratación son mujeres¹⁰—.

(8) MIÑAMBRES PUIG, C., “La protección social en el proyecto de ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, ob. cit., 1999.

(9) GARCÍA MURCIA, J., “La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Revista Justicia Laboral*, febrero 2000, pág. 10.

(10) PÉREZ DEL RÍO, T., “El acervo comunitario en materia de igualdad de trato: adecuación al ordenamiento jurídico interno”, *Actas de las Jornadas: Derecho a trabajar en igualdad*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Málaga-Sevilla, 1999, pág. 58.

Como se ha indicado, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, constituye la transposición al ordenamiento jurídico interno español de la Directiva de las Comunidades Europeas 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) y la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, que, dada su relevancia, serán objeto de estudio separado. Asimismo, en cumplimiento de la facultad otorgada al Gobierno para dictar las normas necesarias para el desarrollo y ejecución de la misma, se ha promulgado el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, al que anteriormente se ha hecho referencia. En el Derecho Comparado, tienen legislación específica en materia de conciliación, Grecia, con la Ley 1483/1984, de protección y facilidades para los trabajadores con responsabilidades familiares, aunque también contempla el problema con disposiciones en otras leyes, tal como en el Código de servicio para los funcionarios e Italia, con la Ley 53/2000, de 8 de marzo, de permisos parentales para conciliar el tiempo de trabajo y la vida extraprofesional.

Por su parte, Austria, Dinamarca, Finlandia, Portugal y Suecia, aunque no tienen una ley específica, sí que cuentan con una regulación concreta en la materia en otros textos legislativos, como leyes de igualdad de oportunidades, de permiso parental, de permiso de maternidad, que abarcan no sólo la conciliación de la vida familiar y laboral, sino también temas relacionados con las condiciones de trabajo¹¹.

El legislador español, se puede afirmar que ha optado por un sistema híbrido, pues, mientras que, por un lado, tiene una ley específica en la materia, la Ley 39/1999, no obstante, dado que la misma se limita, más que la facilitación de una regulación de la cuestión, a la reforma de distintos textos legislativos, en el fondo la normativa aparece dispersa, al modo de los últimos países reseñados; circunstancia matizada parcialmente por el Real Decreto 1251/2001 que, –aunque sólo para las prestaciones de maternidad y riesgo durante el embarazo–, ofrece una visión global, más próxima al sistema de Grecia e Italia.

III. ANÁLISIS DE LAS DIRECTIVAS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS 92/85/CEE DEL CONSEJO, DE 19 DE OCTUBRE DE 1992 Y 96/34/CE DEL CONSEJO, DE 3 DE JUNIO DE 1996 Y LAGUNAS EN SU TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL

A) Ámbito subjetivo

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la Ley 12/2001 y el Real Decreto 1251/2001 consti-

(11) Guía de buenas prácticas para conciliar la vida familiar y profesional, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 38.

Directivas de la UE en materia de conciliación de la vida familiar y laboral

tuyen la transposición al ordenamiento jurídico interno de las Directivas Comunitarias: 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

La Directiva 92/1985 trae causa, según su propia redacción, del artículo 118.A) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que obliga al Consejo a establecer mediante Directivas las disposiciones mínimas para promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores.

Por otra parte, el punto 19 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989, por los Jefes de Estado y de Gobierno de once Estados miembros establece que: “Todo trabajador debe disfrutar en su medio de trabajo de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad. Deben adoptarse medidas adecuadas para proseguir la armonización en el progreso de las condiciones existentes en este campo”.

A su vez, el artículo 15 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo disponía la necesidad de protección de manera específica de los grupos expuestos a riesgos, especialmente sensibles. Uno de estos grupos, según la Directiva 92/85, está integrado por las mujeres embarazadas que hayan dado a luz o en período de lactancia, que son definidas expresamente en el artículo 2 de la misma, a efectos legales, como cualquier trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia “que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Triple, por tanto, es el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva indicada:

a) Trabajadora embarazada

Sobre este apartado, se podría plantear la cuestión de si es preciso que la trabajadora comunique su estado de embarazo

**LA NO CONTRATACIÓN
POR RAZÓN DE EMBARAZO
CONSTITUYE UNA
DISCRIMINACIÓN DIRECTA
POR RAZÓN DE SEXO**

al empresario, antes de ser contratada, pero tal incidencia ha quedado solventada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Asunto Dekker, dictada en 1990, en sentido negativo, afirmando que la no contratación por razón de embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo¹².

Por otro lado, la necesidad de comunicación al empresario por parte de la trabajadora de su estado de embarazo, durante la vigencia del contrato de trabajo, no viene exigida expresamente en el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, —en su redacción dada por el artículo Décimo de la Ley 39/1999, que constituye la transposición de la Directiva 92/1985, en este sentido—, pero, amén de extraerse del propio tenor literal del mismo, de conformidad con el artículo 29.2.4º de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales¹³, ha de entenderse que tal comunicación es, además de precisa, preceptiva, con los problemas que se pueden suscitar, desde que ello se produzca, en la continuidad de la relación laboral de la trabajadora que, al menos, ha intentado paliar la propia Directiva, al regular la prohibición de despido, en su artículo 10.

b) Trabajadora que haya dado a luz

Teniendo en cuenta que la Directiva 92/1985, tiene como objetivo, según su propia nominación, la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo, es difícil determinar a qué período concreto se refiere cuando pretende garantizar tal seguridad y salud en el trabajo a la trabajadora que haya dado a luz, sobre todo, en nuestro ordenamiento positivo, tras la transposición llevada a cabo por la Ley 39/1999. De un lado, de conformidad con el artículo 8.2 de la Directiva reseñada, “el permiso de maternidad que establece el apartado 1”, —de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto—, “deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”. A tenor del precepto reseñado, podría concluirse que la mujer que ha dado a luz, sólo tiene “obligación legal” de disfrutar el permiso por maternidad, durante dos semanas, que no tienen que ser forzosamente posteriores al parto, sino que también pueden ser anteriores. Por lo tanto, se podría concluir, que “trabajadora que haya dado a luz” puede ser considerada aquella que se encuentre prestando servicios, sin que haya hecho uso del permiso por maternidad posparto, bien porque las dos semanas obligatorias se disfrutaron antes del parto y, tras éste se reanudó la prestación de servicios o bien porque transcurrido el descanso obligatorio, se ha reincorporado a su puesto de trabajo, situaciones coherentes con la Directiva 96/34 que regula el permiso parental, en la Cláusula 2.1 del Acuerdo Marco que le sirve de sustento, como un derecho individual de “los trabajadores, hombres o mujeres, por

(12) BALLESTER PASTOR, M^a.A., “El ejercicio del derecho a la conciliación de la maternidad con el empleo”, *Actas de las Jornadas: Derecho a trabajar en igualdad*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Málaga-Sevilla, 1999, pág. 172.

(13) GALINDO SÁNCHEZ, J., “El ejercicio del derecho a la conciliación de la maternidad con el empleo”, *Actas de las Jornadas: Derecho a trabajar en igualdad*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Málaga-Sevilla, 1999, pág. 181.

motivo de nacimiento y adopción de un hijo”; lo que permite afirmar que la extensión temporal del permiso por maternidad coincide con el período durante el que, en el supuesto que la interesada se encuentre prestando servicios, pueda ser considerada, desde el punto de vista jurídico, “trabajadora que haya dado a luz”, a los efectos de la aplicación de las normas protectoras de su seguridad y salud. La transposición al ordenamiento jurídico español, en esta materia, de las dos Directivas, la 92/85 y la 96/34, la ha llevado a cabo el artículo Quinto de la Ley 39/1999, que otorga una nueva redacción al artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, que establece una duración del permiso de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en dos semanas más por cada hijo, en los casos de partos múltiples, con un descanso obligatorio para la madre de seis semanas después del parto, pudiéndose disfrutar indistintamente por el padre o la madre el resto del permiso, de forma simultánea o sucesiva. La consideración, según lo expuesto anteriormente, de “trabajadora que haya dado a luz”, en la legislación española, podría interpretarse que será aquella que se haya reincorporado a su puesto de trabajo, a partir de la sexta semana después del parto y hasta las dieciséis semanas del mismo. Pero el problema se plantea en el supuesto que el padre haya disfrutado también del permiso parental, de forma simultánea, como permite el precepto indicado, pues, en este caso, la extensión efectiva del permiso no llega hasta las dieciséis semanas después del parto, pero una hermenéutica teleológica de la normativa expuesta, llevaría a la conclusión que podría considerarse, aun en este supuesto, que la trabajadora se encuentra en la mencionada situación durante este período¹⁴.

c) Trabajadora en período de lactancia

La referencia expresa a la trabajadora, –utilizando el sustantivo en femenino–, junto al objetivo de la Directiva 92/85, debe interpretarse en el sentido de afirmar que se refiere al período de lactancia materna, bien como alimentación exclusiva del hijo o bien combinada con la artificial o alimentación mixta, sin que sea transposable, a estos efectos, el período de nueve meses contemplado en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por el artículo segundo, párrafo 1º, de la Ley 39/1999, en sede de permiso y reducción de jornada por lactancia, ya que no tienen identidad de razón.

En cuanto al ámbito subjetivo de la Directiva 96/34, ha de partirse del punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, relativo a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, que prevé arbitrar medidas que les permitan “compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”. El 14 de diciembre de 1995 se adoptó un Acuerdo Marco sobre el permiso parental entre las orga-

(14) Citando a DE LA FUENTE, D., *La protección de la salud en el trabajo durante el embarazo y la lactancia*, 1997, pág. 10, GALINDO SÁNCHEZ, J., “El ejercicio del derecho a la conciliación de la maternidad con el empleo”, *Actas de las Jornadas: Derecho a trabajar en igualdad*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Málaga-Sevilla, 1999, pág. 181, afirma que algunos autores opinan que “trabajadora que haya dado a luz” se refiere a aquella que se encuentre dentro de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto. En este sentido, es difícil exigir al empresario que adopte las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora que haya dado a luz, en un período en el que, por imperativo legal, tiene su contrato suspendido, caso que tenga derecho al permiso de maternidad. Es decir, este sector doctrinal considera “trabajadora que haya dado a luz”, a los efectos de garantizar su salud y seguridad en el trabajo, a aquella que, dentro de las seis semanas del denominado descanso obligatorio está trabajando, probablemente porque no tiene derecho al permiso por falta de carencia y debería interpretarse que se puede extender la consideración hasta las 16 semanas posparto.

nizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES). De conformidad con el artículo 189 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el acto adecuado para la aplicación de dicho Acuerdo Marco, es una Directiva, por cuanto que obligará a los Estados miembros en relación con el resultado, dejando a su arbitrio la elección de la forma y de los medios que estimen convenientes.

De este modo, surgió la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, CEEP y CES, que aparece recogido en el Anexo de la Directiva, en cuya cláusula 1, apartado 1, expone su objetivo, que no es otro que “facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan” y, en el apartado 2º concreta el ámbito subjetivo de aplicación manifestando que “el presente Acuerdo se aplica a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tengan un contrato o una relación de trabajo definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro”.

Contra esta Directiva se formuló un Recurso de Anulación planteado por la Union Européenne de l'Artisanat et des Petites et Moyennes Entreprises (UEAPME), Asunto T-135/96, invocándose la insuficiente representatividad de las partes firmantes del Acuerdo Marco, convertido en Directiva, declarando la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la inadmisibilidad del recurso¹⁵. La protección de la familia, como objetivo de la Directiva 96/34, se evidencia en la extensión del ámbito subjetivo, más allá de los padres, hombres y mujeres, que trabajen, al regular también la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a enfermedad o accidente de familiares.

Por su parte, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, en cuanto transposición de ambas Directivas participa del ámbito de aplicación reseñado, desde el punto de vista de los sujetos y, por tanto, extiende su vigencia a las trabajadoras y a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, siendo prueba de ello las modificaciones introducidas en el Estatuto de los Trabajadores, en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en la Ley General de Seguridad Social y en la Ley de Procedimiento Laboral, pero de relevante puede calificarse también la reforma llevada a cabo —extensiva del ámbito subjetivo indicado— en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Texto Articulado aprobado por el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, en la Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y en la Ley 29/1975, de 27 de junio, de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

Por otro lado, ya, concretamente, en sede de prestaciones por maternidad y por riesgo durante el embarazo, reguladas, respectivamente, en los capítulos II y III del Real Decreto 1251/2001, el artículo 1 distingue tres niveles en el ámbito de aplicación. Y, así, en primer lugar, la regulación en él contenida de ambas prestaciones será de aplicación a todos los regímenes del Sistema de Seguridad Social, sin más particularidades que las que

(15) PÉREZ DEL RÍO, T., *Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral*, Tomo I, Sevilla, 1999, pág. 83.

expresamente se indiquen. En segundo lugar, a la prestación de riesgo durante el embarazo, tendrán derecho las funcionarias incluidas en el Régimen General y el personal estatutario sanitario, siempre que tengan reconocida una licencia o permiso por esta contingencia en la legislación por la que se rigen. Y, por último, se establece la aplicación supletoria de sus normas, en tanto no se opongan a las que regulan los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de los Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

No obstante, la transposición ha suscitado numerosas dudas y problemas en relación con el campo de aplicación de la reforma que acomete la Ley 39/1999 y su desarrollo reglamentario, que serán objeto de análisis en el estudio concreto de las medidas adoptadas para ajustar la legislación nacional a la comunitaria en los siguientes epígrafes.

B) Ámbito objetivo

a) Medidas para promover la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia

a') Prevención de riesgos laborales para la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia

a") Normativa laboral

- Niveles de protección

A los efectos de prevenir los riesgos para la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, se pueden distinguir, en la regulación que de la materia lleva a cabo la Directiva Comunitaria 92/85, en los artículos 3 a 6, dos niveles de protección relativos a cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico de exposición, en primer lugar, a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo de la lista que figura en el Anexo I de la propia Directiva y, en segundo lugar, a alguno de los agentes y condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II, secciones A y B.

De conformidad con el artículo 4.1 de la Directiva Comunitaria 92/85 "para cualquier actividad que pueda presentar un

**LA TRABAJADORA
EMBARAZADA O
EN PERÍODO DE LACTANCIA
NO PODRÁ VERSE
OBLIGADA A REALIZAR
ACTIVIDADES QUE
DE ACUERDO CON
SU EVALUACIÓN SUPONGAN
UN RIESGO**



riesgo específico de exposición a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya lista no exhaustiva figura en el Anexo I, el empresario directamente o por medio de los servicios de prevención mencionados en el artículo 7 de la Directiva 89/391/CEE, deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición en las empresas o el establecimiento que se trate, de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia”, para poder apreciar cualquier riesgo para la seguridad y la salud o cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia y determinar las medidas que deberán adoptarse.

A tenor del artículo 6 de la Directiva Comunitaria reseñada, la trabajadora embarazada o en período de lactancia, conforme al artículo 2 de la misma, no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que, de acuerdo con la evaluación, supongan el riesgo de una exposición a los agentes y condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II, secciones A y B, respectivamente.

En la transposición que de la normativa expuesta lleva a cabo el artículo décimo de la Ley 39/1999, en sede de protección de la maternidad, —que da una nueva redacción al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales—, no se diferencian estos dos niveles de protección. Y así, el mencionado precepto establece en su párrafo primero que “la evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico”. Nos encontramos ante una laguna en la transposición de la Directiva, al no haber incorporado la legislación positiva española los Anexos contenidos en la misma. Se ha de resaltar que el Anexo I, como expresamente señala el artículo 4.1, no contiene una lista exhaustiva de agentes, procedimientos o condiciones de trabajo, que puedan conllevar un riesgo específico de exposición. Y, a mayor abundamiento, dado que, de conformidad con el artículo 3 del citado texto comunitario, la Comisión, en concertación con los Estados miembros y asistida por el Comité Consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el trabajo, ha establecido unas directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud y la seguridad de las trabajadoras en las situaciones protegidas por la Directiva, de forma que, de acuerdo con el párrafo 2º de este precepto, sirve de guía a los Estados miembros para la evaluación a la que se refiere el artículo 4.1, la falta de transposición de este Anexo I, tiene una importancia relativa.

Mayor entidad, en principio, reviste la problemática suscitada en torno a la falta de transposición del Anexo II, debido al diferente tratamiento dado por la Directiva. Tanto en los dos niveles de protección contemplados en la misma, como en la normativa española, se exige, con carácter previo, un procedimiento de evaluación de los riesgos, que constará de tres fases: identificación de los peligros, determinación de las categorías de las

trabajadoras y evaluación cuantitativa y cualitativa de los riesgos¹⁶. Del juego de los artículos 16, 25.2 y 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales se ha de colegir que el procedimiento de evaluación de los riesgos en el sistema español se llevará a cabo por el empresario, —aunque no tiene obligación de hacerlo directamente, sino que lo habitual será que se realice mediante los servicios de prevención, debiendo destacarse en la materia la regulación en el Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero—, con una continuidad temporal y, así, junto a la evaluación inicial, al comienzo de la actividad, tendrá que realizar evaluaciones periódicas, según exijan las circunstancias. La diferencia al respecto en los dos niveles de protección de la Directiva, se encuentra en que, —aun cuando en ambas se precise el procedimiento de evaluación—, en el primero, una vez finalizado éste, el empresario “deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición” de las trabajadoras y, ante ello, apreciar, en su caso, el riesgo y adoptar las medidas. Sin embargo, en el segundo nivel, la mera constatación de la exposición a los agentes y condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II implica la adopción de las medidas, si ésta es la voluntad de la trabajadora, pues el artículo 6 de la Directiva se limita a indicar que “no podrá verse obligada”. Y ello, con independencia, a diferencia del primer nivel de protección, de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición.

No obstante, como ya se indicó, el distinto tratamiento de la normativa comunitaria no ha tenido consagración en nuestra legislación, aunque sí deberá tenerse en cuenta por los agentes encargados de llevar a cabo la evaluación de riesgos. La laguna en la transposición de los Anexos, fundamentalmente del II, se puede integrar mediante dos sistemas. De un lado, puede afirmarse la aplicabilidad directa de los mismos, ante el transcurso de un plazo razonable sin que se haya realizado la transposición, dada su clara redacción¹⁷. Y, de otro lado, partiendo que el artículo 14.1 de la Directiva 92/85 permite la transposición al ordenamiento interno, mediante los convenios colectivos, sería importante utilizar esta vía para determinar los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo, que revistan, en cada una de las actividades, un especial riesgo de peligro para la seguridad y la salud de las trabajadoras protegidas, así como de sus hijos lactantes, pues serán los interlocutores sociales los que, con un conocimiento más acertado de cada actividad en cuestión, puedan determinarlos con un mayor acercamiento a la realidad del puesto de trabajo.

• Sujetos protegidos

En la Directiva 92/85, en sede de sujetos protegidos y, a pesar del tenor literal del artículo 2 que se refiere a la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, en relación con la exposición a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo contenidos, en *numerus apertus*, en el Anexo I, tras el proceso de evaluación, por el empresario o por los servicios de prevención, si se aprecia “un riesgo para la seguridad

(16) GALINDO SÁNCHEZ, J., “El ejercicio del derecho a la conciliación de la maternidad con el empleo”, *Actas de las Jornadas: Derecho a trabajar en igualdad*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Málaga-Sevilla, 1999, pág. 182.

(17) BALLESTER PASTOR, M^a.A., “El ejercicio del derecho a la conciliación de la maternidad con el empleo”, *Actas de las Jornadas: Derecho a trabajar en igualdad*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Málaga-Sevilla, 1999, pág. 165.

o la salud, así como alguna repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora a que se refiere el artículo 2”, se adoptarán las medidas que se establecen en el artículo 5. A estos efectos, se ha de tener presente que el artículo 4 de la Directiva se refiere a la evaluación de los riesgos y el artículo 5 a las consecuencias de la evaluación.

Y, por otro lado, la exposición a los agentes o a las condiciones de trabajo del Anexo II, en sus secciones A y B, estará prohibida, —en el sentido reseñado en el apartado precedente, que no podrán verse obligadas a realizar ese trabajo—, según el artículo 6 de la Directiva, para las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia. Ha de resaltarse, según lo expuesto, que ninguno de los dos preceptos, ni el artículo 5 ni el artículo 6, contienen una referencia concreta a la trabajadora que haya dado a luz, sin que la omisión del legislador comunitario, pueda tacharse de olvido, sino que, si se compara con el campo de aplicación de las medidas de protección respecto del trabajo nocturno, contempladas en el artículo 7 de la Directiva, en el que se hace referencia a la trabajadora “durante el embarazo o durante un período consecutivo al parto”, ha de calificarse como de deliberada la omisión. Por consiguiente, no se aplicarán estas medidas a la trabajadora que haya dado a luz y no se encuentre en período de lactancia, —materna, claro, no artificial—, lo que es acorde con el espíritu de la norma de protección del embarazo o la lactancia, según el párrafo primero del artículo 5.

No obstante lo anterior, el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en el párrafo primero, alude a “las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente”, en relación con la evaluación de los riesgos en la exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo, disponiendo expresamente, que “puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto”, como objetivo de la protección garantizada por el artículo indicado en los párrafos primero a tercero. De este modo, se amplía el ámbito subjetivo de protección de nuestro ordenamiento interno en relación con la normativa comunitaria a las trabajadoras que hayan dado a luz o con parto reciente y, ello, aunque no estén en período de lactancia. Por otro lado, el párrafo cuarto del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales limita considerablemente las medidas a adoptar a las trabajadoras durante el período de lactancia, las cuales no podrán disfrutar de ninguna suspensión del contrato análoga a la establecida por riesgo durante el embarazo, lo que constituye una laguna en la transposición de la Directiva, ya que en el artículo 5, apartado tercero, extiende a estas trabajadoras la posibilidad de adoptar como medida la dispensa del trabajo.

- Medidas a adoptar

La exposición por las trabajadoras a los agentes y a las condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II, secciones A y B, de conformidad con el artículo 6 de la Directiva 92/85, a pesar de que el precepto se titula “prohibiciones de exposición”, —como ya se ha reseñado anteriormente—, no se configura como una prohibición taxativa sino que se deja a la voluntad de la trabajadora la decisión de no exponerse, ya que, concretamente, el precepto establece que las mismas no podrán verse obligadas a dicha exposición. Sin embargo, ha de destacarse que, en la regulación contenida en el artículo 26 de la Ley de Prevención

de Riesgos Laborales, no se distingue entre la exposición a estos agentes o condiciones y, a los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo del Anexo I o similares, disponiéndose las mismas medidas de protección ante cualquier exposición.

Las mujeres embarazadas o en período de lactancia, si se revelase, tras la evaluación del riesgo, alguna repercusión en el embarazo o en la lactancia, tendrán derecho, según el artículo 5 de la Directiva Comunitaria que analizamos, a que el empresario adopte las siguientes medidas, cada una con carácter subsidiario de la anterior, para el supuesto que ésta no resultase técnica y/u objetivamente posible o no pudiese razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados:

1. Adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada.
2. Cambio de puesto de trabajo.
3. Dispensa de trabajo durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o su salud.

Por su parte, el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, tras la redacción dada por la Ley 39/1999, establece las siguientes medidas que se deben adoptar por el empresario para evitar la exposición al riesgo de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente:

1. Adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo.
2. Cuando ello no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto, pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, se le asignará un puesto de trabajo o función diferente. Y, si no existiese un puesto o función compatible, podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, manteniendo retribuciones. Al respecto, ha de resaltarse que la Directiva Comunitaria no hace referencia a ningún condicionante relativo a que el cambio de puesto –que lo admite– corresponda al mismo grupo o categoría, por lo que la solución adoptada por nuestro ordenamiento interno es acorde con la normativa comunitaria. Pero, sin embargo, lo que no permite esta última es el cambio de función, que sí podría considerarse como una extralimitación en la transposición. En cualquier caso, se podrá acudir, tanto a la movilidad funcional ordinaria como a la extraordinaria, sin menoscabo de la dignidad de la

**SE PODRÁ ACUDIR
A LA MOVILIDAD
ORDINARIA
O EXTRAORDINARIA
SIEMPRE QUE NO
SE MENOSCABE
LA DIGNIDAD
DE LA TRABAJADORA Y SIN
PERJUDICAR
SU FORMACIÓN Y
PROMOCIÓN PROFESIONAL**

trabajadora y sin perjudicar su formación y promoción profesional y, sin que se genere el derecho a la consolidación del nuevo puesto de trabajo, a tenor del artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores.

El recurso a la movilidad exige, como requisito formal, que, previo informe del médico de la Seguridad Social que asista a la trabajadora, se certifique la influencia negativa del puesto de trabajo en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, por los servicios médicos de la Seguridad Social o de la Mutua, aunque quizás hubiese sido más correcto que, al menos, el informe previo lo hubiese emitido el médico de empresa, dado sus conocimientos más precisos sobre las condiciones de trabajo de la empresa en cuestión. En los mismos términos se pronuncia el legislador del Real Decreto 1251/2001 en la Disposición Adicional Segunda relativa a la “certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo de las trabajadoras por cuenta ajena”, aunque equipara los servicios médicos de la Entidad Gestora a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas que hayan asumido las transferencias en materia sanitaria. Por último, ha de destacarse que, en estos supuestos, no se podrá acudir al despido por ineptitud sobrevenida.

3. Si tal cambio no fuera posible o no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados, se podrá suspender el contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo. Pero esta medida no es aplicable a las trabajadoras durante el período de lactancia, sino sólo a las trabajadoras embarazadas o con parto reciente, —a pesar de que el Consejo Económico y Social en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, se pronunciaba a favor de la inclusión en la protección de las trabajadoras en período de lactancia—. Se trata de una causa de suspensión del contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, con reserva de puesto de trabajo, a tenor del artículo 48 del citado texto legal, pasando la trabajadora a la situación de riesgo durante el embarazo, que se estudia a continuación.

b”) Acción protectora de la Seguridad Social: riesgo durante el embarazo

El artículo 14 de la Ley 39/1999 introduce el Capítulo IV ter del Título II dedicado al Régimen General de la Seguridad Social en la Ley General de la Seguridad Social y lo titula “Riesgo durante el embarazo”, en el que regula la protección social de la situación de suspensión del contrato de trabajo por esta causa. El Real Decreto 1251/2001 constituye el desarrollo reglamentario de la regulación indicada. Siguiendo los aspectos fundamentales de cualquier prestación de Seguridad Social, se analizará la situación protegida, el hecho causante, las beneficiarias, la prestación económica y la dinámica de la protección.

1. Situación protegida

De conformidad con el artículo 134 de la Ley General de Seguridad Social, “se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con

Directivas de la UE en materia de conciliación de la vida familiar y laboral

su estado, en los términos previstos en el artículo 26, apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados”. Se trata de la situación en la que, ante la imposibilidad técnica u objetiva de adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo y de acudir a la movilidad funcional ordinaria o extraordinaria, proceda, según el párrafo tercero del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

A estos efectos, el artículo 14 del Real Decreto 1251/2001, se pronuncia, respecto de las trabajadoras por cuenta ajena, en el párrafo primero, en los mismos términos, aunque la referencia a la mujer trabajadora es sustituida por la trabajadora embarazada. Sin embargo, sí constituye una novedad el párrafo segundo en el que excluye de la protección la situación “derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado”, lo que puede suponer un grave perjuicio para la salud y la seguridad de la trabajadora o del feto que puede verse obligada a continuar en un puesto de trabajo donde incidan agentes, condiciones o procedimientos, aun cuando no tengan relación con el mismo.

Respecto de las trabajadoras por cuenta propia, el artículo 22, apartado primero, de la norma reglamentaria dispone que “a los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora embarazada durante el período de interrupción de la actividad profesional en los supuestos en que el desempeño de la misma influya negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así se certifique por los servicios médicos de la Entidad gestora correspondiente”. Esta última exigencia de la certificación médica, aunque no conste expresamente en el artículo 14 del Real Decreto, ya se ha visto que viene contemplada en el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, al que se remite.

Por otra parte, también el párrafo segundo del artículo 22 del Real Decreto 1251/2001 establece, para las autónomas embarazadas, una exclusión de la cobertura análoga a la del artículo 14.

2. Hecho causante

Viene constituido por el riesgo para la seguridad y la salud o la posible repercusión sobre el embarazo de las trabajadoras en situación de embarazo y la imposibilidad de adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo y además, cuando, ante ello, no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados el cambio de puesto.

De acuerdo con la regulación contenida en el Real Decreto 1251/2001, no obstante, a los efectos de la determinación de la fecha del hecho causante, puede afirmarse que será el momento de la suspensión del contrato en las trabajadoras por cuenta ajena y el del

certificado médico emitido por la Entidad Gestora correspondiente, en los casos de las trabajadoras por cuenta propia y las empleadas de hogar equiparadas a las mismas.

3. Beneficiarias

Serán las trabajadoras expuestas a estos riesgos en situación de embarazo o parto reciente. Como se ha indicado, no tienen derecho a esta protección, —contraviéndose así lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 92/85—, las trabajadoras en período de lactancia.

El artículo 135, párrafo primero, de la Ley General de Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley 39/1999 contiene una norma de reenvío a la regulación sobre incapacidad temporal derivada de enfermedad común, por lo que a la trabajadora se le exigirá que esté en alta —puesto que en situación asimilada a la del alta no estará sometida a los agentes, condiciones o procedimientos derivados de su puesto de trabajo que incidan en su estado—, y que acredite un período de carencia de 180 días en los últimos cinco años, al igual que para lucrar el subsidio de incapacidad temporal.

Estos presupuestos del derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo son exigidos expresamente en el artículo 16, párrafo primero, del Real Decreto 1251/2001, para las trabajadoras por cuenta ajena, afiliadas y en alta en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social y para las integradas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, que presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo, incumbiendo, por lo tanto, la obligación de cotizar, al cabeza de familia; extendiéndose el ámbito temporal para el cómputo del período de carencia a los cinco años anteriores “a la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo”.

A tenor del párrafo segundo del precepto mencionado las trabajadoras contratadas a tiempo parcial también tendrán derecho a la prestación, pero con las peculiaridades previstas en el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero. A estos efectos, nos remitimos al comentario que sobre el cómputo de cotizaciones para el cálculo del período de carencia se contiene en el epígrafe “disposiciones comunes sobre protección social”, en sede de la suspensión del contrato por maternidad, adopción y acogimiento del presente trabajo.

Por su parte, el artículo 23, párrafo primero, del texto reglamentario reseñado, para que las trabajadoras por cuenta propia o autónomas puedan lucrar esta prestación exige, igualmente, que estén en alta y que acrediten un período mínimo de cotización de 180 días, pero computados en los cinco años “inmediatamente anteriores a la fecha en que se emita el certificado por los servicios médicos de la Entidad gestora correspondiente, a que se refiere el artículo 28 de este Real Decreto”. Asimismo, serán beneficiarias del subsidio por riesgo durante el embarazo las trabajadoras del Régimen Especial de Empleados de Hogar cuando no presten sus servicios, con carácter exclusivo, para un hogar y, por lo tanto, recaiga sobre ellas la obligación de cotizar.

El párrafo segundo establece como requisito adicional para tener derecho a la prestación que la beneficiaria se encuentre al corriente en el pago de las cotizaciones, sin perjuicio de que proceda el mecanismo de invitación al pago en el plazo de 30 días, como exige el artículo 28 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. Esta referencia es redundante respecto de los autónomos pues se trata de un requisito ineludible para el acceso a cualquier prestación de Seguridad Social con cargo a este régimen especial, por lo que hubiese sido suficiente para el intérprete de la norma la indicación de que las trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de Empleadas de Hogar, obligadas al abono de las cuotas, debían estar al corriente, con la posibilidad de la invitación al pago por la Entidad Gestora, en el plazo de 30 días, desde la denegación por esta causa.

Estas exigencias legales dejan desprotegida a la mujer trabajadora, que no tenga dicho período mínimo de cotización y, sin embargo, preste servicios en condiciones de riesgo, sin que se puedan adoptar las medidas expuestas, en cuyo caso, deberá o bien continuar sometida a dicha situación peligrosa para su salud y seguridad o con repercusión en el embarazo o el feto o ver suspendido —en el mejor de los casos—, o extinguido su contrato de trabajo, —lo que evidentemente constituiría un despido nulo, en el caso que se impugnara la extinción laboral en vía judicial y prosperase la demanda—, sin derecho a obtener ninguna contraprestación económica.

4. Prestación económica

De conformidad con el artículo 135, apartado tercero, de la Ley General de Seguridad Social, “la prestación económica consistirá en subsidio equivalente al 75% de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes”. En términos análogos se pronuncia el legislador del Real Decreto 1251/2001, en los artículos 15 y 17.1 para las trabajadoras por cuenta ajena y en el artículo 24 para las trabajadoras por cuenta propia, por lo que la base reguladora de la prestación por riesgo durante el embarazo será igual a la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior al hecho causante, es decir, respectivamente, la fecha de suspensión del contrato y la del certificado médico de la Entidad Gestora correspondiente.

**SE EXCLUYEN
DEL SUBSIDIO POR RIESGO
DURANTE EL EMBARAZO A
LAS TRABAJADORAS
EN PERÍODO DE LACTANCIA**

En relación con las trabajadoras por cuenta ajena, han de distinguirse dos situaciones que ofrecen particularidades en el cálculo de la base reguladora del subsidio, a saber, la de pluriempleo y la de contratación a tiempo parcial. Y, asimismo, tanto para éstas como para las autónomas, han de destacarse las peculiaridades que conlleva la situación de pluriactividad.

El artículo 17.2 del Real Decreto mencionado, para el caso de pluriempleo de la trabajadora por cuenta ajena, o sea, cuando esté en alta en un mismo régimen de la Seguridad Social, con ocasión de distintas actividades, distingue según que la suspensión del contrato se declare en todas o sólo en una o algunas. En el primer caso, a tenor del apartado a) del precepto indicado, “para la determinación de la base reguladora del subsidio se computarán todas sus bases de cotización en las distintas empresas, siendo de aplicación a la base reguladora así determinada el tope máximo establecido a efectos de cotización”. Y, según el apartado b), para el segundo “en el cálculo de la base reguladora del subsidio sólo se tomarán las bases de cotización en las empresas donde se produce la suspensión del contrato de trabajo, aplicando, a estos efectos, el límite que corresponda a la fracción o fracciones del tope máximo que aquéllas tengan asignado”.

Por su parte, para la contratación de la trabajadora a tiempo parcial, el artículo 17, párrafo cuarto, remite a las normas establecidas para el subsidio de incapacidad temporal en el artículo 4.b) del Real Decreto 144/1999, de 29 de enero.

En los supuestos de pluriactividad o realización simultánea de varias actividades incluidas en distintos regímenes de Seguridad Social, tanto para la trabajadora por cuenta ajena como por cuenta propia, el artículo 29 de la norma reglamentaria, distingue según que la situación de riesgo afecte a todas las actividades, en cuyo caso, tendrá derecho a un subsidio en cada una o que afecte sólo a una o algunas de las actividades realizadas, supuesto en el que se causará el subsidio en la o las afectadas, que será compatible con la realización de otras actividades que estuviera desempeñando o empezase a desempeñar.

Ello significa que la circunstancia de que la trabajadora realice otra actividad siendo perceptora de la prestación de riesgo durante el embarazo no supone la pérdida de ésta, dada su compatibilidad. Por ello, aunque pudiera pensarse en la conveniencia de que el legislador hubiera equiparado económicamente la prestación por riesgo durante el embarazo a la maternidad más que a la incapacidad temporal, debido al perjuicio que se le causa con esta medida a la trabajadora, que ve disminuidos sus ingresos, al permitir que la beneficiaria desarrolle otra actividad sin que se extinga su derecho a pensión, se ha adoptado una medida análoga a la de la incapacidad permanente total, en el sentido de que es compatible con cualquier trabajo del perceptor, con independencia de que la Entidad Gestora, revise, si concurre causa para ello, por mejoría el grado de invalidez reconocido, como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, de 29 de septiembre de 1995. Por lo tanto, la causa del percibo de una prestación inferior

Directivas de la UE en materia de conciliación de la vida familiar y laboral

al 100% viene determinada por la compatibilidad reconocida con la realización de otra actividad.

5. Dinámica de la protección

• Gestión y pago

La gestión y el pago de la prestación corresponde, según el artículo 135, párrafos segundo y cuarto, de la Ley General de Seguridad Social, al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Por su parte, acorde con toda la regulación de la materia que contiene el Real Decreto 1251/2001, en el artículo 20 para las trabajadoras por cuenta ajena y, en el artículo 27 para las trabajadoras por cuenta propia, no se refiere al Instituto Nacional de la Seguridad Social como única entidad gestora, sino que, aludiendo a la “Entidad Gestora respectiva”, permite que la gestión y el pago lo realice el Organismo de la Comunidad Autónoma que haya asumido la transferencia de la competencia de los servicios.

Ha de destacarse en esta materia que, aun cuando en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto citado se afirma que “el régimen jurídico de este subsidio se determina partiendo de la regulación prevista en la normativa vigente para las situaciones de incapacidad temporal”, no obstante no se ha recogido la institución característica de esta última del pago delegado por la empresa, vigente el contrato de trabajo, a las trabajadoras por cuenta ajena, sino que se establece desde el nacimiento del subsidio el pago directo, que se realizará, como todas las prestaciones de Seguridad Social, por períodos vencidos, según los párrafos segundos de los artículos 20 y 27 de la norma reglamentaria.

• Nacimiento del derecho

Se distingue en la regulación reglamentaria la situación de la trabajadora por cuenta ajena y la de la trabajadora por cuenta propia.

1. El nacimiento del derecho a la prestación de las trabajadoras por cuenta ajena, de conformidad con el artículo 18.1 de la norma mencionada, tendrá lugar el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y, por tanto, a diferencia de lo que ocurre en los casos de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, el empresario no será responsable del abono de ningún período. A estos efectos, es interesante tener en cuenta que una cosa es la responsabilidad del empresario del abono de la prestación y otra la competencia de éste para el pago. Por lo tanto, con independencia de que en el subsidio de riesgo durante el embarazo el empleador carece de competencia para realizar el pago de la prestación, según se ha expuesto anteriormente, tampoco, de acuerdo con lo que se afirma ahora, es responsable de ningún período.

2. El nacimiento del derecho a la prestación de riesgo durante el embarazo de las trabajadoras por cuenta propia y equiparadas, de acuerdo con el artículo 25.1 del Real Decreto que se analiza, tendrá lugar al día siguiente a aquel en que se emite el certificado médico de los servicios médicos de la Entidad Gestora correspondiente, si bien los

efectos económicos no se producirán hasta la fecha del cese efectivo en la actividad. Por consiguiente, si la trabajadora autónoma, ante el riesgo para su seguridad y salud o para el feto, hubiese optado por cesar en la actividad, aun antes de la emisión del certificado médico preceptivo, no tiene derecho a la prestación, sirviendo, por el contrario, esta circunstancia de determinación de la fecha de efectos económicos de la prestación si es posterior al certificado indicado. Es razonable que el subsidio se perciba una vez que haya cesado la actividad profesional, pues ello es acorde con su *ratio essendi*, pero si tal cese queda acreditado, de forma fehaciente, que tuvo lugar con anterioridad a la emisión del certificado, debió fijarse en la fecha del mismo el nacimiento del derecho, pues no es dable que pueda perjudicar a la trabajadora el tiempo que tarde la tramitación del expediente administrativo.

Obsérvese que, a tenor del artículo 28 del Real Decreto, antes de la emisión del certificado médico al que se refiere la norma, la trabajadora debió solicitar en modelo oficial la prestación, acompañando el informe del médico del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Servicio Médico, que la asista, la declaración sobre la actividad y la acreditación de la cotización, dándosele traslado de todo ello a los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Servicio Público de Salud correspondiente, que deberá expedir el certificado, cuya fecha determinará el nacimiento del derecho al subsidio solicitado, en su caso, lo que puede tardar cierto tiempo, durante el que la autónoma puede haber cesado en su actividad por el riesgo al que estaba sometida, sin percibir contraprestación económica alguna.

- Duración

Siguiendo con la misma sistemática del epígrafe anterior:

1. El párrafo segundo del artículo 18 anteriormente referenciado dispone que el subsidio se abonará a las trabajadoras por cuenta ajena, durante el período necesario para la protección de la salud de la trabajadora y/o del feto, hasta que se inicie el período de suspensión del contrato por maternidad, o se produzca la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo o a otro compatible con su estado. Al respecto, ha de indicarse que, en este último caso, se entenderá que se trata de un puesto de trabajo facilitado por la misma empresa para la que prestaba servicios, de acuerdo con las medidas a adoptar reguladas en el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, pues, en otro caso, a tenor de lo que se indicó en sede de pluriactividad, sería compatible con la prestación. Asimismo, para las trabajadoras contratadas a tiempo parcial establece el legislador que se abonará el subsidio todos los días naturales durante los que se encuentre suspendido el contrato de trabajo por esta causa y, por ende, con independencia de que la prestación de servicios se desarrollase sólo en determinados días.

2. El subsidio de riesgo durante el embarazo se abonará a las trabajadoras por cuenta propia durante el período necesario para la protección, mientras no pueda realizar su actividad profesional, según el artículo 25.2 del Real Decreto.

Directivas de la UE en materia de conciliación de la vida familiar y laboral

- Extinción

Las causas de extinción del derecho a la prestación son análogas para las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia. Del juego de los artículos 18.4 y 25.3 de la norma reglamentaria se extraen las siguientes:

1. Por el inicio del período de maternidad.
2. Por la reincorporación de la mujer a su puesto de trabajo o a otro compatible o por la reanudación de su actividad profesional.
3. Por la extinción legal del contrato o la baja en el correspondiente Régimen Especial de la Seguridad Social.
4. Por fallecimiento de la beneficiaria.

Cabría plantearse la cuestión de qué ocurre cuando la mujer embarazada pierde el hijo que esperaba, en cuyo caso, puede que, –al menos no inmediatamente, por lo que no sería de aplicación la segunda causa de extinción indicada–, no se produzca la reincorporación al trabajo o se reanude la actividad profesional, sino que, en términos generales, la trabajadora iniciará una situación de incapacidad temporal que, según mi opinión, pondría también fin a la prestación, ante la desaparición de la causa.

- Denegación, anulación y suspensión

Los artículos 19 y 26 del Real Decreto 1251/2001 transcriben literalmente el artículo 132 de la Ley General de Seguridad Social. Ha de destacarse, en primer lugar, que hubiese bastado el reenvío a la norma indicada, sin necesidad de transcribirla y, en segundo lugar, que, debido a que, como se ha indicado, ambos preceptos son del mismo tenor, debieron incluirse en la sección 3ª del capítulo III relativa a “normas comunes a las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia”, no siendo, por ende, adecuada su ubicación sistemática.

Las causas por las que la Entidad Gestora puede denegar, anular o suspender el derecho son:

1. Por haber actuado fraudulentamente la beneficiaria para obtener o conservar el subsidio.

**LAS CAUSAS
DE EXTINCIÓN
DEL DERECHO
A LA PRESTACIÓN
SON ANÁLOGAS
PARA LAS TRABAJADORAS
POR CUENTA PROPIA
Y POR CUENTA AJENA**

2. Por realizar cualquier trabajo o actividad por cuenta propia o ajena, iniciados con posterioridad al nacimiento del subsidio, incompatibles con su estado.

b') Trabajo nocturno

La Directiva Comunitaria 92/85 regula una serie de medidas que deberá adoptar el empresario para garantizar la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, que van desde la adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada y, si no resultara técnica u objetivamente posible, el cambio de puesto de trabajo, a la dispensa de trabajo durante el período necesario. La adopción de dichas medidas ha de llevarse a cabo tras un procedimiento de evaluación de riesgos, de conformidad con los artículos 3 a 6 de la Directiva indicada. La transposición de esta normativa al ordenamiento español se ha producido en el artículo Décimo de la Ley 39/1999, que da una nueva redacción al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en cuyo párrafo 1º regula la primera de las medidas reseñadas, a saber, el cambio de las condiciones o del tiempo de trabajo de la “trabajadora en situación de embarazo o parto reciente”, si, tras el proceso de evaluación de riesgos, se revelase un riesgo para la seguridad o salud de la trabajadora o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia. Y a continuación, en este mismo párrafo y, por tanto, participando de lo expuesto en cuanto a la evaluación preceptiva de los riesgos y determinación de la naturaleza, grado y duración de la exposición, es decir, con un nivel de protección similar al contenido en el artículo 4 de la Directiva, en relación con los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo a los que se refiere el Anexo I de la Directiva, establece que “dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos”. Sin embargo, el artículo 7 de la Directiva 92/85 obliga a una regulación distinta de la ordinaria expuesta y diferenciada en cuanto a su régimen. La propia interpretación sistemática de dicho precepto evidencia lo anterior, pues, si el legislador comunitario hubiese pretendido aplicar el mismo régimen previsto para las actividades con riesgo específico de exposición a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo, contenidos en los Anexos I y II, hubiese incluido el trabajo nocturno en los artículos 3 a 6 y no hubiese sido necesario dedicarle un precepto aparte. De este modo, el artículo 7 de la Directiva obliga a los Estados a tomar las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno durante el embarazo o durante un período consecutivo al parto, que se determinará por la autoridad nacional competente y previa presentación de certificado médico que dé fe de esta necesidad.

Parece, por tanto, que la mera realización del trabajo nocturno es considerada por la Directiva como gravosa para la mujer que se encuentre en las situaciones protegidas y, por lo tanto, la constatación de esta circunstancia, con un certificado médico que avale la necesidad de adoptar medidas, basta para que proceda la aplicación de las mismas, sin que sea preciso, como exige el artículo 26.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que se lleve a cabo un procedimiento de evaluación previo y la determinación de la naturaleza, grado y duración de la exposición.

Por otro lado, en relación con las medidas a adoptar, la normativa española sólo prevé la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, lo que conllevará, por tanto, o bien el traslado a un trabajo diurno o bien una reducción de la jornada nocturna, compensada con la correspondiente en trabajo diurno. No obstante, el artículo 7 de la Directiva, contempla, además de esta posibilidad, la de dispensa del trabajo o una prolongación del permiso por maternidad. A estos efectos, la protección en el ámbito de la legislación española sólo se ha contemplado respecto de la trabajadora embarazada y, por tanto, mediante una dispensa del trabajo, a través de la nueva contingencia regulada en la Ley 39/1999 y desarrollada por el Real Decreto 1251/2001, con cargo al sistema público de Seguridad Social, de riesgo durante el embarazo, —que se ha analizado anteriormente— que conlleva la suspensión del contrato de trabajo. La laguna en la transposición de la Directiva, relativa a la situación de la trabajadora que haya dado a luz “durante un período consecutivo al parto que será determinado por la autoridad nacional competente”, con la posibilidad de adoptar dos medidas subsidiariamente, o bien el traslado a un puesto de trabajo diurno o la prórroga del permiso de maternidad, habrá de ser integrada a partir de la negociación colectiva, mecanismo permitido expresamente por el artículo 14.1 de la propia Directiva.

b) Protección de la familia

La Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, incorpora en su Anexo, formando parte integrante de la misma, el acuerdo marco sobre el permiso parental adoptado por la UNICE, el CEEP y la CES, cuya cláusula segunda regula el permiso parental y la cláusula tercera la ausencia al trabajo por motivos de fuerza mayor. Respecto del primero, a mi juicio, se establecen las siguientes pautas para su regulación por los Estados miembros:

1. Características:

- Beneficiarios: hombres o mujeres.
- Causa: nacimiento o adopción de un hijo.
- Duración: durante un mínimo de tres meses, para ocuparse de él hasta una edad determinada de hasta ocho años.

2. Principio: es un derecho no transferible.

3. Condiciones de acceso:

- Modalidades: en jornada completa, en jornada parcial, de forma fragmentada o en forma de un crédito de tiempo.
- Carencia: no podrá ser superior a un año.
- Han de ajustarse las condiciones de acceso y las modalidades a las circunstancias particulares.

- Preaviso: se fijará el plazo por las legislaciones nacionales y el trabajador deberá concretar el inicio y el fin del permiso en el preaviso.
 - Denegación: el empresario estará facultado para autorizar acuerdos particulares y para posponer la concesión por las siguientes causas y otras análogas:
 - Porque el trabajo sea de tipo estacional.
 - Porque no pueda encontrar un sustituto.
 - Porque una proporción significativa del personal lo solicite al mismo tiempo.
 - Porque una función determinada sea de tipo estratégico.
4. Se adoptarán por los Estados miembros medidas contra el despido.
 5. Se garantizará la reincorporación del trabajador al mismo o similar puesto de trabajo.
 6. Se podrán establecer derechos a prestaciones de Seguridad Social y, en particular, a la asistencia sanitaria.

La cláusula tercera de la Directiva 96/34 regula las ausencias al trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a razones familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente, permitiendo la limitación de su duración por año y por caso.

La cláusula 3ª del Acuerdo sobre el permiso parental, acogido por la Directiva 96/34 establece, en sede de ausencias del trabajo por motivos de fuerza mayor, en su párrafo primero, que “los Estados miembros y/o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos y/o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador”, pudiendo precisar las condiciones de acceso, las modalidades de aplicación y limitar la duración por año o por caso, según el apartado 2º.

Como puede observarse la normativa comunitaria sólo compele a los Estados miembros a regular la posibilidad de los trabajadores de ausentarse del trabajo por motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente, dejando un amplio margen de discrecionalidad sobre el régimen concreto de articulación de dicho derecho, no sólo en manos del legislador nacional sino con una remisión expresa, que evidencia la importancia en la materia de la actuación de los interlocutores sociales y del ámbito de actuación de la negociación colectiva.

Directivas de la UE en materia de conciliación de la vida familiar y laboral

El legislador español ha optado por una regulación detallada de los supuestos de ausencia fundada en estas circunstancias, limitando, de este modo, el campo de aplicación de la normativa paccionada.

La Ley 39/1999, en lo que constituye la transposición al ordenamiento interno, concretamente de la Directiva Comunitaria 96/34, amplía considerablemente los supuestos de protección de las familias de personas trabajadoras, a través de cuatro campos de actuación: los permisos retribuidos, la reducción de jornada, la suspensión del contrato y la excedencia por cuidado de familiares, incluyendo en la misma, la establecida para cuidado de hijos. A su vez, la Ley 12/2001, de 9 de julio, introduce, con un evidente objetivo integrador de la anterior norma, un permiso y una reducción de jornada para facilitar la atención materna y paterna al neonato que requiera hospitalización tras el parto y, por la misma causa, una nueva modalidad de disfrute del permiso por maternidad. El desarrollo reglamentario de la prestación económica del Sistema de la Seguridad Social por maternidad ha tenido lugar por el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre.

a') Permisos retribuidos

a") *Por nacimiento, muerte, enfermedad o accidente u hospitalización de un familiar*

El artículo primero de la Ley 39/1999 da una nueva redacción al artículo 37.3.b) del ET, en sede de permisos, que establece “dos días por el nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad grave u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días”.

Tal vez hubiese sido conveniente, dado el objeto del permiso, que se hubiese incluido en la regulación una referencia a que el mismo no precisa de autorización por el empresario, aunque sí de comunicación por el trabajador a éste¹⁸, aunque debe entenderse que lo indicado ha de ser la interpretación más acorde con el objetivo de la norma.

**HUBIESE SIDO
CONVENIENTE,
HABER INCLUIDO
EN LA REGULACIÓN
UNA REFERENCIA A QUE
EL PERMISO NO NECESITA
AUTORIZACIÓN
POR EL EMPRESARIO,
AUNQUE SÍ
COMUNICACIÓN A ÉSTE**

(18) GARCÍA MURCIA, J., “La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Revista del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Justicia Laboral*, febrero 2000, pág. 24.

Por otro lado, también es criticable que se haga referencia sólo al parentesco por consanguinidad o por afinidad y no al parentesco por adopción e incluso que se haya tomado como parámetro los vínculos familiares hasta el segundo grado, cuando lo relevante son los lazos afectivos, habiendo sido deseable la inclusión también del cónyuge.

b") *Por lactancia*

Como tal, el permiso de lactancia no viene regulado ni en la Directiva 92/85, ni en la 96/34. Sin embargo, ya se reconocía en el Convenio núm. 3 de la Organización Internacional del Trabajo, de 29 de noviembre de 1919, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto y se recoge en el Convenio núm. 103, de 28 de junio de 1952, relativo a la protección de la maternidad, así como en la última versión, en el Convenio núm. 183, de 15 de junio de 2000.

El artículo segundo de la Ley 39/1999 da una nueva redacción al artículo 37, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores y dispone que “las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia al trabajo, que podrán dividir en dos fracciones”. Tras establecer la posibilidad de sustituir este permiso por una reducción de la jornada en media hora, regula los beneficiarios del mismo que podrán ser, indistintamente, la madre o el padre, en caso de que ambos trabajen. Se trata, según la propia Ley 39/1999 de un permiso retribuido, con cargo al empresario y no al sistema público de Seguridad Social.

Se ha criticado por la doctrina científica¹⁹ la escasa extensión temporal del permiso de lactancia, que en la práctica no cumple su objetivo, a saber, conciliar el trabajo con la lactancia del hijo menor de nueve meses, existiendo propuestas más acordes con el fin de la norma, en el sentido de que sería más interesante que se estableciera a favor del trabajador un crédito de horas igual al del permiso, de forma tal que pudiera ser utilizado por éste, en función de las necesidades del menor hasta que alcanzase los nueve meses.

Frente a la regulación concreta de este permiso en Austria, España, Grecia, Italia y Portugal, en los países nórdicos, Dinamarca, Finlandia y Suecia, no se contempla, ya que cuentan con permisos parentales mucho más largos²⁰.

(19) PÉREZ DEL RÍO, T., “La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate”, *Revista Temas Laborales*, núm. 52, 1999, págs. 49 y 50.

(20) *Guía de buenas prácticas para conciliar la vida familiar y profesional*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 89.

Directivas de la UE en materia de conciliación de la vida familiar y laboral

c”) Para la atención materna y paterna del neonato mientras requiera hospitalización después del parto

La Ley 12/2001, de 9 de julio, anteriormente indicada, según su propia Exposición de Motivos, amplía la normativa de los permisos por maternidad y paternidad, siguiendo la línea de la Ley 39/1999. De este modo, la Disposición Adicional Octava contiene la regulación de permisos de maternidad o paternidad en casos de nacimientos prematuros o que requieran hospitalización a continuación del parto, adicionando al Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, el apartado 4 bis del artículo 37, que regula un permiso retribuido con el siguiente tenor: “en los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora”.

El permiso puede ser disfrutado tanto por la madre como por el padre que preste servicios retribuidos por cuenta ajena. La extensión temporal coincide con el período de hospitalización del neonato. Por otro lado, el mismo precepto, tras regular por esta causa la reducción de jornada, que se estudiará en el siguiente epígrafe, dispone que “para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el apartado 6 de este artículo”; párrafo que introdujo la Ley 39/1999 y que establece que corresponde al trabajador la concreción horaria y la determinación del período de disfrute, debiendo preavisar al empresario con quince días de antelación a su reincorporación a la jornada ordinaria, debiendo resolverse las discrepancias por el trámite del artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.

En realidad, dados los términos del precepto que instaura la posibilidad del permiso, parece que el período de disfrute permite escasas discrepancias, pues será el tiempo de hospitalización del menor, como se ha indicado.

d”) Para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto

De conformidad con el párrafo quinto del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, “las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo”.

La regulación de este permiso trae causa de la transposición al ordenamiento interno de la Directiva Comunitaria 92/85.

Estamos en presencia de un permiso retribuido por el empresario, siempre que se acredite fehacientemente la necesidad de disfrutarlo durante la jornada laboral. Sería necesario, en aras de contribuir al fortalecimiento de la corresponsabilidad de la paternidad, que se estableciera un permiso a favor de los padres para acompañar a sus parejas²¹.

(21) Guía de buenas prácticas para conciliar la vida familiar y profesional, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 77.

b') Reducción de jornada

a") Modalidades

- Retribuida: lactancia

El permiso por lactancia al que se ha hecho referencia anteriormente, puede ser sustituido por una reducción de la jornada con la misma finalidad, de acuerdo con el artículo 37, párrafo cuarto, que establece que “la mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad”. Es importante resaltar el uso, en relación con la jornada del término “su”, lo que permite interpretar que, para el caso de prestación de servicios a tiempo parcial, la reducción será posible, a tenor del artículo 12, párrafo cuarto, del citado texto, en proporción al tiempo trabajado, aunque ello puede dejar vacío de contenido este precepto, al ser difícil, en ese caso, el cumplimiento de la finalidad de lactancia del menor de nueve meses. No obstante, habrá de ser regulada la materia por la negociación colectiva.

- No retribuida

– Para la atención materna y paterna del neonato mientras precise hospitalización después del parto.

El párrafo 4 bis del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 12/2001, establece que, en el caso de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre “tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario”. Al igual que se indicó en relación con el permiso por esta misma causa, será de aplicación lo previsto en el párrafo 6º del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores.

– Guarda legal

En relación con la guarda legal, el artículo Segundo de la Ley 39/1999 reforma la redacción del artículo 37.5, párrafo primero, que dispone que “quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla”.

Es de destacar que la institución de guarda legal permite una extensión subjetiva del ejercicio de este derecho, pues incluiría no sólo los supuestos de filiación biológica o adoptiva, sino también los de acogimiento preadoptivo y acogimiento familiar permanente, no así el acogimiento familiar simple, al tener carácter transitorio; todo ello, en una interpretación en beneficio del menor de estos supuestos contemplados en el artículo

173 bis del Código Civil y como expresamente se establece en el artículo 2.1 del Real Decreto 1251/2001, aunque en sede de prestación por maternidad, pero por aplicación analógica.

Por otro lado, aun cuando de la redacción del precepto no parece extraerse que el minusválido haya tenido que ser previamente declarado en tal situación, afecto de un determinado grado de minusvalía, por la autoridad administrativa competente, no obstante, a tenor del artículo 2, párrafo 2º, apartado tercero del Real Decreto 1251/2001, aunque también por aplicación analógica, como se ha indicado en el párrafo precedente, podría considerarse que “se entenderá que el adoptado o acogido presenta alguna discapacidad cuando acredite una minusvalía en un grado igual o superior al 33%, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía”.

Por otro lado, sí que se exige en el precepto que analizamos que el minusválido no desempeñe una actividad retribuida. Cabría plantearse si los beneficiarios de prestaciones contributivas o no contributivas estarían incluidos en los sujetos que dan derecho a reducción de jornada, debiendo colegirse que sí, habida cuenta de que lo relevante no es la percepción de ingresos de cualquier naturaleza, sino la incapacidad para trabajar, que pone de manifiesto la necesidad de atenciones especiales por el trabajador que va a disfrutar de la reducción.

De acuerdo con la Directiva 96/84, estamos en presencia de un derecho del trabajador, aunque no lo reconozca expresamente así en la cláusula 3 al modo en que lo hace en la cláusula 2.1 del Acuerdo parental, pero sí lo recoge de esta forma el artículo 37.5.3º del Estatuto de los Trabajadores, que establece que “la reducción contemplada en el presente artículo constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”, lo que nos permite afirmar que cabrá que un mismo sujeto dé derecho a más de una reducción de la jornada solicitada por distintos trabajadores y, así, por ejemplo, podrán solicitarla ambos progenitores del menor o minusválido, ya que en este precepto no se contiene una limitación al efecto como la contenida en el artículo 37.4 para la reducción de jornada por lactancia, en el que se dice expresamente que “este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en el caso de que ambos trabajen”. La razón de la diferencia estriba en la distinta naturaleza jurídica de ambas reducciones de jornada, pues, de un lado, la de lactancia es retribuida, –re-

**EL PERMISO
DE LACTANCIA
PUEDE SER SUSTITUIDO
POR UNA REDUCCIÓN DE
LA JORNADA
CON LA MISMA FINALIDAD**

cayendo la carga de la misma, desde el punto de vista económico, sobre el empresario, que deberá abonar igual salario, con una disminución del trabajo—, frente a la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares que no es retribuida y, de otro, habida cuenta de la extensión temporal de una y otra, pues, frente a la reducción por lactancia que sólo se podrá disfrutar en relación con el menor de 9 meses, nada se dispone respecto de la guarda legal del minusválido, —aunque sí se establezca un límite a la duración de la del hijo menor, que es hasta los seis años—, o del familiar.

Otra cuestión que podría plantearse al respecto es si la reducción por jornada por guarda legal es acumulable a la reducción por jornada para cuidado de familiares, tema discutible, habida cuenta de que, por razones de organización empresarial, pudiera causar un perjuicio a la empresa, motivo por el que se ha limitado su extensión en relación con la jornada de trabajo, no pudiendo ser ni inferior a la tercera parte ni superior a la mitad.

Por consiguiente, dentro de estos parámetros sí que no habría problemas en su admisión, pero fuera de ellos, habrá de regularse o bien en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo. Pero, ante la ausencia de regulación, parece que cabría una negativa a su concesión por el empleador, al modo en que se contempla en el artículo 37.5.3º el supuesto en el que dos o más trabajadores de la misma empresa generasen el derecho a reducción de jornada por el mismo sujeto causante para cuidado de familiares, en el que el empresario “podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”²².

Por último, es relevante, a estos efectos, determinar si cabe la reducción de la jornada en la contratación a tiempo parcial, debiendo colegirse, en principio, que, aun cuando los trabajadores a tiempo parcial tienen los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo y que éstos serán reconocidos proporcionalmente al tiempo de trabajo, de conformidad con el artículo 12.4.d) del Estatuto de los Trabajadores, ello es “cuando corresponda en atención a su naturaleza” y, en estos supuestos, puede que la reducción de la jornada de un tercio a la mitad en el contrato a tiempo parcial, resulte insuficiente para el cumplimiento de los objetivos de la presente normativa, lo que no significa una merma de los derechos reconocidos a los trabajadores que prestan servicios bajo esta modalidad contractual, pues, por otro lado, también la misma permite una mayor disponibilidad del trabajador en relación con los que trabajan a tiempo completo²³.

— Cuidado de familiares

De conformidad con el apartado segundo del párrafo quinto del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, tendrán también derecho a una reducción de la jornada de trabajo, en los mismos términos que la establecida para el supuesto de guarda legal, “quien precise

(22) GARCÍA MURCIA, J., “La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Revista del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Justicia Laboral*, febrero 2000, pág. 27.

(23) GARCÍA MURCIA, J., “La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Revista del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Justicia Laboral*, febrero 2000, pág. 26.

Directivas de la UE en materia de conciliación de la vida familiar y laboral

encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida”.

Dos son los requisitos que han de concurrir en el familiar para que dé derecho a una reducción de la jornada del trabajador, a saber, que no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe una actividad retribuida. En relación con el primero, ha de destacarse que no es preciso que tenga una incapacidad permanente reconocida conforme a las normas de la Seguridad Social, pues lo relevante es la necesidad de atención o asistencia del trabajador y exigir lo contrario podría llevar al absurdo de denegar la reducción de jornada, cuando el familiar, aunque precisara de asistencia personal, no tuviera declarada una situación de incapacidad, por no reunir los presupuestos exigidos para causar el derecho, tal como el período de carencia.

En cuanto al segundo requisito indicado, que el familiar no desempeñe actividad retribuida, no significa que deba carecer de rentas, sino que no esté en condiciones de llevar a cabo una tarea que le reporte unos ingresos, por lo que no será óbice para el disfrute de la reducción de jornada que sea el familiar percceptor de una prestación contributiva o no contributiva.

Es criticable, a estos efectos, que no se haya incluido al cónyuge entre los familiares que dan derecho a la reducción de la jornada²⁴.

b”) Aspectos procesales

El artículo segundo, párrafo tercero, de la Ley 39/1999, añade un apartado nuevo al artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, el sexto, que constituye una disposición común al permiso y reducción de jornada por lactancia y por atención materna o paterna al neonato mientras se encuentre hospitalizado y a la reducción de jornada por guarda legal y por cuidado de familiares, al establecer que “la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria.

El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria. Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral”.

(24) PÉREZ DEL RÍO, T., “La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate”, *Revista Temas Laborales*, núm. 52, 1999, págs. 51 y ss.

Por consiguiente, la concreción del horario y del período de disfrute son facultades del trabajador, quien sólo deberá preavisar al empresario quince días antes de su reincorporación.

Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto, sino que, como se desprende, puede existir oposición por el empresario. A estos efectos, hubiese sido conveniente que se determinasen legalmente las causas por las que el empleador podría no aceptar el permiso o la reducción de la jornada, cuestión que el legislador español silencia, frente a la cláusula tercera de la Directiva 96/34 que sí contemplaba a título ejemplificativo algunas de ellas.

La sustanciación de estas discrepancias se hará por el trámite previsto en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, introducido por el artículo noveno de la Ley 39/1999, que establece un procedimiento urgente y preferente. El plazo para la interposición de la demanda por el trabajador será de veinte días desde la comunicación por el empresario de su disconformidad con la concreción horaria o el período de disfrute propuesto por aquél. La vista se señalará dentro de los cinco días siguientes a la admisión a trámite de la demanda, debiendo recaer sentencia en el plazo de tres días, que no será recurrible en suplicación, deviniendo firme.

c') Suspensión del contrato

a") Maternidad

El artículo 8 de la Directiva Comunitaria 92/85 compelió a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para que “las trabajadoras a que se refiere el artículo 2”, es decir, embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, disfrutaran de un permiso de maternidad “de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Asimismo, en el párrafo segundo de este precepto, dispone un período de descanso obligatorio de dos semanas antes y/o después del parto.

Los avances sociales tan importantes de los últimos tiempos hacia la corresponsabilidad de los padres en las relaciones con los hijos hicieron necesaria una reforma de la normativa expuesta, contemplada en la cláusula segunda de la Directiva 96/34, reguladora del permiso parental, a favor de hombres y mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros y los interlocutores sociales.

En este sentido es muy importante la labor que se puede llevar a cabo a través de la negociación colectiva, en el sentido de ir adelantándose a la norma e incluso abriendo el camino para reformas posteriores.

La Ley 39/1999 modifica el artículo 48, párrafo cuarto, del Estatuto de los Trabajadores, en su artículo quinto. A efectos de sistemática de estudio del permiso o suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de trabajo por razón de filiación biológica, distinguiremos tres apartados, a saber, el permiso de maternidad, el permiso de paternidad y las modalidades de disfrute.

- Permiso de maternidad

En relación con el primero, el artículo 48, párrafo cuarto, apartado primero, dispone que “en el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto”. A estos efectos, el Convenio núm. 103 de la Organización Internacional del Trabajo de 28 de junio de 1952, revisado por el Convenio núm. 183 de 15 de junio de 2000, establece una licencia de maternidad de, al menos, catorce semanas, de las cuales, seis deberán disfrutarse inmediatamente después del parto, normativa a la que se ha acogido nuestro ordenamiento interno, al haber suscrito España dicho Convenio, ampliando el plazo de catorce semanas a dieciséis.

- Permiso de paternidad

Respecto del permiso de paternidad, recoge el artículo que analizamos dos supuestos: en caso de fallecimiento de la madre y el de opción de ésta a favor del padre, habiendo establecido la Ley 12/2001 de 9 de julio, una nueva modalidad de permiso de paternidad, en el caso de hospitalización del neonato tras el parto y el Real Decreto 1251/2001, otra, para el supuesto en que la madre trabajadora no acredite el período mínimo de cotización exigido.

1. Fallecimiento de la madre

En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso de suspensión. La reforma adquiere relevancia si se tiene en cuenta que en la redacción anterior del precepto, en este caso, el padre sólo podía completar el permiso hasta las seis semanas del permiso obligatorio posparto, lo que suponía una despro-

**EN CASO
DE FALLECIMIENTO
DE LA MADRE, EL PADRE
PODRÁ HACER USO
DE LA TOTALIDAD O,
EN SU CASO, DE LA PARTE
QUE RESTE DEL PERMISO
DE SUSPENSIÓN**

tección del menor. La doctrina científica, analizando la materia en la regulación anterior al Real Decreto 1251/2001 había puesto de manifiesto la ausencia de norma para el caso de fallecimiento del hijo, manteniendo algún sector²⁵ que, para estos supuestos, se extinguía o no nacía el permiso. Actualmente, dada la redacción literal del artículo 7 de la norma reglamentaria reseñada, –aunque se refiera concretamente a la prestación económica de maternidad–, se puede afirmar que la suspensión del contrato de trabajo se extenderá hasta que se complete el período de descanso obligatorio de la madre de seis semanas posteriores al parto, quedando sin efecto, en el caso de que se hubiese llevado a cabo, al inicio del mismo, la opción del disfrute del resto del permiso a favor del padre. Y, además, esta suspensión procederá, aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad jurídica, si hubiese permanecido en el seno materno, al menos, 180 días. Esta interpretación considero que es acorde con el precepto indicado, que dispone el derecho de la madre a percibir durante este período la prestación de maternidad, lo que es compatible si en el mismo ha visto suspendido su contrato de trabajo.

2. Opción de la madre a favor del padre

De conformidad con el artículo 48, párrafo cuarto, apartado segundo, con independencia de las seis semanas de permiso obligatorio para la madre, posteriores al parto, “en el caso de que el padre y la madre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud”. Ha de cumplirse como presupuesto básico que ambos progenitores trabajen y, en este caso, la madre, como titular del derecho podrá optar por que el padre disfrute del resto del permiso, es decir, de las diez semanas que le faltarían para las dieciséis, o dos más por cada hijo a partir del segundo en caso de parto múltiple, o de parte de él, de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. Ha de resaltarse, por otro lado, que se amplía el plazo, –que antes era de cuatro semanas–, de posibilidad del permiso de paternidad, así como las modalidades de disfrutarlo.

Una de las problemáticas que se plantea es que la opción ha de ejercitarla la madre en el momento del inicio del permiso de maternidad, cuando hubiese sido más razonable que no se hubiese sometido a ningún instante concreto y se hubiese dejado a su voluntad.

Otra cuestión relevante es que no podrá disfrutar del permiso el padre, a pesar de haber ejercitado la opción en su favor, si en el momento de su efectividad, la reincorporación de la madre a su puesto de trabajo, supone un riesgo para su salud. En este supuesto, realmente, si lo que se pretende mediante el permiso de maternidad-paternidad es la protección, la atención y el cuidado necesarios del menor, tal finalidad no se cumple con la reseñada exigencia, pues si la reincorporación de la madre al trabajo conlleva un riesgo

(25) PÉREZ DEL RÍO, T., “La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate”, *Revista Temas Laborales*, núm. 52, 1999, pág. 55.

Directivas de la UE en materia de conciliación de la vida familiar y laboral

para su salud, ello evidencia que no se encuentra en condiciones de trabajar, por lo que, debería haberse articulado otra solución, ya que, tampoco, evidentemente, podrá cuidar del menor, por lo que tendría que pasar a la situación de incapacidad temporal y el padre poder disfrutar del permiso.

No obstante, esta posibilidad no ha sido ni contemplada en el artículo 9 del Real Decreto 1251/2001, que regula, precisamente la “maternidad, incapacidad temporal y extinción del contrato” y que exige, en todos los supuestos, el agotamiento del período de descanso por maternidad para el inicio de la incapacidad temporal, salvo el caso del párrafo tercero, apartado segundo, del artículo 9 indicado, en el que, iniciado el permiso de maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial, se produjese una situación de incapacidad temporal, en cuyo supuesto, se simultanearán ambos, con las peculiaridades en cuanto al cálculo del importe de las prestaciones que establece el mismo precepto.

Por otro lado, el artículo 7.2, apartado cinco, del Real Decreto 1251/2001, establece que, para el caso de que el padre falleciera, siendo perceptor del subsidio por paternidad, al haber optado la madre por que disfrutara el permiso, ésta podrá ser la beneficiaria por la parte del período que restara, aun cuando se hubiese reincorporado a su trabajo con anterioridad, por lo que habrá de interpretarse que la suspensión del contrato de trabajo de la madre seguirá la misma suerte que el subsidio.

Por último, ha de destacarse, a estos efectos, la regulación contenida en el artículo 8 de la norma reglamentaria referenciada que permite la revocabilidad de la opción a favor del padre por la madre “si sobrevinieren hechos que hagan inviable la aplicación de la misma, tales como ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación u otras causas análogas”.

3. Hospitalización del neonato tras el parto

La Ley 12/2001 introduce un nuevo apartado tercero al artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, estableciendo que “en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre”.

Ello pone de manifiesto, al excluirse de este permiso de maternidad el período de descanso obligatorio de la madre de seis semanas posteriores al parto, que podrá disfrutarlo el padre.

En principio, se trata de una modalidad del disfrute del permiso de maternidad-paternidad, cuya peculiaridad radica en el momento de inicio del mismo, que podrá ser, por decisión de la madre y, sólo en su defecto, del padre, el del alta hospitalaria del hijo prematuro o que, por cualquier otra causa, haya precisado de hospitalización.

4. Cuando la madre trabajadora no reúne el período mínimo de cotización

Podría entenderse que el artículo 4.1, apartado cuarto, del Real Decreto 1251/2001, contempla una posibilidad de permiso de paternidad, al establecer que “asimismo, en caso de parto, si la madre trabajadora no reúne el período mínimo de cotización requerido, el padre, a opción de la madre, podrá percibir el subsidio durante la totalidad del permiso de descanso que corresponda, descontando un período de seis semanas, siempre que aquél acredite el mencionado requisito”. Se trata de una novedad, pues, según la regulación de la materia en nuestro derecho, la madre es la titular del permiso de maternidad y, por tanto, quien puede optar por que lo disfrute el padre. Pero, en el presente supuesto, se trata de una situación peculiar, puesto que la trabajadora que carece del derecho a lucrar la prestación económica inherente al permiso de maternidad, al no acreditar el período de carencia exigido legalmente para ello, no obstante puede disponer de la prestación, en el sentido de optar por que sea el padre el que la perciba. No existe, por tanto, una correlación, como es lo habitual, entre el Derecho del Trabajo y el de la Seguridad Social.

- Modalidades de disfrute

Cabe distinguir, atendiendo a la regulación actual del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, tres modalidades de disfrute del permiso de maternidad-paternidad: de forma simultánea o sucesiva, ininterrumpida o interrumpida y en régimen de jornada completa o a tiempo parcial.

1. De forma simultánea o sucesiva

El permiso de paternidad podrá ser disfrutado, de acuerdo con el apartado segundo del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, disponiendo el apartado quinto del mismo precepto que, en los casos de disfrute simultáneo, la suma de ambos no podrá exceder de la duración del período establecido legalmente, es decir, de las dieciséis semanas o lo que corresponda para el caso de parto múltiple.

2. De forma ininterrumpida o interrumpida

Con carácter genérico, el disfrute del permiso de maternidad-paternidad será ininterrumpido y, sólo con carácter excepcional, en el caso de que el hijo haya nacido prematuramente o por cualquier otra causa haya precisado de hospitalización, se podrá, —una vez que la madre haya disfrutado del período de descanso obligatorio de seis semanas tras el parto—, reanudar el mismo, por la madre o el padre, —por decisión de la primera—, desde el alta hospitalaria del neonato.

3. En régimen de jornada completa o a tiempo parcial

En relación con este aspecto, el apartado quinto del párrafo cuarto del artículo 48 del Estatuto de lo Trabajadores establece que “los períodos a los que se refiere el presente

artículo podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen”. La flexibilización contemplada en la norma puede constituir una vía para la conciliación de la vida familiar y laboral, pero el problema radica en que no depende de la voluntad del trabajador, sino que ha de llegarse a un acuerdo con el empresario, requisito que puede hacer inviable la utilización del permiso en estas condiciones.

La Disposición Adicional Primera del Real Decreto 1251/2001 regula la suspensión del contrato de trabajo por maternidad a tiempo parcial, sin perjuicio de lo que se establezca en los convenios colectivos. En el párrafo segundo reitera la necesidad del acuerdo entre el trabajador afectado y el empresario, que podrá tener lugar al inicio del descanso —que será una vez transcurridas las primeras seis semanas de descanso obligatorio para la madre— o en un momento posterior y extenderse a todo el permiso o a parte del mismo. Una vez adoptado el acuerdo, podrá modificarse por otro que se pacte de nuevo, a instancia del trabajador, motivado por causas relacionadas con su salud o la del menor.

Este derecho podrá ser ejercido por la madre o por el padre, tanto si se disfruta el permiso de forma simultánea o sucesiva.

El período durante el que se disfrute el permiso de maternidad se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice.

El trabajador que disfrute de esta modalidad de permiso de maternidad no podrá llevar a cabo horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes y será incompatible con los permisos y reducciones de jornada analizados en el presente trabajo.

b”) Adopción o acogimiento

El apartado tercero del artículo 48, párrafo cuarto, del Estatuto de los Trabajadores establece el permiso de maternidad-paternidad en los supuestos de acogimiento, permanente o preadoptivo, y adopción, con una duración igual a la del permiso en la filiación biológica, a partir de la resolución administrativa o judicial, —salvo en los casos de adopción internacional, en que puede iniciarse cuatro semanas antes—:

**EL PERÍODO DURANTE
EL QUE SE DISFRUTE
EL PERMISO
DE MATERNIDAD
SE AMPLIARÁ
PROPORCIONALMENTE
EN FUNCIÓN
DE LA JORNADA
QUE SE REALICE**

1. Del menor de seis años.

2. Del mayor de seis años:

- Discapacitado o minusválido.
- Con especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes:
 - Por sus circunstancias o experiencias personales.
 - Por provenir del extranjero.

A estos efectos, el artículo 2.2 del Real Decreto 1251/2001 establece que para tener derecho a la prestación económica por maternidad será preciso que el mayor de seis años sea, a su vez, menor de dieciocho y, además, que el discapacitado, acredite una minusvalía igual o superior al 33%, de acuerdo con el Real Decreto 1971/1999, de 29 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Considero que tales exigencias pueden aplicarse a la suspensión del contrato de trabajo por adopción o acogimiento.

La distribución del período de suspensión se hará por el padre o la madre cuando ambos trabajen y podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y, previo acuerdo con el empresario, en régimen de jornada completa o a tiempo parcial.

Por último, tendrán igual valor que las resoluciones españolas, las extranjeras, de conformidad con la Disposición Adicional Quinta de la Ley 39/1999 y artículo 2.2, apartado primero, del Real Decreto 1251/2001.

c") Disposiciones comunes sobre protección social

La suspensión del contrato por maternidad o por adopción o acogimiento preadoptivo o permanente lleva aparejada el percibo de una prestación de Seguridad Social, regulada en el artículo 133 bis.a).quinquies de la Ley General de Seguridad Social, desarrollados reglamentariamente por los artículos 2 a 13 del Real Decreto 1251/2001. Siguiendo la sistemática utilizada en el estudio de la prestación de riesgo durante el embarazo, el análisis del subsidio por maternidad se extenderá a las situaciones protegidas, el hecho causante, los beneficiarios, la prestación económica y la dinámica de la protección.

1. Situaciones protegidas

De conformidad con el artículo 2.1 del Real Decreto 1251/2001 serán situaciones protegidas a los efectos de lucrar el subsidio por maternidad: la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, durante los períodos de

descanso establecidos en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, que reitera el artículo 30 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Función Pública relativo a los funcionarios. Por lo tanto, con remisión expresa a lo indicado al respecto en los epígrafes precedentes, se protegerá la maternidad durante el permiso de dieciséis semanas o dos más por cada hijo a partir del segundo en el supuesto de parto múltiple y, la adopción y el acogimiento, preadoptivo o permanente durante el mismo período, de los menores de seis años o, mayores de seis años y menores de dieciocho, discapacitados, —cuando acredite un grado de minusvalía en un grado igual o superior al 33% de acuerdo con los baremos establecidos en el Real Decreto 1971/1999—, o con especiales dificultades de inserción social y familiar por sus circunstancias o experiencias personales o por provenir del extranjero.

De conformidad con el artículo 2.3 del Real Decreto 1251/2001, se protegerá durante las mismas situaciones que coincidan con el cese en la actividad a los trabajadores por cuenta propia, salvo que para éstos no será admisible el disfrute de los permisos en régimen de jornada a tiempo parcial.

2. Hecho causante

De conformidad con el artículo 4.1 del Real Decreto 1251/2001, el hecho causante de la prestación será, en el supuesto de maternidad, la fecha del parto; en el supuesto de adopción, la fecha de la resolución judicial que la decreta y, en el caso de acogimiento, preadoptivo o permanente, la fecha de la decisión administrativa o judicial que la acuerde.

No obstante lo anterior, en el supuesto de adopción internacional que exija el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado y éstos inicien el permiso, como permite la legislación vigente, hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción, el hecho causante será la fecha de inicio del período de suspensión.

3. Beneficiarios

De conformidad con el artículo 4 del Real Decreto 1251/2001, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 133 ter de la Ley General de Seguridad Social, serán beneficiarios del subsidio por maternidad, los trabajadores, cualquiera que sea su sexo, que estando en alta o en situación asimilada a la del alta en algún Régimen del Sistema de Seguridad Social, acrediten un período mínimo de cotización de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante (parto o resolución judicial de adopción o decisión administrativa o judicial de acogimiento, con la peculiaridad expuesta en cuanto al supuesto de adopción internacional, relativa a que se produzca la suspensión del contrato hasta cuatro semanas antes a la resolución). Estas exigencias han de ser cumplidas por ambos progenitores en el caso de disfrute de forma simultánea o sucesiva del permiso de maternidad-paternidad. Dos son, por tanto, los presupuestos para el nacimiento del derecho:

1. Que el beneficiario esté en alta o en situación asimilada a la del alta.

El trabajador con derecho al subsidio podrá estar en alta en cualquier régimen de la Seguridad Social, estableciéndose en el artículo 4.3 de la norma reglamentaria mencionada que si lo estuviese en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de Empleados de Hogar recayendo la obligación de cotizar en el propio trabajador, se exigirá que esté al corriente en el abono de las cuotas a la Seguridad Social; sin perjuicio de que si presentase descubiertos en el momento del hecho causante, proceda la invitación al pago por la Entidad Gestora, según lo dispuesto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, regulador del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, procedimiento de aplicación también a los empleados de hogar con obligación de cotizar. Ha de resaltarse, como se ha indicado anteriormente, que éstos no podrán disfrutar del permiso de maternidad/paternidad en régimen de jornada a tiempo parcial.

Por otro lado, el artículo 5 del Real Decreto mencionado, utilizando el mecanismo del *numerus apertus*, según el tenor literal del párrafo sexto, considera situaciones asimiladas a las del alta, las siguientes:

- La situación legal de desempleo total con percepción de prestación por desempleo, nivel contributivo.
- El mes siguiente a la extinción de la excedencia forzosa o situación equivalente por designación o elección para cargo público representativo o para el ejercicio de funciones sindicales.
- El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.
- Los días cotizados que no se corresponden con efectiva prestación de servicios, para los colectivos de artistas y profesionales taurinos.
- La situación de desplazamiento al extranjero por razón de trabajo contemplada en el artículo 71 del Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre.

2. Que acredite un período mínimo de cotización de 180 días en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante; exigencia que no se ajusta al índice más bajo de natalidad de Europa con el que cuenta España y que supone, frente al descanso o permiso de maternidad obligatorio o por imperativo legal, tras el parto, que, en ocasiones, ante la falta de carencia, la trabajadora se vea obligada a dejar de prestar servicios sin obtener durante dicho período prestación alguna, es decir, a una suspensión del contrato de trabajo no retribuida, –puesto que, de un lado, al existir causa justificada de ausencias al trabajo, no cabría el despido que, por otro lado, pudiera ser nulo y, en cualquier caso, y, de otro, dado que se exige el mismo período de carencia para

lucrar la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, tampoco tendría derecho a este subsidio—, o bien, a la reincorporación inmediata a su puesto de trabajo, lo que es, en la mayoría de los supuestos, prácticamente imposible. A estos efectos, se ha de resaltar que el artículo 8.2 de la Directiva 92/85 dispone que “el permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Sin embargo, el artículo quinto de la Ley 39/1999 reforma el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, que, a su vez, establece un período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas inmediatamente posteriores al parto. Tal incremento del período del mal denominado “descanso” por maternidad, —pues no es una época en la que precisamente se descansa, por regla general—, puede, como se ha indicado, no ser un beneficio para la madre trabajadora que carezca del período de carencia necesario, aun cuando se encuentre prestando servicios en el momento del hecho causante. *De lege ferenda*, al menos, sería interesante que quedara exonerada la trabajadora del requisito de acreditar un determinado período de carencia para disfrutar del descanso obligatorio de seis semanas posteriores al parto, siempre que estuviese en alta o en situación asimilada a la del alta. Esta solución al problema expuesto estaría en concordancia con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000. El artículo 4.1, apartado 4º, del Real Decreto 1251/2001 ha venido a paliar, en cierta medida, —porque se refiere precisamente al período restante, transcurridas las seis semanas inmediatamente posteriores al parto—, la problemática expuesta, reconociendo, cuando la madre no tenga la carencia exigida para tener derecho a la prestación de maternidad, que ésta opte por que el padre, en quien sí concurren los presupuestos indicados, disfrute del subsidio.

Por otro lado, el artículo 4.2 del Real Decreto referenciado establece que “los trabajadores contratados a tiempo parcial tendrán derecho a la prestación económica por maternidad, con las particularidades establecidas en el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, por el que se desarrolla, en materia de acción protectora de la Seguridad Social, el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad”. Naturalmente, ha de distinguirse entre los beneficiarios del subsidio que ven suspendido su contrato de trabajo a tiempo parcial y los que disfrutan del

**EN LOS CONTRATOS
A TIEMPO PARCIAL
EL CÁLCULO
DE LAS COTIZACIONES
EFECTUADAS
PARA DETERMINAR
EL PERÍODO MÍNIMO
DE COTIZACIÓN SE DEBE
REALIZAR HORA A HORA**

permiso de maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial, respecto de los que no será de aplicación lo dispuesto en el precepto transcrito.

En relación con los contratados a tiempo parcial, se ha de destacar, en cuanto al período de carencia, que el cómputo de las cotizaciones efectuadas para determinar el período mínimo de cotización, debe realizarse hora a hora, como dispone el artículo 3.1 del Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, estableciendo que “para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización.

A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por 5, equivalente diario del cómputo de mil ochocientas veintiséis horas anuales. Cuando para poder causar la prestación de que se trate, excepto pensiones de jubilación e incapacidad permanente a las cuales será de aplicación lo establecido en el apartado 2 de este artículo, el período mínimo exigible deba estar comprendido dentro de un lapso de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante, este lapso se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente. La fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo”.

Tal regulación puede dificultar enormemente el acceso a la prestación por maternidad de las trabajadoras a tiempo parcial, —pues el empleo femenino constituye el mayor porcentaje, en el ámbito nacional, de esta modalidad de contratación—. En este sentido, ha de resaltarse que la normativa española se ajusta a lo preceptuado en el artículo 10.4 de la Directiva Comunitaria 92/85 que faculta a los Estados miembros para someter tal derecho a “remuneración o prestación” a que la “trabajadora de que se trate cumpla los requisitos que contemplen las legislaciones nacionales para obtener el derecho a tales ventajas”, con el único límite de que el período de trabajo previo no sea superior a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto. En España, como se ha indicado, el período para el cómputo de la carencia es el de cinco años y el mínimo de cotización exigido de 180 días, con las matizaciones expuestas para el trabajo a tiempo parcial. La conclusión que se extrae es que, quizás, *de lege ferenda*, podría modificarse la Directiva analizada suprimiéndose tal presupuesto del derecho a la prestación por maternidad.

Por último, en relación con los beneficiarios de la prestación por maternidad, ha de hacerse una referencia al supuesto de parto o adopción o acogimiento múltiple, en cuyo caso, a tenor del artículo 4.4 del Real Decreto 1251/2001, tendrá derecho a percibir el subsidio especial el que sea, a su vez, beneficiario de la prestación por maternidad, pero sólo uno de los progenitores, que en caso de parto será determinado por la madre y en el de adopción o acogimiento por libre decisión de los interesados.

4. Prestación económica

La prestación económica por maternidad consistirá, según el artículo 3 del Real Decreto 1251/2001, en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora, calculada conforme a las normas establecidas para la determinación de la misma en la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Mención especial, dadas sus peculiaridades, merecen los siguientes supuestos:

- El disfrute del permiso de maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial. En estos casos, la base reguladora del subsidio, de acuerdo con el artículo 6.1 del texto reglamentario, se reducirá en proporción inversa a la reducción de la jornada laboral.
- La determinación de la base reguladora de los trabajadores contratados a tiempo parcial se realizará conforme al artículo 5.2 del Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, que establece que “la base reguladora diaria de la prestación económica por maternidad será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365. De ser menor la antigüedad en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan”.
- Cuando ambos progenitores disfruten del permiso de maternidad, la prestación se calculará para cada uno en función de su respectiva base reguladora.
- En los supuestos de disfrute del permiso de maternidad en régimen interrumpido por hospitalización del neonato tras el parto, una vez tenga lugar el alta hospitalaria, la reanudación del subsidio por maternidad se llevará a cabo sin modificar su cuantía.
- El artículo 3.2 del Real Decreto 1251/2001 contempla, en relación con la determinación de la cuantía del subsidio en los casos de parto o adopción o acogimiento múltiples, una regulación muy distinta de la normativa anterior.

Y así, en el caso de parto múltiple, se tenía derecho a un subsidio especial según la Ley 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, en cuyo artículo 3, párrafo primero, disponía el derecho a una prestación económica de pago único, por parto múltiple, cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos; añadiendo en el párrafo segundo la cuantía de la prestación, que ascendía a cuatro veces el importe del salario mínimo interprofesional, si el número de hijos nacidos es de dos, ocho, si son tres y doce, si son cuatro o más. En el párrafo tercero, preceptuaba esta norma que serían beneficiarios de la prestación económica por parto múltiple las personas, padre o madre o, en su defecto, la persona que reglamentariamente se estableciera, que reuniese los requisitos fijados en los artículos 181 y 183 de la Ley General de la Seguridad Social, si bien el reconocimiento y percibo de la misma no quedaban supeditados a los ingresos de los beneficiarios.

No obstante lo anterior, el artículo 3.2 del Real Decreto 1251/2001 afirma que “en caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, posteriores al parto, o cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción”.

5. Dinámica de la protección

• Gestión y pago

De acuerdo con el artículo 11 del Real Decreto 1251/2001, la gestión y el pago de la prestación económica por maternidad corresponde a la Entidad Gestora respectiva, sin que quepa colaboración alguna de las empresas, lo que significa que no cabe el pago delegado.

Sólo podrá concertar la Entidad Gestora la colaboración en la gestión con el Instituto Nacional de Empleo cuando el beneficiario esté percibiendo la prestación por desempleo, nivel contributivo y pase a la situación de maternidad.

El pago del subsidio de maternidad se lleva a cabo por períodos vencidos, pero el subsidio especial para el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples, tendrá lugar en la modalidad de pago único, transcurridas las seis semanas posteriores al parto o a la resolución judicial de adopción o a la resolución o decisión de acogimiento.

• Nacimiento del derecho

A tenor de lo establecido en el artículo 7.1 del Real Decreto 1251/2001, el nacimiento del derecho al subsidio por maternidad se producirá el mismo día en que dé comienzo el período de descanso correspondiente; sin que sea obstáculo para ello ni la situación de huelga ni la de cierre patronal, según el párrafo tercero del precepto mencionado.

• Duración

En cuanto a la duración, dispone el artículo 7.2 del texto reglamentario, que se abonará el subsidio al padre o a la madre durante el período de descanso que haya disfrutado efectivamente cada uno de ellos; con las peculiaridades que al efecto se han señalado en los supuestos de fallecimiento del hijo, de la madre o del padre.

Al respecto, ha de resaltarse que, en el caso de que el neonato haya precisado hospitalización tras el parto, es posible la interrupción en la percepción del subsidio de maternidad, una vez disfrutado por la madre el período de las semanas obligatorias después del parto y la reanudación tendrá lugar a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, distinguiendo el artículo 7.4 de la norma indicada, en cuanto a la duración, si se inició el descanso por ma-

ternidad antes del parto o no. En el primer caso, la reanudación alcanzará sólo al período restante y, en el segundo, se extenderá a las diez semanas o las correspondientes para el parto múltiple.

La extinción del contrato de trabajo en los trabajadores por cuenta ajena o el cese en la actividad en los trabajadores por cuenta propia no interrumpirá la percepción de la prestación económica por maternidad.

- Extinción

El artículo 7.5 del Real Decreto reseñado establece las siguientes causas:

1. Por el transcurso del plazo máximo de duración del descanso de maternidad.
2. Por la reincorporación voluntaria del beneficiario antes del plazo máximo, en el caso de que el permiso se haya disfrutado exclusivamente por uno de los progenitores.
3. Para el caso del disfrute del permiso de forma simultánea o sucesiva por ambos, se extinguirá el subsidio para el que se reincorpore voluntariamente antes del plazo, pero el período que reste, incrementará el descanso del otro beneficiario.
4. Por el fallecimiento del beneficiario, salvo que le corresponda legalmente continuar percibiendo el subsidio al progenitor sobreviviente.
5. Por fallecimiento del hijo o acogido, aunque la madre podrá percibir el subsidio por maternidad hasta las seis semanas posteriores al parto.

- Denegación, anulación y suspensión

El artículo 10 del Real Decreto de aplicación establece que el subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido en los siguientes casos:

- a) Cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtenerlo o conservarlo.
- b) Cuando el beneficiario prestara servicios durante el descanso por cuenta propia o ajena, salvo que el disfrute se realizara en régimen de jornada a tiempo parcial.

**LA EXTINCIÓN
DEL CONTRATO
DE TRABAJO
EN LOS TRABAJADORES
POR CUENTA AJENA O
EL CESE EN LA ACTIVIDAD
EN LOS TRABAJADORES
POR CUENTA PROPIA
NO INTERRUPTIRÁ
LA PERCEPCIÓN
DE LA PRESTACIÓN
POR MATERNIDAD**

d') Excedencia por cuidado de familiares

a") De hijos

El artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, reformado por el artículo 4 del la Ley 39/1999, establece que “los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa”. Por otro lado, este mismo precepto, en su último apartado, dispone que “el período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente”.

Este último inciso plantea una seria problemática, ya que aunque el ordenamiento español contempla la posibilidad de un plazo máximo de tres años de excedencia para cuidado de hijos, sólo el primero tiene reserva de puesto de trabajo real, pues los otros dos años que puede durar la excedencia, la reserva es sólo para un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, lo que evidencia la falta de garantía para el reingreso del trabajador o trabajadora que haya optado por dicho disfrute, que puede, mediante esta institución, ver extinguida en la práctica, su relación laboral, *sine die*, hasta la existencia de vacante, dentro del mismo grupo profesional o categoría equivalente, sin derecho a indemnización alguna.

La Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1251/2001, como ya recogía el Real Decreto 356/1991, establece también durante el primer año, la consideración del excedente como en situación asimilada a la del alta, a efectos de prestaciones, y la cotización ficticia en dicho período. No obstante, esta regulación dista mucho aún de las normativas europeas encaminadas a hacer efectiva la conciliación de la vida familiar y laboral. De este modo, se puede resaltar cómo en Suecia, con un período de carencia o cotización mínima del trabajador o trabajadora de tres años anteriores, se aplica por el Estado una cotización ficticia, válida para causar derecho a prestaciones futuras, hasta que el hijo menor alcanza la edad de 4 años, facultando el reparto de estas cotizaciones entre los miembros de la unidad familiar, para que aquel que se dedique al cuidado de los hijos pueda computar tales cotizaciones²⁶.

Es interesante destacar, en cuanto a la reforma, la inclusión de la filiación no sólo por naturaleza o por adopción, sino también de los supuestos de “acogimiento, tanto perma-

(26) BALLESTER PASTOR, M^a.A., “La reforma del sistema de pensiones en Suecia, o los nuevos límites del estado de bienestar”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 20, 1995, págs. 108 y 109.

nente como preadoptivo”. Cabe indicar que, al igual que en la reducción de jornada, un mismo sujeto causante puede dar lugar a varias excedencias en distintos trabajadores, al configurarse como un derecho del trabajador, con la facultad del empresario de “limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”. Tal facultad debe entenderse que le permite no sólo denegar su ejercicio, sino permitirlo en otro momento.

b”) *De otros familiares*

La excedencia para cuidado de familiares está regulada en el artículo 46.3.2º del Estatuto de los Trabajadores que establece que “también tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a un año, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida”. Es interesante cómo faculta la norma, en la presente materia, que los interlocutores sociales amplíen, a través de la negociación colectiva, su extensión temporal.

Por otro lado, cabría plantearse si un trabajador puede hacer uso de esta excedencia, respecto al mismo sujeto causante, en distintas ocasiones a lo largo de su vida laboral. En principio, parece que la respuesta ha de ser negativa, habida cuenta que se trata de una circunstancia especialmente protegida por las garantías de reserva de puesto de trabajo y cómputo de antigüedad²⁷.

IV. CONCLUSIONES

Se ha criticado por algún sector doctrinal²⁸ que la reforma operada por la Ley 39/1999, no es consecuente con el principio comunitario de *mainstreaming*, que ha sido definido por la Comisión Europea como “integración de la dimensión de la igualdad”, principio que, aunque fue enunciado en el programa de acción de la Comisión sobre igualdad de oportunidades de 19 de julio de 1995 y en la Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 1995, relativa a este programa de acción, se consolidó como tal tras la Comunicación de la Comisión Europea titulada “Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias”, de 21 de febrero de 1996. Y se puede afirmar que, para conseguir esta integración de la dimensión de la igualdad, es relevante, desde el punto de vista del trabajador o de la trabajadora, la flexibilidad horaria, tema que la Ley 39/1999 no ha afrontado directamente, aunque sí regula algunos supuestos de reducción de la jornada y permite el disfrute del permiso de maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial. No obstante, ha de resaltarse que la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras se encuentra en íntima conexión con la flexibilidad horaria, cuyas principales manifestaciones son el trabajo a tiempo parcial,

(27) GARCÍA MURCIA, J., “La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Revista del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Justicia Laboral*, febrero 2000, pág. 27.

(28) BALLESTER PASTOR, M^a.A., *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Valencia, 2000, págs. 10 y 11.

la jornada fluida, la capitalización del tiempo de trabajo, la posibilidad de compartir un puesto de trabajo, el trabajo a domicilio y el teletrabajo²⁹, que actualmente constituyen una materia de *lege ferenda* en nuestro ordenamiento.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER PASTOR, M^a. A., “El ejercicio del derecho a la conciliación de la maternidad con el empleo”, *Actas de las Jornadas: Derecho a trabajar en igualdad*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Málaga-Sevilla, 1999.
- *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Valencia, 2000.
- “La reforma del sistema de pensiones en Suecia, o los nuevos límites del estado de bienestar”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 20, 1995.
- CABEZA PEREIRO, J., “Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Revista Documentación Laboral*, núm. 61, 2000-I.
- CASAS BAAMONDE, M.E., “Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo”, *Revista Relaciones Laborales*, 1998-I.
- ELOSEGUI ITXASO, M., “Derecho a la igualdad y Derecho a la diferencia”, *Actas de las Jornadas: Derecho a trabajar en igualdad*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Málaga-Sevilla, 1999.
- GALINDO SÁNCHEZ, J., “El ejercicio del derecho a la conciliación de la maternidad con el empleo”, *Actas de las Jornadas: Derecho a trabajar en igualdad*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Málaga-Sevilla, 1999.
- GARCÍA MURCIA, J., “La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Justicia Laboral*, febrero 2000.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Guía de buenas prácticas para conciliar la vida familiar y profesional*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2001.
- MIÑAMBRES PUIG, C., “La protección social en el proyecto de ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 19, 1999.

(29) *Guía de buenas prácticas para conciliar la vida familiar y profesional*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 51.

Directivas de la UE en materia de conciliación de la vida familiar y laboral

- PÉREZ DEL RÍO, T., “El acervo comunitario en materia de igualdad de trato: adecuación al ordenamiento jurídico interno”, *Actas de las Jornadas: Derecho a trabajar en igualdad*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Málaga-Sevilla, 1999.
- *Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral*, Tomo I, Sevilla, 1999.
- “La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate”, *Revista Temas Laborales*, núm. 52, 1999.
- VALLE MUÑOZ, F. A., *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Madrid, 1999.
- VILLA GIL, L.E. DE LA y LÓPEZ CUMBRE, L., “Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34/CE, sobre permiso parental”, *Revista del MT AA SS*, núm. extraordinario, 1999.
- ZARRÍAS ARÉVALO, G., *Actas de las Jornadas: Derecho a trabajar en igualdad*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Málaga-Sevilla, 1999.

Aspectos relevantes de la relación individual de trabajo afectados por la subcontratación de actividades: contratación, novación subjetiva (subrogación empresarial) y extinción del contrato de trabajo*

MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO

Profesora Ayudante Doctor
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

Aspectos relevantes de la relación individual de trabajo afectados por la subcontratación de actividades: contratación, novación subjetiva (subrogación empresarial) y extinción del contrato de trabajo

El fenómeno de la descentralización productiva empresarial proyecta sus efectos de manera singular sobre la relación individual de trabajo. La normativa laboral ha centrado tradicionalmente la regulación del contrato de trabajo en la bilateralidad de aquélla quedando, con frecuencia, los supuestos de interposición y externalización extramuros de las normas que delimitan la relación laboral entre trabajador y empresario. En otros casos, sin embargo, las propias normas laborales dan cobijo a aquellas situaciones forzando el texto del ET cuyo articulado sólo contiene puntuales y unidireccionales referencias

a aquellos supuestos (cesión de trabajadores, subcontratación de obras y servicios de la propia actividad y subrogación empresarial). Se revisan en este trabajo determinados aspectos de la relación individual de trabajo afectados por la subcontratación de actividades (contratación, novación subjetiva y extinción), esto es, aquellos extremos especialmente alterados por el recurso empresarial a la descentralización productiva aun cuando bien puede afirmarse que la afectación aludida va más allá y podría extenderse a cualquier aspecto o dimensión contractual (retribución, novación objetiva...)

(*) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación 06/HSE/0437/2004 "La descentralización productiva: Régimen legal y convencional. Problemas aplicativos en la Comunidad de Madrid", dirigido por el Prof. Ricardo ESCUDERO RODRÍGUEZ (Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Alcalá) y financiado por la Comunidad de Madrid (2005-2006).

Abstract

Outstanding aspects of the individual relationship of work affected by the subcontracting of activities: contracting, subjective novation (managerial subrogation) and extinction of the contract of work

The phenomenon of the managerial productive decentralization projects its effects in a singular way on the individual relationship of work. The laboral normative has centered the regulation of the work contract traditionally in the bilaterality of it being, frequently, the interference and outstanding cases outside of the norms that define the labor relationship between worker and manager. In other cases, however, the own labor norms are protecting those situations forcing the text of the ET whose articulate only contains punctual and unidirectional references to those hypothesis

(workers' surrender, subcontracting of constructions and services of the own activity and managerial subrogation). Are revised in this work determined aspects of the individual relationship of work affected by the subcontracting of activities (contracting, subjective novation and extinction), this is, those aspects specially altered because the managerial resource to the productive decentralization even when can be affirmed that the mentioned affectation goes further on and it could extend to any aspect or contractual dimension (retribution, objective novation...).

Sumario:

I. El contrato de trabajo ligado a la subcontratación de actividades empresariales.

A) Contrato para obra o servicio determinado como modalidad contractual estrella vinculada a la subcontratación de actividades. a) La aceptación jurisprudencial del contrato para obra o servicio determinado ligado a la ejecución de una contrata: la necesidad de trabajo temporalmente limitada de la empresa contratista o auxiliar y el indiferente carácter permanente de la actividad o servicio en la principal. b) Disposiciones negociales en torno a la celebración de contratos para obra o servicio determinado en supuestos de descentralización productiva. B) El recurso a otras modalidades contractuales estructurales: el contrato eventual por circunstancias de la producción y el contrato fijo discontinuo. C) Compromisos de empleo y otras medidas garantistas. D) Contratación indefinida, contratación temporal y subcontratación de actividades empresariales.

II. Subrogación empresarial: la sucesión de contratistas y otros supuestos transmisivos.

La relación de trabajo en la subcontratación de actividades

A) Descentralización productiva y sucesión de empresa. B) Elementos determinantes de la transmisión de empresas legal en supuestos de sucesión de contratistas: El cambio de criterio del Tribunal Supremo (STS de 20 de octubre de 2004) por influencia de la jurisprudencia comunitaria. C) La subrogación empresarial convencional. D) Las cláusulas subrogatorias contractuales. **III. Extinción del contrato de trabajo y descentralización productiva.** A) Extinciones contractuales en empresas principales conectadas a la descentralización productiva empresarial. a) El despido por causas económicas o empresariales fundado en el recurso a la descentralización productiva: la alegación de causa organizativa o productiva. B) Extinciones contractuales en las contrata y subcontratas de obras y servicios. a) Relativización de algunas normas sobre extinción de contratos de trabajo. b) Finalización de contrata y extinción del contrato de trabajo. a') Cumplimiento del término (atípico), condición resolutoria y extinción por causas productivas. a'') Finalización ordinaria y *ante tempus* de la contrata. a'b) Concertación de nueva contrata con idéntica empresa contratista y extinción de contratos de trabajo. c) Garantías frente al despido en la negociación colectiva. **IV. Descentralización productiva en la encrucijada entre eficacia empresarial y estabilidad en el empleo (reflexiones críticas).**

I. EL CONTRATO DE TRABAJO LIGADO A LA SUBCONTRATACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES

A) Contrato para obra o servicio determinado como modalidad contractual estrella vinculada a la subcontratación de actividades

No existe en nuestro ordenamiento jurídico modalidad contractual específica para supuestos de subcontratación de actividades empresariales por lo que el empresario contratista habrá de recurrir a las reglas generales de contratación laboral para vincularse con los trabajadores a su servicio. Por otro lado, la relación jurídica entre comitente y comisionista podrá revestir formas diversas que van mucho más allá de la rígida concepción de contrata de propia actividad del artículo 42 ET¹; junto a ella aparecerían las contrata simples u ordinarias y las contra-

**NO EXISTE EN NUESTRO
ORDENAMIENTO
JURÍDICO MODALIDAD
CONTRACTUAL ESPECÍFICA
PARA SUPUESTOS
DE SUBCONTRATACIÓN
DE ACTIVIDADES
EMPRESARIALES**

(1) Como afirma VARAS GARCÍA, existirá contrata tanto si el encargo realizado por el contratista es la realización de una obra (obligación de resultado) como si consiste en el desarrollo de unos servicios (más próximos a la obligación de actividad) ("Informe sobre la subcontratación y su relación con la temporalidad y la estabilidad en el empleo", RDS, núm. 12, 2000, pág. 231).

tas de obras o servicios que obligan a desarrollar el trabajo en los centros de trabajo de la principal². Todos estos supuestos encajarían en la subcontratación de actividades empresariales, descentralización productiva u *outsourcing* y en todos los casos cabría la celebración de contratos para obra o servicio determinado vinculados a la duración de la contrata concertada entre empresarios. Utilizaremos, por tanto, el término contrata en un sentido amplio o genérico que engloba a cualquier modalidad de contratación, tanto pública como privada³, en virtud de la cual se lleva a cabo la realización de obras o servicios para otro a través de una organización propia merecedora de la calificación de empresa por contar con los medios personales y materiales precisos para el desarrollo de la actividad al margen de la comitente⁴. En alguna norma colectiva se recoge, de forma precisa, lo que habrá de entenderse por recursos humanos externos u *outsourcing* que quedará fuera del ámbito de organización y control de la empresa realizando por su propia cuenta y riesgo y de manera independiente los servicios que prestan y para los que fueron contratados⁵.

a) La aceptación jurisprudencial del contrato para obra o servicio determinado ligado a la ejecución de una contrata: la necesidad de trabajo temporalmente limitada de la empresa contratista o auxiliar y el indiferente carácter permanente de la actividad o servicio en la principal

El TS, aun admitiendo cierta dificultad en reconocer la existencia de una obra o servicio determinado en el sentido habitual, estima la validez del contrato porque concurre una necesidad temporal de trabajo objetivamente limitada para la empresa encargada del servicio, sin que deba confundirse la permanencia de éste para la empresa comitente (o Administración)⁶, con la temporalidad que ha de apreciarse en la contratista empleadora con sus trabajadores⁷. Así, aunque no exista un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como la elaboración de una cosa dentro de un proceso con principio y fin y tampoco un servicio determinado, entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización, existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésa es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar que opera, por tanto, como límite temporal previsible, en la

(2) MARTÍN VALVERDE, A., "Protección jurídica del trabajo en contratas: la norma y la realidad normada", *DL*, núm. 68, 2003, pág. 15.

(3) SSTs de 15 de julio de 1996 (Ar. 5990), 3 y 18 de marzo de 1997 (Ar. 2194 y 2572, respectivamente).

(4) GÁRATE CASTRO, J., "Descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de seguridad social, con especial referencia a las Administraciones Públicas", *AL*, núm. 9, 2004, pág. 1035.

(5) Quedan incluidos aquí autónomos, contratas, contratos de puesta a disposición [CC de la empresa BSH Interservice, SA, de Madrid (BOCM de 3 de noviembre de 2003)].

(6) Vid. ALAMEDA CASTILLO, M.T., "La concesión administrativa como presupuesto del contrato para obra o servicio determinado. Reflexiones sobre los últimos pronunciamientos jurisprudenciales", *AL*, núm. 14, 2000, págs. 207 y ss.

(7) En general, la validez del contrato para obra o servicio determinado deriva del cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Que la obra o servicio contratado presente autonomía y sustantividad propias, dentro de la actividad normal de la empresa. b) Que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. c) Que en el momento de la contratación se especifique e identifique, con la suficiente precisión y claridad, la obra o servicio en el que va a ser empleado el trabajador. d) Que en el desarrollo de la actividad laboral, el trabajador sea ocupado normalmente en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas [SSTs de 30 de diciembre de 1996 (Ar. 9864), 11 de noviembre de 1998 (Ar. 9623), 21 de marzo de 2002 (Ar.5990) y 22 de junio de 2004 (Ar. 7472)].

medida en que el servicio se presta por el encargo de un tercero y mientras se mantenga éste. Aun cuando la realización del trabajo coincida con la actividad normal de la empresa, la contrata presenta autonomía y sustantividad propias; y ello pese a que pudiera existir una exigencia permanente del servicio para la empresa comitente.

Lo decisivo es, por tanto, el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición de empresario en el contrato de trabajo, excepto supuestos de cesión en los que la contrata es sólo un mecanismo de cobertura de un negocio interpositivo. Se mantiene, por tanto, la validez del contrato para obra o servicio determinado sujeto a la duración de una contrata al existir un elemento externo a la empresa que determina para ella la necesidad de un trabajo temporal⁸. Nos situaríamos en el artículo 49.b) o c) ET al aceptar la jurisprudencia que el contrato quede sometido a condición resolutoria —si la vigencia de la contrata actúa con incertidumbre plena— o a un término atípico —si la incertidumbre afecta sólo al cuando— descartándose abuso de derecho en el proceder del empresario que incorpore en los contratos individuales la cláusula que vincule la finalización de aquella figura contractual estructural a la de la contrata⁹.

Así, el carácter permanente de la actividad o servicio objeto del contrato resulta indiferente¹⁰ cuando la realización de éste queda en la práctica limitada en el tiempo no por su carácter sino por las condiciones en que se ha pactado la realización con un tercero y por cuenta de éste¹¹. Será pues la vigencia de la contrata y no el mantenimiento del servicio para la empresa principal lo que condiciona la duración de los contratos con la única limitación de que la misma haya operado por causas distintas de la voluntad del contratista y a él no imputables. Para la empresa contratista, por tanto, la actividad no es permanente, sino temporal, pues su duración depende del mantenimiento de la contrata o encargo y, por ello, la contratista puede utilizar el contrato para obra o servicio determinado. Como expresa SANGUINETI RAYMOND, el ángulo de contemplación de la temporalidad se desplaza del servicio en sí mismo considerado a la actividad de la empresa contratista, dejando de depender de parámetros materiales para vincularse a razones de índole puramente formal¹².

Por tanto, aun cuando pudiera cuestionarse la existencia de un (ordinario) contrato para obra o servicio determinado, el contrato será válido y eficaz la cláusula de temporalidad

(8) SSTs de 15 de enero y 25 de junio de 1997 (Ar. 497 y 6133), 18 de diciembre de 1998 (Ar. 307), 8 de junio 1999 (Ar. 5209), 20 de noviembre de 2000 (Ar. 1422), 26 de junio de 2001 (Ar. 6839), 5 de julio de 2002 (JUR 2002/252471), 12 de mayo y 22 de octubre de 2003 (Ar. 3275 y 8390), 30 de noviembre de 2004 (Ar. 1327) y 31 de enero de 2005 (Ar. 2849). Previamente sería rechazada tal posibilidad en SSTs de 26 de septiembre de 1992 (Ar. 6816), 17 de marzo y 10 de mayo de 1993 (Ar. 1866 y 4046, respectivamente) y 4 de mayo de 1995 (Ar. 3746).

(9) MERCADER UGUINA, J., *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 32; ALFONSO MELLADO, C., “Contratación temporal en la unificación de doctrina”, RDS, núm. 18, 2002, pág. 188.

(10) STSJ de Madrid de 17 julio de 2001 (Ar. 3876), STSJ de Galicia de 22 enero de 2003 (As. 1962) y STSJ de La Rioja de 22 de noviembre 2005 (As. 173 –2006–). La STS de 22 de octubre de 2003 (Ar. 8390) y la STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2005 [As. 319 (2006)] hablarán, por su parte, de “proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo” y temporalidad de la actividad para quien asume la posición de empresario en el contrato.

(11) STS de 20 de noviembre de 2000 (Ar. 5209), STSJ de Madrid de 29 de marzo de 2004 (JUR 2004/238069) y STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de abril de 2003 (JUR 2003/37300).

(12) SANGUINETI RAYMOND, W., “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?”, *Observatorio Laboral CCOO, Fundación Sindical de Estudios*, junio de 2006, pág. 26.

con arreglo al artículo 49.1.b) y c) ET, como una condición resolutoria o un término atípico, por no apreciarse abuso de derecho, al responder a una exigencia justificada de gestión¹³. La general aceptación del contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de una contrata fuerza los perfiles distintivos de esta modalidad contractual y no sólo en cuanto a las tareas o funciones a desarrollar sino también en la medida en que la negociación colectiva acepta la transmisión de estos contratos para obra o servicio determinado en supuestos de sucesión de contratistas. No situaríamos ante la sorprendente situación de que se transmiten contratos temporales sometidos a condición y pese al cumplimiento de la misma el nuevo empresario continúa vinculado a los trabajadores del cedente sin que ello implique una mutación del tipo de contrato ni una transformación en indefinido.

Llegados a este punto habría que cuestionarse hasta cuándo podrá mantenerse la concatenación de contratos para obra o servicio determinado. Algún convenio colectivo parece no poner reparo alguno a una *concatenación indefinida* al afirmar que el contrato para obra o servicio determinado cuya duración vendrá determinada por la vigencia del contrato de arrendamiento de servicios que constituye su objeto, se renovará automáticamente, respecto a cuantas empresas se sucedan en el servicio contratado (limpieza)¹⁴. La reciente modificación operada en el régimen de la sucesión de contratos temporales podría introducir algún elemento de protección en el ámbito del trabajo desarrollado en contratas aun cuando habría de procederse a una interpretación extensiva del artículo 12.Dos de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo¹⁵. El referido precepto exige, para poder adquirir la condición de fijo, que los trabajadores hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses en un período de 30, mediante la celebración de dos o más contratos temporales¹⁶ y la prestación de servicios debería haberse llevado a cabo, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto con la misma empresa¹⁷. Podría ocurrir que los trabajadores con contratos para obra o servicio determinado siguieran en el mismo puesto de la empresa contratista o en puesto diverso pero de funciones similares pese a que su prestación de servicios se llevara a cabo en empresas clientes distintas. La protección de la norma sobre encadenamientos sucesivos de contratos temporales podría alcanzar a los trabajadores de contratas si procedemos a una interpretación del puesto como función idéntica o similar¹⁸. Por otro lado y en el contexto de la sucesión de contratistas y concesionarios, existirán vínculos contractuales

(13) SSTs de 28 de febrero de 1996 y 8 de junio de 1999 (Ar. 2738 y 5209), STSJ de País Vasco de 12 de julio de 2005 (As. 2516).

(14) CC del sector de Limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid (BOCM de 16 de julio de 2005).

(15) BOE de 14 de junio de 2006.

(16) "... sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal".

(17) La negociación colectiva ya recogía, previamente, cláusulas similares. Así, el II CC de la empresa Comercial Mercedes Benz, SA Centro de Trabajo de la Calle Alcalá (Madrid) (BOCM de 18 de diciembre de 2003) indica que pasará a indefinido el personal que lleve 2 años con contrato temporal, a excepción de los contratados en prácticas o para la formación.

(18) En el Documento para la Mesa de Diálogo Social sobre el Mercado de Trabajo (18 de octubre de 2005) se recogía la necesidad de aplicar a los contratos para obra o servicio determinado en los supuestos de contratación y subcontratación, los límites temporales para los encadenamientos sucesivos de contratos temporales.

diversos (y, con frecuencia, sucesivos) con empresarios distintos con lo cual las empresas en las que prestarán servicios los trabajadores serán también distintas. Ahora bien, en aquellos supuestos en los que se produzca sucesión de empresa¹⁹, la lógica del artículo 44 ET conduce a pensar en la transmisión de una actividad económica organizada o de una unión de capital y trabajo de un empresario a otro por lo que la nueva regla garantista sobre concatenación de contratos temporales podría desplegar también aquí sus efectos. En tal situación no habría prestaciones de servicios similares o idénticas para distintas empresas sino relaciones laborales temporales para la misma empresa (y empresarios distintos) con lo cual entraríamos en el supuesto de hecho de la norma al que –cumpliendo los requisitos temporales– habría de aplicarse aquella consecuencia jurídica (adquisición de la condición de fijo).

De igual modo, serían indefinidos los contratos de aquellos trabajadores que aun habiendo sido contratados por obra o servicio determinado fueran destinados al desarrollo de actividades normales o permanentes teniendo esa prestación de servicios temporal carácter fraudulento²⁰.

b) Disposiciones negociales en torno a la celebración de contratos para obra o servicio determinado en supuestos de descentralización productiva

La posibilidad de concertar contratos para obra o servicio determinado vinculados a la duración de contratos se refuerza si existen normas convencionales que contemplan tal posibilidad. No obstante, la validez de aquellos contratos no queda condicionada por la inclusión de cláusulas convencionales específicas pues el reconocimiento del carácter temporal de los contratos por la autonomía colectiva sólo es una garantía adicional a la hora de enjuiciar la licitud de las cláusulas incorporadas a los contratos individuales, pero no un requisito imprescindible para su validez²¹. La jurisprudencia viene declarando que cuando se enuncian los supuestos de utilización de las modalidades de contratación temporal no pueden dejar de cumplirse las causas de temporalidad impuestas por la legislación en esta materia, de manera que, si no se respetan di-

SE EXIGE, PARA QUE LOS TRABAJADORES PUEDAN ADQUIRIR LA CONDICIÓN DE FIJO, QUE ÉSTOS HUBIESEN ESTADO CONTRATADOS DURANTE 24 MESES EN UN PERÍODO DE 30, MEDIANTE LA CELEBRACIÓN DE DOS O MÁS CONTRATOS TEMPORALES

(19) Vid. *infra* 2.

(20) SSTSJ de Asturias de 18 de junio y 24 de septiembre de 2004 (centro ecuestre municipal –JUR 2004/258203 y As. 587–) y STSJ de Extremadura de 2 de marzo de 2006 (piscina municipal –AL, 2006, rfcia @ 616–).

(21) SSTS de 11 de noviembre y 18 de diciembre de 1998 (Ar. 9623 y 307, respectivamente), STSJ de Madrid de 10 de noviembre de 2004 (As. 843).

chas causas, en particular, la exigencia de autonomía y sustantividad propia en el contrato para obra o servicio determinado, el supuesto de contratación temporal establecido en el convenio devendrá nulo²². La negociación colectiva no podrá, por tanto, otorgar la calificación de actividades susceptibles de encuadramiento bajo la modalidad de contrato para obra o servicio determinado a aquellas distintas a las legalmente establecidas y si unas determinadas labores no son propias de este contrato, por faltarle alguno de los requisitos que legalmente lo caracterizan, el convenio no puede autorizar su utilización.

Curiosamente en convenios colectivos de empresas que desarrollarán normalmente actividades subcontratadas por otras principales no son abundantes las referencias al contrato para obra o servicio determinado. Probablemente, esta referencia convencional se considere innecesaria para los negociadores en la medida en que la amplia interpretación jurisprudencial del artículo 15.1.a) ET permite la generalizada utilización de aquella modalidad contractual aun sin cláusula expresa en el convenio colectivo de aplicación. Algunas referencias negociales se localizan, no obstante. Así el CC de la empresa Umano Servicios Integrales²³ tras reconocer que el contrato para obra o servicio determinado será el más común declara que tienen sustantividad propia todos los servicios contratados por un tercero para la realización de actividades o funciones cuya ejecución en el tiempo es, en principio, de duración incierta y cuyo mantenimiento permanece hasta la finalización o cumplimiento del servicio objeto del contrato. Estos contratos tendrán la misma duración que el servicio que haya sido concertado con un tercero, debiendo coincidir su extinción con la fecha de finalización de aquél.

Concluida, por tanto, la vigencia del contrato de arrendamiento de servicios que constituye su objeto, el contrato debería extinguirse, ahora bien, la fijación de cláusulas subrogatorias conduce el supuesto a lo que algún convenio denomina “renovación automática” respecto de cuantas empresas se sucedan en el servicio²⁴. El CC de la empresa Eulen recoge, por su parte, de un lado, el supuesto de finalización o resolución parcial del servicio, tarea o contrata que determinará la reducción proporcional de la jornada a desarrollar y, de otro, la posible asignación –ante necesidades de organización de la empresa– de tareas o servicios distintos a los contratados “sin perder la condición de contratado para obra o servicio siempre que el cambio de puesto no se prolongue más de dos meses consecutivos o sesenta días laborables alternos en un plazo de nueve meses”²⁵. Esta cláusula negocial se aleja de la lógica del contrato temporal estructural del artículo 15.1.a) ET y, en tales supuestos, por mucho que se incorporen límites temporales y se vinculen a necesidades organizativas, estaríamos ante contratos temporales distintos o ante una prestación de servicios de naturaleza indefinida²⁶.

(22) La STS de 23 de septiembre de 2002 (Ar. 704 –2003–).

(23) BOE de 11 de julio de 2002.

(24) CC del sector de Limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid (BOCM de 16 de julio de 2005).

(25) CC de la empresa Eulen, SA (Servicios Auxiliares) (BOCM de 22 de enero de 2005).

(26) Como expresa OLARTE ENCABO, el artículo 15.1.a) ET encomienda, únicamente, a la negociación colectiva, la identificación de los supuestos legales de utilización de esta modalidad “lo que no la habilita para operar una modificación de los

En otros casos, se recoge una referencia genérica a la posibilidad de celebrar contratos para obra o servicio determinado amparados en contratos mercantiles con otras empresas, acuerdos o convenios de colaboración con terceros²⁷ y alguna cláusula negocial alude, por su parte, a los convenios colectivos de las empresas con las que las contratistas puedan establecer relaciones mercantiles de prestación de servicios indicando, al efecto, que éstas podrán concertar contratos por obra o servicio para la realización de los trabajos y tareas con sustantividad propia indicados en la norma colectiva de aquéllas²⁸. En la determinación del objeto del contrato para obra o servicio en algún convenio se establece la posibilidad de simultanear dentro de un mismo contrato de trabajo la realización de las actividades correspondientes a cuatro servicios o pedidos diferentes oportunamente detallados en el contrato²⁹.

B) El recurso a otras modalidades contractuales estructurales: el contrato eventual por circunstancias de la producción y el contrato fijo discontinuo

Aun cuando el contrato para obra o servicio determinado será el habitual en empresas prestadoras de servicios a otras principales, en ocasiones, podrían surgir necesidades de contratación temporal determinantes del recurso a otras modalidades contractuales estructurales. Así, por ejemplo, algunos convenios habilitan a las empresas del sector a concertar contratos eventuales para adecuar temporalmente las plantillas a los períodos anuales en que habitualmente se produce un incremento de los servicios solicitados por los clientes, así como para atender a la acumulación de tareas que sea consecuencia del disfrute de vacaciones de la plantilla fijado en el calendario laboral³⁰. En otros supuestos, las vacaciones se cubrirán con personal interino que sustituye a trabajadores con derecho de reserva de puesto de trabajo³¹.

No obstante, la clara distinción legal entre unas figuras contractuales y otras no siempre es tan nítida en la negociación colectiva y plantea problemas en la práctica³². Así, el CC de

supuestos legalmente autorizados” (*Los contratos temporales estructurales. Aspectos jurídico-prácticos*, Comares, Granada, 2000, pág. 34). En sentido similar, FITA ORTEGA al referirse al carácter de mínimo de derecho necesario de la configuración normativa de la contratación temporal (“El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata”, *AL*, II, 2005, pág. 1367). *Vid.* STS de 25 de octubre de 1999 (Ar. 7838).

(27) XXIII CC de la empresa Sociedad española del Acumulador Tudor, SA para los centros de trabajo de Condesa de Venadito y Villaverde (BOCM de 7 de noviembre de 2003), CC de la Empresa Residencia de Nuestra señora de la Paz, respectivamente.

(28) CC de la empresa Gespro Outsourcing, SL (BOCM de 14 de septiembre de 2004).

(29) XXII CC de la empresa Futam, S.A. (BOCM de 24 de agosto de 2004).

(30) VII CC estatal de Entrega domiciliaria (BOE de 12 de marzo de 2004). El TS en SSTs (u.d.) 2 de junio, 5 y 12 de julio de 1994 (Ar. 6340, 6842 y 7156) aceptaría el recurso al contrato eventual para sustituir a los empleados en vacaciones. Recogen también referencias al contrato eventual el CC del sector de Ayuda a domicilio de la Comunidad de Madrid (BOCM de 9 de mayo de 2002) y el CC de la empresa Sociedad española de contratas (BOCM de 29 de junio de 2004).

(31) CC estatal de las Empresas de seguridad (BOE de 10 de junio de 2005).

(32) *Vid.* VICENTE PALACIO, M.A., *El contrato para obra o servicio determinado*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 76 y BALLESTER PASTOR, M.A., “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: nuevas fronteras de la contratación temporal estructural”, en AAVV, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 386.

la Empresa Gespro Outsourcing, SL³³ incluye entre los supuestos de contrato para obra o servicio determinado “la realización de trabajos o servicios que se efectúan por acumulación de tareas en las empresas con las que (la contratista) contrate mercantilmente” y entre los reconducibles a la celebración de un contrato eventual se situaría la necesaria cobertura de servicios que ante necesidades organizativas de carácter estacional no puedan ser prestados por personal fijo, interino o para obra o servicio³⁴. Lógicamente, en tales casos sería irrelevante la voluntad colectiva para determinar el objeto de un contrato temporal que se aparte del régimen legal y, en tales supuestos, los tribunales ya han declarado, por ejemplo, que aun cuando se hubiera celebrado inicialmente un contrato para obra o servicio determinado, la naturaleza cíclica o periódica de la actividad desarrollada reconduce la prestación de servicios al contrato para trabajadores fijos de carácter discontinuo. Se trataba de supuestos en los que las tareas a desarrollar no se incardinaban en servicios dotados de autonomía y sustantividad propias sino de carácter permanente aun cuando se apreciara alguna connotación temporal (v.gr., inicio y finalización de cada curso escolar)³⁵. Con carácter general, será posible el recurso al contrato eventual o por obra o servicio determinado cuando éstos se celebren para atender circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir, cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera del cualquier ciclo de reiteración regular. Por el contrario, existe un contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico o, lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad³⁶.

C) Compromisos de empleo y otras medidas garantistas

Indudablemente la primera medida garantista de la estabilidad en el empleo de los trabajadores con contratos para obra o servicio determinado vinculados a la duración de una contrata es la recepción convencional de cláusulas subrogatorias³⁷ en la medida en que por aplicación directa de la sucesión de empresa legal ex artículo 44 ET esos trabajadores perderían su empleo al finalizar la contrata a cuya ejecución quedaba ligado su contrato de trabajo. Las cláusulas convencionales habrán introducido, por tanto, una curiosa figura contractual que, en palabras de SALA FRANCO, es cercana a la del contrato indefinido, si bien sometida a la condición suspensiva de que sigan contratándose servicios por la

(33) BOCM de 14 de septiembre de 2004.

(34) En idéntico sentido, CC del sector de Limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid (BOCM de 16 de julio de 2005).

(35) Tienen tal carácter los servicios de Guardería prestados en el ámbito de los servicios sociales desarrollados por un Ayuntamiento [STSJ de Castilla y León de 13 de junio de 2005 (As. 2039)] o los de vigilancia de comedor escolar [STSJ de La Rioja de 30 de noviembre de 2004 (As. 543)].

(36) STSJ de Baleares de 3 mayo de 2005 (JUR 2005/157240) y STS de 5 de julio de 1999 (6443). Vid. PÉREZ REY, J., *El contrato eventual por circunstancias de la producción*, Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 29 y ss.

(37) En general, sobre la plasmación convencional de cláusulas y compromisos de empleo, vid., in extenso, PRADOS DE REYES, F.J., “Cláusulas de contratación y empleo en la negociación colectiva”, DL, núm. 64, 2001, SEMPERE NAVARRO, A.V. y NICOLÁS FRANCO, A., “Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva”, RMTAS, núm. 33, 2001.

empresa principal con la contratista o con otras empresas contratistas y que siga vigente un convenio colectivo que imponga tal subrogación³⁸.

Al margen de la lógica protección que implican las cláusulas subrogatorias existen otras disposiciones negociales encaminadas, de igual modo, a la protección del empleo de los trabajadores que prestan servicios en empresas o sectores con frecuente externalización de actividades o servicios. Tienen tal carácter las cláusulas que clarifican qué habrá de entenderse por finalización del servicio (disponiendo que éste no habrá concluido cuando se produzcan sucesivas renovaciones sin interrupción del contrato mercantil que da origen a aquél), las que contemplan vías de reubicación de los trabajadores ante reducciones de jornada³⁹ o las que recogen la obligatoria incoación de expediente de regulación de empleo suspensivo en caso de cierre temporal del centro de trabajo que obligue a la suspensión del servicio⁴⁰. En otros casos (Administración Pública) se establecen garantías especiales en la contratación por obra o servicio determinado⁴¹. Especial interés revisten las cláusulas convencionales que establecen compromisos de conversión de empleo temporal en fijo, en sectores especialmente afectados por la rotación de personal. Así, el III CC estatal para el sector del Telemarketing, tras reconocer que el contrato para obra o servicio determinado será el usual dentro del personal de operaciones⁴² y que es preciso dotar al sector de mayores niveles de estabilidad, recoge el compromiso de fijeza del 30% de la plantilla de cada empresa —personal de operaciones—⁴³. En el sector de Ayuda a domicilio, por su parte, el compromiso convencional de indefinidos asciende al 75% de la plantilla

**SERÁ POSIBLE
EL RECURSO AL CONTRATO
EVENTUAL O POR OBRA O
SERVICIO DETERMINADO
CUANDO ÉSTOS
SE CELEBREN PARA
ATENDER
A CIRCUNSTANCIAS
EXCEPCIONALES
U OCASIONALES**

(38) SALA FRANCO, T., “La sucesión de contratistas” en AAVV (dir. Pedrajas Moreno, A.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 280.

(39) Establece, en este sentido, el CC de la empresa Umano Servicios Integrales que el personal operativo podrá prestar servicios en otras actividades o servicios contratados por la empresa, cuando vea reducida su jornada por causa ajena a Umano, durante el tiempo que dure esta circunstancia y por el tiempo equivalente al reducido. En tal caso, el trabajador percibirá la totalidad de su retribución y, además, el contrato para obra o servicio determinado no se verá afectado por tal circunstancia.

(40) A la finalización del período de suspensión (por tiempo no superior a 1 año), los trabajadores afectados tendrán reservado el puesto de trabajo del centro en cuestión aunque en esa fecha se adjudicase el servicio a otra empresa [CC del sector de Limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid (BOCM de 16 de julio de 2005)].

(41) El II CC del Organismo Autónomo Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (BOCM de 19 de noviembre de 2003) establece que en las contrataciones para obra o servicio determinado cuya duración se estime superior a 6 meses, se seguirá el mismo procedimiento previsto en la norma colectiva para las plazas convocadas a cobertura definitiva.

(42) Para el personal de estructura quedará limitado a la realización de obras o servicios ajenos a la actividad normal de la empresa.

(43) III CC estatal para el sector del Telemarketing (BOE de 5 de mayo de 2005).

de cada empresa⁴⁴. Junto a ello, algunos convenios colectivos asumen el compromiso de emplear de forma directa a sus trabajadores y no recurrir a mecanismos de interposición (sean ETTs, contratas u otros) salvo “extrema necesidad”⁴⁵ o recogen facultades de información de los representantes de los trabajadores⁴⁶.

D) Contratación indefinida, contratación temporal y subcontratación de actividades empresariales

Pese a la aludida permisibilidad jurisprudencial, lo cierto es que el objeto del contrato para obra o servicio se fuerza en exceso cuando se pretenden reconducir a él servicios o actividades prestados por un trabajador en base a la relación mercantil entre su empresa y un tercero. Esto es, por encima del carácter temporal de la contrata (formal) sería preciso atender a la realidad material y conectarlo con la causalidad específica de esta modalidad contractual⁴⁷. Así, cuando los servicios concertados tuvieran carácter temporal para la contratista cabría acudir al contrato por obra o servicio o a otra modalidad contractual estructural mientras que en el supuesto de actividades permanentes para la empresa contratista, los contratos celebrados con sus trabajadores habrían de ser indefinidos aun cuando aquéllos prestaran servicios para empresas diversas en función de distintos contratos mercantiles con empresas clientes⁴⁸. Entenderlo de otro modo sería, como afirma BALLESTER PASTOR, incorporar un elemento de parcelación artificial que por acción de un instrumento igualmente artificial y externo como es la duración de una contrata, permite la contratación temporal sometida a condición o a término⁴⁹. Aquella referencia a los servicios concertados de carácter permanente para la contratista encajaría, por ejemplo, en el supuesto de una empresa informática cuyo objeto fuera la prestación siempre de tales servicios a otras empresas. La contratista debería celebrar con sus programadores contratos indefinidos, aun cuando la prestación de servicios de éstos pudiera desarrollarse de forma sucesiva en varias empresas clientes. La extinción de tales contratos indefinidos

(44) CC del sector de Ayuda a domicilio de la Comunidad de Madrid (BOCM de 9 de mayo de 2002).

(45) CC de la empresa Grupo Cantoblanco, SA en el centro de trabajo Hospital Ramón y Cajal de Madrid (BOCM de 24 de julio de 2004).

(46) En esta línea el CC del sector de Prevención-Extinción de Incendios forestales en la Comunidad de Madrid (BOCM de 15 de octubre de 2004) establece que cada seis meses las empresas entregarán a los representantes legales de los trabajadores –siempre que sea requerido por los mismos– relación de las personas que componen los distintos servicios, zonas o departamentos de la empresa con indicación de la antigüedad, la categoría, el tipo de contrato y su fecha de vencimiento.

(47) Se trataría, en definitiva, de recuperar la causalidad del contrato temporal para obra o servicio determinado atendiendo a la tarea efectuada y no a la prestación de servicios a un tercero. Tal planteamiento presidía la abandonada doctrina del TS contenida en las Sentencias de 26 de septiembre de 1992 (Ar. 6816), 17 de marzo de 1993 (Ar. 1866) y 4 de mayo de 1995 (Ar. 3746), citadas *supra* (vid. LAHERA FORTEZA, J., *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, La Ley, Madrid, 2001, pág. 75).

(48) En esta línea mantiene SÁNCHEZ TORRES que el contrato para obra o servicio determinado vinculado a una contrata sólo debería ser admisible cuando se dirigiera, al amparo de una contrata mercantil no estable, a la realización de actividades revestidas de autonomía y sustantividad material en relación a la actividad de la empresa y cuyas condiciones de ejecución hicieran imprescindible la suscripción de un contrato temporal frente al indefinido, atendidas circunstancias como la necesidad temporal de incrementar la plantilla ordinaria o el nivel de inversiones [“Los efectos de la descentralización productiva sobre el ámbito temporal y subjetivo del contrato de trabajo”, en AAVV (dir. Del Rey Guanter, S., coord. Luque Parra, M.), *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 157].

(49) BALLESTER PASTOR, M.A., “El contrato temporal condicionado a la duración...”, *op. cit.*, pág. 399.

La relación de trabajo en la subcontratación de actividades

no se produciría, sin más, por finalización o pérdida de una contrata sino que sería preciso alegar y probar el encaje de tal situación en las causas productivas de los artículos 51 y 52.c) ET y ello implica la necesaria conexión funcional entre la viabilidad empresarial amenazada (pérdida de eficiencia o rentabilidad) y la extinción de los contratos de trabajo.

El propio TS recoge un planteamiento similar en la revisión de contratos temporales (eventual, obra o servicio) celebrados al amparo de ayudas o subvenciones públicas. Entiende al Tribunal que la existencia de una subvención no se puede elevar a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez de un contrato temporal causal. Así, del carácter anual de un 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 pero no a los servicios básicos que aquéllas financian. Por tanto, la financiación, en sí misma, no puede ser causa de la temporalidad de la relación y buena prueba de ello es el reconocimiento legal como específica causa de extinción objetiva del contrato de trabajo [artículo 52.e) ET], de la pérdida o insuficiencia de la consignación presupuestaria o de otro orden de los planes y programas que no tengan un sistema estable de financiación⁵⁰. El TS ya ha aplicado tal doctrina a administraciones públicas y a otras entidades sin ánimo de lucro (fundaciones) y su traslación a otros empleadores y elementos de temporalidad como pueden ser los contratos mercantiles entre empresarios conduciría a no aceptar esa temporalidad contagiada de las relaciones entre empresas a los servicios o actividades que se prestan por los trabajadores de contratas⁵¹.

Otra opción (menos garantista, no obstante) sería la posible configuración de una figura contractual temporal autónoma ligada a la externalización de actividades empresariales con indemnización reforzada y causas de extinción tasadas (artículo 49 ET). Tal previsión normativa debería excluir la extinción automática en casos de contratas sucesivas con el mismo empresario y con idéntico objeto o de finalización de la contrata por mutuo acuerdo, voluntad o incumplimiento de la contratista y exigiría –cuando no operara la subrogación– reconducir a los trabajadores afectados a otros centros, puestos o funciones.

Ni una ni otra ha sido la opción de la última reforma laboral cuyo única consecuencia garantista en esta materia va a ser la posible aplicación de la norma sobre encadenamiento de contratos temporales (artículo 12.Dos de la Ley 43/2006, de 29 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo)⁵². El propio texto del Documento para la Mesa de Diálogo Social sobre el Mercado de Trabajo (18 de octubre de 2005) recogía que de no introdu-

(50) SSTs de 21 de marzo, 10 de abril y 25 de noviembre de 2002 (Ar. 5990, 6006 y 1922 –2003–), 5 y 31 de mayo de 2004 (Ar. 4102 y 4894). También STSJ de Galicia de 11 de febrero 2005 (As. 795) y STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de noviembre de 2005 (As. 33 –2006–).

(51) Vid. LAHERA FORTEZA, J., *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, op. cit., pág. 81, SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M., “Contrato eventual ligado a una subvención pública para nueva actividad y sucesivas vinculaciones temporales”, AS, núm. 18, 2004 y FITA ORTEGA, F., “El contrato para obra o servicio determinado vinculado a la contrata...”, op. cit., pág. 1373.

(52) Vid. supra 1.1.1.

cirse modificaciones⁵³, “debería abandonarse la pretensión de desvincular los contratos de obra y servicios de los supuestos de contratación y subcontratación, centrándose las reformas en este apartado en el establecimiento de límites temporales para los encadenamientos sucesivos de contratos temporales”.

II. SUBROGACIÓN EMPRESARIAL: LA SUCESIÓN DE CONTRATISTAS Y OTROS SUPUESTOS TRANSMISIVOS

La relación entre el mecanismo garantista de la sucesión de empresa y las operaciones empresariales de descentralización productiva presenta distintos niveles con proyección en el plano del empleo. Por un lado, el empresario que externaliza funciones o servicios articulados jurídicamente a través de contratistas podría reconducir a los trabajadores que previamente realizaban aquéllos al desarrollo de funciones diversas (movilidad funcional, modificación sustancial de condiciones de trabajo), extinguir sus contratos (causas económicas o productivas)⁵⁴ o bien transferirlos a otro empresario (subrogación legal, convencional o contractual). Podría presentarse, además, el supuesto inverso, es decir, la reversión en virtud de la cual un empresario público o privado que había descentralizado determinada actividad o servicio vuelve a recuperarlo y con él (previsiblemente) a los trabajadores que venían desempeñándolo⁵⁵. Junto a ello, una vez externalizada una parte de la actividad productiva el desempeño de la misma puede conocer la dinámica de la sucesión de contratistas o concesionarios con o sin transmisión de elementos patrimoniales. En estos casos de sucesión convencional las cláusulas subrogatorias actuarían como eficaces mecanismos de protección del empleo en sectores en los que la mano de obra es altamente fungible.

Los supuestos subrogatorios pueden ser, por tanto, diversos quedando incluidos la externalización y posterior encomienda de funciones y servicios a contratistas, la sucesión de las mismas, la finalización, la pérdida, el rescate, la cesión, la revocación. Cualquiera de las referidas operaciones podría suponer un cambio en la prestación del servicio e implicar una transmisión de personal que no siempre será sucesión de empresa legal y que podría recogerse en convenios colectivos o cláusulas contractuales (pliegos de condiciones). Se revisa, a continuación, el supuesto genérico de la sucesión de contratistas y concesionarios por ser el que más riqueza presenta en la práctica negocial y porque en torno al mismo se ha ido construyendo toda la interpretación judicial y doctrinal de los supuestos transmisivos que operan con ocasión de la externalización de actividades empresariales.

(53) Vid. *infra* nota al pie núm. 165.

(54) Vid. *infra* 3.1.

(55) En esta línea, la STSJ del País Vasco de 8 de febrero de 2005 (As. 562) [siguiendo la doctrina del TS en SSTs de 20 y 27 de octubre de 2004 (Ar. 7162 y 7202)] entendería que la asunción directa por la empresa principal de la actividad o servicio (labores de limpieza) y la adscripción a ésta de parte del personal de la anterior contratista, determinaba la existencia de sucesión de empresa. Así se establece, además, en el CC del sector de limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid (BOCM de 16 de julio de 2005).

A) Descentralización productiva y sucesión de empresa

Tradicionalmente excluida de la sucesión de empresa del artículo 44 ET⁵⁶, la sucesión de contratistas y concesionarios venía rigiéndose por normas convencionales o por disposiciones contractuales (pliegos de condiciones). Esta subrogación empresarial convencional o contractual operaba cuando no se produjera transmisión de elementos patrimoniales (si se producía el supuesto encajaba de lleno en el ámbito de aplicación del artículo 44 ET⁵⁷) en sectores y actividades en los que la plantilla o mano de obra era determinante y constituía en sí una entidad económica⁵⁸. Si, por el contrario, la operación transmisiva fuera acompañada de la entrega de elementos patrimoniales al nuevo adjudicatario del servicio entraría en juego junto al artículo 44 ET la cláusula convencional o contractual en cuestión. Estaríamos en tal caso ante una subrogación de origen mixto (SALA FRANCO) en la que sólo resultarían aplicables el convenio colectivo o el pliego de condiciones contractuales en aquello que mejorara la subrogación prevista en el artículo 44.1 ET (v.gr., aplicación de cláusulas subrogatorias convencionales o contractuales a los trabajadores que en el momento de la sucesión tuvieran un contrato por obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata o concesión al tratarse de trabajadores no cubiertos por el precepto legal) y no en caso contrario⁵⁹.

**LOS SUPUESTOS
SUBROGATORIOS
PUEDEN SER DIVERSOS,
QUEDANDO INCLUIDOS
LA EXTERNALIZACIÓN Y
POSTERIOR ENCOMIENDA
DE FUNCIONES Y
SERVICIOS, LA SUCESIÓN,
FINALIZACIÓN, PÉRDIDA,
RESCATE, CESIÓN Y
REVOCACIÓN**

(56) Hasta fechas recientes el TS entendía que la sucesión de contratistas y concesionarios sin transmisión de elementos patrimoniales no encajaba en el artículo 44 ET en la medida en que la actividad empresarial precisa de un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizativa sirva de sustrato a una actividad independiente y la realización de unos servicios no constituye una unidad productiva autónoma. Así, la sucesión en una actividad empresarial o de servicios no integra el supuesto de hecho de artículo 44 si no va acompañada de la transmisión de una estructura o soporte material dotado de autonomía funcional [SSTS de 30 de diciembre de 2003 (Ar. 10078), 29 de enero de 2002 (Ar. 4271), 31 de marzo y 29 de abril de 1998 (Ar. 4575 y 3879, respectivamente) (contratas), SSTS de 14 de diciembre de 1994 (Ar. 10093), 10 de julio y 18 de septiembre de 2000 (Ar. 8295 y 8299, respectivamente) (concesiones administrativas)]. El TC en Sentencia 66/1987, de 21 de mayo, indicaría, en esta misma línea, que los supuestos contemplados en el artículo 44 ET "... nada tienen que ver con la normal sustitución que se produce entre las empresas concesionarias de determinados servicios en la titularidad de concesiones o arrendamientos otorgados por terceros".

(57) "(...) entidad económica que mantenga su identidad entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoría (...)".

(58) En esta línea, el III Acuerdo Laboral de ámbito estatal de Hostelería (BOE de 5 de mayo de 2005) y el CC de Hostelería y Actividades Turísticas de la Comunidad de Madrid (BOCM de 11 de mayo de 2004) incluyen en el ámbito de aplicación de la subrogación convencional en el subsector de colectividades y restauración social a los supuestos de sucesión o sustitución de empresas en los que no exista transmisión patrimonial, como consecuencia del cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo, de una unidad productiva autónoma, de una unidad de explotación, comercialización o producción de las actividades de colectividades o partes de las mismas.

(59) SALA FRANCO, T., "La sucesión de contratistas", op. cit., pág. 278.

B) Elementos determinantes de la transmisión de empresas legal en supuestos de sucesión de contratistas: El cambio de criterio del Tribunal Supremo (STS de 20 de octubre de 2004) por influencia de la jurisprudencia comunitaria

La Directiva 2001/23/CE sobre traspaso de empresas⁶⁰ y sus versiones anteriores (Directivas 77/187/CEE y 98/50/CE) ha sido objeto de numerosas interpretaciones por parte del TSJCE. Desde la STSJCE de 11 de marzo de 1997 (Asunto *Süzen*) el Tribunal comunitario viene manteniendo la doctrina de la sucesión de plantillas en base a la cual, aun cuando el concepto de entidad económica remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica con un objetivo propio, siendo necesaria la paralela transmisión de los elementos del activo material o inmaterial, en la medida en que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera un actividad común puede constituir una actividad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de la transmisión cuando el nuevo empresario no se limite a continuar con la actividad de que se trate, sino que además se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea, supuesto este en el que el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable. Con posterioridad en la STSJCE de 24 de enero de 2002 (Asunto *Temco*) volvería a insistir el Tribunal en la cuestión de la asunción del personal por parte de un segundo contratista en un supuesto en el que aquella asunción venía impuesta por convenio colectivo⁶¹.

La doctrina expuesta implica la extensión de las garantías recogidas en la Directiva a aquellos supuestos en los que la entidad económica mantenga su identidad por la asunción de un número significativo de trabajadores aun cuando no haya transmisión de elementos materiales porque la actividad no los precise o sean mínimos. Tal interpretación garantiza la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados pero contiene, a su vez, una importante limitación: se producirá transmisión de empresa siempre que el empresario asuma una parte importante del personal de la cedente y ello puede estar fundado en una decisión personal de aquél o puede venir impuesto en convenio colectivo. En el primer supuesto será el propio empleador el que determinará la aplicación de las medidas garantistas de la norma comunitaria pues si voluntariamente decide desvincularse del personal de la cedente, no habrá transmisión de empresa a los efectos de la Directiva. No obstante, conviene no perder de vista que el propio Tribunal comunitario ya ha resaltado la importancia de valorar todas las circunstancias concurrentes en cada supuesto sucesorio (tipo de empresa o actividad, existencia o no de transmisión de elementos patrimoniales, asunción por el cesionario de una parte relevante de trabajadores del cedente, similitud

(60) Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de, los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

(61) Vid. DE LA PUEBLA PINILLA, A., "Cambio de contratista, continuidad de las relaciones laborales y transmisión de empresa: discrepancia entre la doctrina nacional y comunitaria (A propósito de la STSJCE de 24 de enero 2002, asunto *Temco*)", *Revista española de Derecho europeo*, núm. 4, 2002, págs. 729-748.

La relación de trabajo en la subcontratación de actividades

entre las actividades desarrolladas antes y después de la transmisión, transmisión de la clientela, de los medios o métodos de producción, ...) para proceder así a una evaluación de conjunto en cada caso⁶². Por tanto, la consideración de la asunción del personal del anterior empresario como determinante de la sucesión de empresa puede llevar al nuevo contratista o concesionario a no asumir a una parte significativa de la plantilla para evitar las consecuencias de la transmisión y, en estos casos, habrá que recurrir a los indicios referidos para apreciar si efectivamente (y al margen de la asunción del personal) ha habido sucesión de empresa⁶³.

El TS, como anunciamos, venía manteniendo que la aplicación del artículo 44 ET solamente procedería cuando la continuación en el desarrollo de la actividad fuera acompañada de la transmisión de los elementos patrimoniales que configuraran la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación y no cuando se tratara únicamente de una mera sucesión temporal de la actividad sin entrega del mínimo soporte patrimonial necesario para su realización (STS de 29 de enero de 2002)⁶⁴. En consecuencia las cláusulas subrogatorias convencionales que fijaban mecanismos subrogatorios en supuestos de sucesión de contratistas quedaban fuera del régimen (y de las garantías) del artículo 44 ET mientras que la jurisprudencia comunitaria incluía en el ámbito de aplicación de la Directiva a aquellas transmisiones que implicaran el traspaso de trabajadores del cedente al cesionario impuesto por convenio colectivo, con independencia de la transmisión de activos patrimoniales. La recepción patria de la doctrina jurisprudencial comunitaria de la sucesión de plantillas se produce en las SSTs de 20 y 27 de octubre de 2004⁶⁵. El Alto Tribunal español mantiene, sin embargo, ciertas reservas en la medida en que “difícilmente puede ser la asunción de plantilla un criterio válido para determinar la existencia de transmisión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento. La primera dificultad consiste en que el efecto de la transmisión sea precisamente la asunción de la plantilla de la empresa cedente por la cesionaria, con lo que no cabe, en principio, transformar ese efecto en la causa determinante de la transmisión”. Así bastaría con no contratar a los trabajadores de la contratista para evitar la sucesión “cuando la función —precisamente— (del artículo 44 ET) consiste en garantizar que los trabajadores del empresario cedente mantengan sus contratos con el cesionario”.

Aun cuando la Directiva sobre traspaso de empresas y toda la construcción jurisprudencial del TSJCE se dirigen a garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por la sucesión, la recepción de aquélla por el ordenamiento español podría generar una

(62) En esta línea, declararía la STSJ de Canarias de 11 de octubre de 2005 (As. 3161) que la entidad económica es algo más que actividad y resulta de elementos tales como el personal que la integre, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos y medios de explotación.

(63) STSJCE de 20 de noviembre de 2003 (Asunto *Sodexo*).

(64) Ar. 4271. Mantiene tal interpretación la STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de octubre de 2003 (As. 448), la STSJ de Canarias de 1 de septiembre de 2005 (As. 3088) y la STSJ de Canarias de 30 de enero de 2006 (As. 448).

(65) Ar. 7162 y 7202, respectivamente. Con posterioridad, SSTs de 26 de noviembre y 28 de diciembre de 2004 (Ar. 507 y 772, —2005—, respectivamente), 31 de enero, 7 de febrero, 26 de abril y 3 de junio de 2005 (Ar. 6025, 650, 6110 y 5981). Ignoran, sin embargo, tal doctrina las SSTs de 14 de marzo y 23 de mayo de 2005 (Ar. 3191 y 9701).

desprotección superior a la previamente existente⁶⁶. Si, previamente existiera subrogación empresarial convencional, la autonomía colectiva ya no podría regular —con la nueva interpretación judicial— la extensión y características del mecanismo subrogatorio sino que decidida colectivamente la sucesión en ese sector, el régimen a aplicar sería el fijado en la ley (mantenimiento de contratos, conservación de su contenido contractual, y aplicación del régimen de responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social). Por tanto, el consecuente endurecimiento del régimen de la sucesión de empresas contratistas podría redundar en desprotección para los trabajadores de sectores cuyos convenios venían recogiendo tradicionalmente cláusulas subrogatorias pues el riguroso régimen legal actuará previsiblemente como mecanismo disuasorio de la negociación de aquellas cláusulas⁶⁷ y su falta de previsión negocial motivará —ante la no asunción del personal por el contratista— la no aplicación del régimen protector de la sucesión de empresa. Además, el tenor literal del artículo 44 ET exige que la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad y ello implica que la cantidad de trabajadores asumidos por el nuevo empresario sea la suficiente como para entender que la identidad de aquella entidad económica subsiste a pesar del traspaso⁶⁸.

La tradicional diferenciación entre subrogación legal, convencional y contractual (y, lo que es más importante, los efectos diversos de éstas) podría empezar a difuminarse por obra de la recepción por el TS de la doctrina comunitaria de la sucesión de plantillas.

C) La subrogación empresarial convencional

Idéntico objetivo de estabilidad en el empleo *ex* artículo 44 ET preside las cláusulas convencionales de la subrogación empresarial recogidas en la negociación colectiva⁶⁹. Aun cuando los efectos de la subrogación legal y la convencional sean similares —traspaso de trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria, novación subjetiva del contrato de trabajo— no puede mantenerse la identidad entre la sucesión de empresa del ET y la subrogación empresarial de origen convencional. Pese a la terminología comúnmente empleada (cláusula subrogatoria, subrogación convencional) la regulación que contienen los convenios colectivos se asemeja más a un deber de contratar impuesto al nuevo adjudicatario en relación con los trabajadores del anterior vinculados (normalmente) a éste

(66) En este contexto mantiene RODRÍGUEZ PIÑERO que poner en conexión la consecuencia imperativa de la regla sucesoria, la continuidad de los contratos, con la delimitación del supuesto para la operatividad de esa regla, la transmisión de empresa “podrá crear un cierto margen de inseguridad jurídica y facilitar el hecho de la transmisión, no asumiendo los anteriores trabajadores” [“Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AAVV (coord. Fernández López, M.F.), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresarios*, Trota, Madrid, 2004, pág. 221].

(67) En este sentido, CABEZA PEREIRO, J., “La subrogación empresarial en las contrata de limpieza si se ampara por la Directiva 23/2001/CE, de 24 de enero de 2002”, *AL*, 2002, núm. 14, pág. 1102, DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: aspectos laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 167-169 y MORENO GENÉ, J., *El nuevo régimen legal de la sucesión de empresa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pág. 83.

(68) Vid. SANGUINETI RAYMOND, W., “Las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales”, en AAVV, *Observatorio de la negociación colectiva* (coord. Escudero Rodríguez, R.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pág. 106.

(69) Vid., in extenso, MENÉNDEZ CALVO, R., “Sucesión de contratos: Procesos de subrogación”, en AAVV (coord. Escudero Rodríguez, R.), *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 268 y ss.

mediante contratos de duración determinada en base a la propia contrata⁷⁰. El aludido deber de contratar o la adscripción de los trabajadores a la plantilla del nuevo empresario se perfila, por otro lado, como un derecho de opción de los trabajadores implicados en el proceso subrogatorio que les permite optar entre pasar a depender del nuevo contratista o seguir vinculados al anterior⁷¹.

Singulares diferencias se venían apreciando entre las garantías del artículo 44 ET y el alcance de la protección de las cláusulas subrogatorias convencionales que suponen “una excepción a la regla general de no subrogación”⁷² y que habrán de regirse por los términos acordados por las partes⁷³. Referimos, a continuación, algunos ejemplos de aquellas diferencias:

–La sucesión de empresa del artículo 44 ET opera *ex lege* de forma automática y se aplica de manera imperativa e inderogable lo que excluye la relevancia de la voluntad de las partes del contrato de trabajo para que se produzca el cambio de empleador⁷⁴. Quedará abierta, lógicamente, la vía del desistimiento del trabajador para desvincularse de un empresario con el que inicialmente no contrató su prestación de servicios. La subrogación convencional (“atípica o alegal”⁷⁵), por su parte, condiciona su eficacia a la prestación del consentimiento de los trabajadores afectados al tratarse de una novación subjetiva del contrato de trabajo que no puede ser realizada (artículo 1205 CC) sin la aceptación del acreedor⁷⁶. Si los trabajadores no aceptaran la cesión propuesta se mantendría su relación de trabajo con el anterior empresario, sin perjuicio de las facultades modificativas o extintivas de éste⁷⁷. En definitiva, la cesión de contratos no podría imponerse a los trabajadores indivi-

**LA SUBROGACIÓN
CONVENCIONAL
CONDICIONA SU EFICACIA
A LA PRESTACIÓN
DEL CONSENTIMIENTO
DE LOS TRABAJADORES
AFECTADOS AL TRATARSE
DE NOVACIÓN SUBJETIVA
DEL CONTRATO**

(70) ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., “La sustitución de contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (Eficacia de las denominadas ‘cláusulas subrogatorias’ en los convenios colectivos y la jurisprudencia del TJCE)”, REDT, núm. 116, 2003, pág. 254.

(71) LLANO SÁNCHEZ, M., “Sucesión de empresas contratistas: aplicación indebida del artículo 44 ET y alcance de la subrogación impuesta en el pliego de condiciones”, AL, núm. 33, 2002, pág. 3362 y ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., “La sustitución de contratistas y la transmisión de personal...”, *op. cit.*, pág. 256.

(72) STS (u.d) 8 de junio de 1998 (Ar. 6693).

(73) STSJ de Castilla y León de 20 de junio de 2005 (JUR 2005/18635).

(74) RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas...”, *op. cit.*, pág. 223.

(75) RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales”, RL, I, 2002, pág. 667.

(76) STSJ de Andalucía de 8 de marzo de 2002 (As. 2613) y STSJ de Cantabria de 5 de marzo de 2004 (As. 556). CC estatal de empresas de seguridad (BOE de 10 de junio de 2005).

(77) SSTS de 29 de febrero de 2000 y 23 de octubre de 2001 [Ar. 2413 y 804 (2000)].

dualmente afectados. En estos casos, curiosamente, los trabajadores quedan más protegidos por vía convencional que por vía legal pues, ante nuevos empresarios con débiles posiciones en el mercado y escasa solvencia, la sucesión de empresa del artículo 44 ET reconduciría al trabajador disconforme a la dimisión contractual mientras que las cláusulas subrogatorias convencionales permitirían al trabajador afectado seguir manteniendo su relación contractual con el primer contratista a pesar de la sucesión.

En determinados convenios colectivos, sin embargo, se establece la obligatoriedad de la subrogación, siendo indiferente, a tal efecto, la existencia o inexistencia del consentimiento de las partes (empresa principal, cedente, cesionaria y trabajador/a) para que opere la subrogación convencional⁷⁸ y, en otros, por el contrario, se exige la voluntad concurrente del trabajador y la empresa saliente. En este caso, como indicábamos, aquél ostentaría el derecho a permanecer en la antigua empleadora⁷⁹.

La centralidad del consentimiento del trabajador preside la regulación del proceso general de subrogación contenido en el I CC General del sector de Servicio de Asistencia en Tierra de aeropuertos (Handling)⁸⁰, no obstante, las partes se comprometen a modificar este régimen “si durante la vigencia del convenio se produjera una modificación legal que permitiera el carácter forzoso de la subrogación para el trabajador”. Mientras se mantenga la regulación fijada en la norma colectiva, en cada centro de trabajo afectado se publicará una oferta de recolocación voluntaria en la que se concretará el número de trabajadores que pueden acogerse a la misma por tipo de contrato, el nombre del operador/es donde se oferta el pase voluntario y las condiciones del cambio. Podrá acogerse a la oferta cualquier trabajador de ese centro cuyo tipo de contrato y grupo laboral coincida con la oferta realizada y hasta agotar el número publicado y en caso de exceso de voluntarios tendrán preferencia para la subrogación los trabajadores con menor antigüedad reconocida dentro de cada tipo y grupo. El excedente de plantilla no cubierto con la subrogación de trabajadores voluntarios pasará a formar parte del denominado excedente estructural que determinará la tramitación de expediente de regulación de empleo por causas productivas.

(78) III Acuerdo Laboral de ámbito estatal del Sector de Hostelería (BOE de 5 de mayo de 2005), CC de Hostelería y Actividades Turísticas de la Comunidad de Madrid (BOCM de 11 de mayo de 2004), I CC de la Comunidad de Madrid para las empresas de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública, mediante control horario y cumplimiento de las ordenanzas de aparcamientos (BOCM de 8 de noviembre de 2004), CC del Grupo de Construcción y Obras públicas de la Comunidad de Madrid (BOCM de 13 de marzo de 2006), CC del sector de Prevención-Extinción de incendios forestales en la Comunidad de Madrid (BOCM de 15 de octubre de 2004).

La jurisprudencia viene manteniendo el carácter normativo y la eficacia *erga omnes* de los pactos que en convenio colectivo imponen la sucesión [SSTS de 10 de julio y 27 de octubre de 2000 (Ar. 8295 y Ar. 9656)]. Ello implica, por tanto, aceptar que el consentimiento del trabajador afectado es indiferente para que opere la sucesión [(STS) de Baleares de 19 de noviembre de 2002 (Ar. 775 –2003–)].

(79) CC estatal de empresas y trabajadores del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (BOE de 1 de abril de 2005) y CCs autonómicos del sector de Residencias y Centros de día para personas mayores y del sector de Ayuda a domicilio de la Comunidad de Madrid (BBOOCM de 6 de septiembre de 2003 y de 9 de mayo de 2002, respectivamente).

(80) BOE de 18 de julio de 2005. En el origen de esta regulación convencional hay que situar la doctrina del TS en torno a consentimiento del trabajador en la novación subjetiva del contrato de trabajo –cesión de contratos– (vid. *infra* notas al pie núms. 120 y 121).

La relación de trabajo en la subcontratación de actividades

– Mientras la sucesión de empresa estatutaria se extiende a todos los trabajadores de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma objeto de transmisión, las cláusulas convencionales suelen limitar la adscripción de aquéllos al nuevo contratista en base a la antigüedad en la empresa o en el servicio (3⁸¹, 4⁸², 6⁸³, 7⁸⁴ meses) y al tipo de contrato, aun cuando también es frecuente la referencia a “cualquier modalidad contractual” precisando después la inclusión de trabajadores con derecho de reserva de puesto de trabajo y trabajadores con contrato de interinidad. En otros supuestos el convenio colectivo sectorial obliga a la empresa entrante a la asunción de un porcentaje determinado de la plantilla de la saliente (v.gr., III CC sector de Telemarketing) debiendo cumplir, igualmente, los trabajadores afectados el requisito de la antigüedad recogido en la norma colectiva (12 meses en la campaña, en este caso)⁸⁵. Pese a las limitaciones expuestas se garantiza la estabilidad en el empleo de los trabajadores que no cumplan las anteriores condiciones pues los no absorbidos permanecerán al servicio y en la plantilla de la empresa sustituida⁸⁶ o bien se establecen otras vías de protección –más débiles, lógicamente,– como son las bolsas de trabajo para los que excedan de los porcentajes recogidos en la cláusula de subrogación convencional (Telemarketing).

– Los convenios colectivos suelen exigir la identidad sustancial de la contrata entrante y saliente para que opere la sucesión y cuando el servicio contratado sea distinto la obligación se reduce a subrogarse en los trabajadores necesarios para la prestación de aquél⁸⁷. En otros casos, sin embargo, se recogen referencias negociales a la posible división o agrupamiento de contrataciones siendo determinante, en tales supuestos, la adscripción del trabajador a las concretas partes, zonas o servicios resultantes de la división o agrupación⁸⁸.

– Es frecuente, asimismo, la referencia convencional a la situación laboral de los trabajadores susceptibles de adscripción al nuevo contratista y la exclusión de la subrogación de

(81) I CC de la Comunidad de Madrid para las empresas de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública, mediante control horario y cumplimiento de las ordenanzas de aparcamientos (BOCM de 8 de noviembre de 2004), CC del sector de Ayuda a Domicilio de la Comunidad de Madrid (BOCM de 9 de mayo de 2002).

(82) CC de Depuración de Aguas residuales y cauces fluviales de la Comunidad de Madrid (BOCM de 19 de marzo de 2003), CC del Grupo de Construcción y Obras públicas de la Comunidad de Madrid (BOCM de 13 de marzo de 2006), CC del sector de Limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid (BOCM de 16 de julio de 2005).

(83) VII CC estatal de Entrega domiciliaria (BOE de 12 de marzo de 2004).

(84) CC estatal para empresas y trabajadores del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (BOE de 1 de abril de 2005), CC estatal de las Empresas de seguridad (BOE de 10 de junio de 2005).

(85) Por su parte, en las empresas de seguridad (servicios de transporte de fondos) el número de trabajadores que han de ser subrogados se determinará –de acuerdo con la representación de los trabajadores– en función del número de servicios prestados (paradas) teniéndose en cuenta, además, el número de habitantes de la población en la que se hubieran realizado aquéllos [CC del estatal de empresas de seguridad (BOE de 10 de junio de 2005)].

(86) CC de Depuración de aguas residuales y cauces fluviales de la Comunidad de Madrid (BOCM de 19 de marzo de 2003), III Acuerdo Laboral de ámbito estatal de Hostelería (BOE de 5 de mayo de 2005) y CC de Hostelería y Actividades Turísticas de la Comunidad de Madrid (BOCM de 11 de mayo de 2004).

(87) STSJ de Castilla y León de 4 de julio de 2005 (JUR 2005/175020).

(88) I CC de la Comunidad de Madrid para las empresas de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública, mediante control horario y cumplimiento de las ordenanzas de aparcamientos (BOCM de 8 de noviembre de 2004).

determinados sujetos en base a circunstancias personales (v.gr., parentesco con el anterior contratista⁸⁹) o a su control efectivo en la contratista saliente⁹⁰.

– En ocasiones, es indiferente la desvinculación del anterior contratista –planteándose situaciones de pluriempleo–⁹¹ y en otros supuestos se condiciona, precisamente, la subrogación a la finalización de la prestación de servicios para el anterior empresario⁹². En este caso, la protección dispensada por los convenios colectivos es superior a la derivada del artículo 44 ET que condiciona el efecto subrogatorio al mantenimiento del vínculo contractual en el momento de producirse la sucesión de empresa.

– Es obligación reiterada en la negociación colectiva la exigencia del contratista saliente de proporcionar al entrante información acerca del personal adscrito a la contrata. El incumplimiento de tal requisito formal determinaría la exclusión de la obligación de subrogación del nuevo contratista⁹³. No obstante, tal requisito se empieza a flexibilizar al entender el TS que la falta de entrega de documentación que impediría la subrogación es la imprescindible, necesaria y suficiente para entender cumplidos los deberes que la norma convencional impone para informar sobre las circunstancias de los trabajadores afectados y justificar que se han atendido sus obligaciones dinerarias y de Seguridad Social (STS de 11 de marzo de 2003)⁹⁴.

– En materia de obligaciones pendientes algunos convenios colectivos incluyen referencias a las vacaciones no disfrutadas. El disfrute de éstas se llevará a cabo con la nueva adjudicataria o contratista que sólo abonará, sin embargo, la parte proporcional del período que a ella le corresponda, estando obligado al pago del período anterior el otro empresario que habrá de abonarlo –por adelantado– en la correspondiente liquidación o, a posteriori, lo realizará la entrante exigiendo el reintegro al primer empresario⁹⁵.

(89) Circunstancia no discriminatoria, por otra parte [STSJ de Madrid de 1 de septiembre de 2005 (As. 2707)].

(90) Quedan excluidos el empresario/a individual, socios/as con control efectivo de la empresa, administradores o gerentes de la misma [III Acuerdo Laboral de ámbito estatal de Hostelería (BOE de 5 de mayo de 2005)].

(91) CC del sector de Limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid (BOCM de 16 de julio de 2005).

(92) Al margen de las cláusulas subrogatorias, es frecuente la referencia negocial a la eliminación del pluriempleo como instrumento de política activa de empleo [CC de la empresa Overlease, SA (BOCM de 19 de julio de 2004), CC de la empresa Renault Financiaciones, SA, Establecimiento financiero de crédito (BOCM de 17 de noviembre de 2003)].

(93) SSTs de 10 de diciembre de 1997 (Ar. 736–1998–), 10 de julio de 2000 (Ar. 8295), STSJ de Andalucía de 12 de mayo de 2005 (As. 3595) y STSJ de Baleares de 25 de mayo de 2005 (As. 1839).

(94) Ar. 3353. En línea similar, STS de 28 de julio de 2003 (Ar. 7782), STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de marzo de 2005 (JUR 2005/108712), STSJ de Canarias de 7 de abril de 2005 (As. 930) y STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de junio de 2005 (As. 2363).

(95) CC estatal de Jardinería (BOE de 7 de mayo de 2001), I CC de la Comunidad de Madrid para las empresas de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública, mediante control horario y cumplimiento de las ordenanzas de aparcamientos (BOCM), CC del sector de Prevención-Extinción de Incendios forestales en la Comunidad de Madrid (BOCM de 15 de octubre de 2004), CC de Depuración de Aguas residuales y cauces fluviales de la Comunidad de Madrid (BOCM de 19 de marzo de 2003).

La relación de trabajo en la subcontratación de actividades

– En general, la subrogación convencional excluye la responsabilidad solidaria del artículo 44 ET⁹⁶. Alguna cláusula convencional recuerda que en el caso de que la empresa cedente tenga deudas de Seguridad Social por descubiertos o por diferencias salariales, será aquélla la que responda de las mismas, “sin que exista responsabilidad alguna para la empresa cesionaria”⁹⁷.

– La eficacia de las cláusulas convencionales de subrogación viene determinada por el ámbito de aplicación del convenio que las recoge. Así, sólo obligarán a los contratistas entrantes vinculados por el convenio colectivo que establece mecanismos de subrogación fuera del artículo 44 ET⁹⁸. Si, por el contrario, aquellas cláusulas quedaran recogidas en convenio colectivo extraestatutario⁹⁹, en el convenio colectivo de la empresa principal o en el convenio de las contrata¹⁰⁰ devendrían nulas al no poder ser impuestas a terceros contratistas¹⁰¹. De igual modo en el caso de reasunción de la actividad por la principal si no coincide la unidad de negociación con la de las contratistas podría ocurrir que aquélla no quedara obligada a mantener los contratos ni a subrogarse en los derechos y obligaciones de los trabajadores de la contrata¹⁰². La jurisprudencia ha declarado, en esta línea, que la aplicación de las cláusulas convencionales de sucesión de empresa se excluye, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que se produce la asunción por la Administración contratante de la gestión directa del servicio en la medida en que la eficacia vinculante de las normas convencionales no puede extenderse a los sujetos que no han podido participar por medio de sus representantes en la negociación colectiva

**LA EFICACIA
DE LAS CLÁUSULAS
CONVENCIONALES
DE SUBROGACIÓN VIENE
DETERMINADA POR
EL ÁMBITO
DE APLICACIÓN
DEL CONVENIO
QUE LAS RECOGE**

(96) “La empresa entrante está exenta de toda responsabilidad por causa de las deudas salariales y sociales en que haya incurrido la anterior” [STSJ de Baleares de 12 de septiembre de 2005 (As. 2888, citada *supra*). Vid. ARAGÓN GÓMEZ, C., “Análisis de las cláusulas de subrogación convencional a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo”, RL, núm. 13, 2006, págs. 83 y ss.]

(97) III Acuerdo Laboral de ámbito estatal de Hostelería (BOE de 5 de mayo de 2005).

(98) STS de 22 de mayo de 2000 (Ar. 4624) y SSTSJ de Madrid de 23 de junio de 2003, STSJ de Extremadura de 10 de diciembre de 2004 y STSJ de La Rioja de 20 de julio de 2006 (As. 3420, 3383 y 2272, respectivamente).

(99) En este caso, aquellas cláusulas tendrían un limitado ámbito de actuación: empresas afiliadas a la asociación empresarial firmante [SSTS de 14 de diciembre de 1994 y 9 de febrero de 1995 (Ar. 10093 y 789, respectivamente)].

(100) El CC de la empresa Fomento de Construcciones y contrata, SA (sección de recogida de basuras). Madrid-capital (BOCM de 24 de agosto de 2004) establece una cláusula de subrogación cuya eficacia quedará bastante limitada en la práctica. Quedaría abierta, no obstante, la vía de la subrogación contractual, es decir, que en pliego de condiciones la empresa saliente y la entrante aceptaran la subrogación. La referida cláusula indica que al término de la concesión de cualquier contrata, los trabajadores de la misma “que estuviesen fijos o por contrato” entrarán en la nueva contrata o contrata, respetándose todos sus derechos y obligaciones.

(101) STS de 15 de diciembre de 1997 (Ar. 1136). En sentido contrario, RENTERO JOVER (“La sucesión en la actividad tras la STS de 27 de octubre de 2004”, RDS, núm. 30, 2005, pág. 173) y STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de abril de 2005 (As. 935).

(102) STS de 15 de diciembre de 1997 (Ar. 1136), STSJ de Castilla y León de 13 de octubre de 2004 (As. 2763), SSTSJ de Madrid de 31 de enero de 2002 y 4 de mayo de 2005 (As. 917 y 2245, respectivamente).

generadora de aquéllas. La naturaleza pública de una corporación municipal, las finalidades que persigue y las funciones que ejerce lo sitúan en una posición jurídica distinta, que le permite establecer las condiciones laborales de los trabajadores que emplea sin sujetarse a ámbitos de negociación superiores¹⁰³.

Retomando reflexiones anteriores, el referido cambio de postura del TS tras los pronunciamientos del Tribunal de Justicia comunitario implica una opción a favor de la concepción funcional de la empresa (empresa/actividad) frente a la tradicional concepción material de aquélla (empresa/organización –transmisión de activos–) y ésta debería ser la circunstancia determinante de la transmisión. Así en aquellas actividades en las que lo relevante sea la transmisión del servicio o actividad en sí cabría entender aplicable la sucesión de empresa legal¹⁰⁴ y ello tendría como efecto la asunción por el nuevo empresario de la plantilla del anterior y la aplicación de las garantías del artículo 44 ET¹⁰⁵. El propio precepto legal admite los acuerdos entre empresario cedente y cesionario relativos al convenio colectivo aplicable a la unidad productiva transferida y por esta misma vía negocial podría flexibilizarse el rígido régimen del artículo 44 ET. El objetivo de estabilidad en el empleo que persigue la regulación legal de la novación subjetiva del contrato de trabajo podría garantizarse de este modo. La actual interpretación jurisprudencial del traspaso de empresas podría provocar un efecto contrario a aquel que trata de desplegar pues los convenios colectivos que tradicionalmente recogían cláusulas subrogatorias podrían dejar de incluirlas ante el severo régimen legal provocando con ello que ante la falta de asunción de plantillas, los trabajadores queden desprovistos de cualquier garantía de estabilidad en el empleo ante los frecuentes cambios de empresarios¹⁰⁶. Una modificación legal podría corregir tales efectos admitiendo la negociación o acuerdo que modulara el régimen legal de responsabilidades¹⁰⁷. Al final volvería a ser la negociación colectiva la que atendiendo a las particularidades de la actividad o servicio perfilara la extensión y límites de la subrogación empresarial operada ante el traspaso de empresa con asunción de plantillas.

(103) STSJ de Asturias de 18 de junio de 2004 (JUR 2004/258203), en relación al Convenio Colectivo Estatal de Jardinería y SSTs de 21 de octubre de 1999 (Ar. 4476) y 31 de enero de 2002 (Ar. 917), en relación a convenios colectivos de limpieza.

(104) En este sentido, SANGUINETI RAYMOND, W., “Las cláusulas de subrogación convencional...”, *op. cit.*, pág. 117.

(105) Tal interpretación implicaría, en definitiva, una identificación de la “unidad productiva autónoma” del artículo 44 ET con la “actividad productiva” (SALA FRANCO, T., “La sucesión de contratistas”, *op. cit.*, pág. 269).

(106) En este contexto, mantienen DEL REY GUANTER, MARTÍNEZ FONS y SERRANO OLIVARES que para evitar la paradoja de que el principal efecto de la transmisión se transforme en la causa determinante de la misma, debería trazarse una distinción entre la transferencia de personal voluntaria y la transferencia de personal impuesta al nuevo empresario (convenio colectivo, pliego de condiciones) por cuanto sólo en el primer caso podría existir genuina transmisión de una entidad económica. Así si el nuevo empresario asumiera voluntariamente buena parte del personal del anterior debería entenderse aplicable el artículo 44 ET si, por el tipo de actividad, el elemento organizativo básico reside en el personal que presta servicios (“El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, RMTAS, núm. 58, 2005, págs. 234 y 236).

(107) El TS ya había aceptado, por ejemplo, que en la subrogación convencional se excluyera la responsabilidad solidaria de la cesionaria por deudas pendientes de la cedente al tiempo del traspaso [SSTS de 31 de marzo de 1998 (Ar. 4575) y 15 de octubre de 2002 (Ar. 1372)].

No obstante, conviene no perder de vista que pese a la rigidez que parece introducir en el régimen de la sucesión de contratos la línea jurisprudencial expuesta aún cabría un fácil mecanismo de elusión de la obligación de subrogación del artículo 44 ET pues la celebración de contratos para obra o servicio determinado entre los trabajadores de la primera contratista y su empresa, determinaría la finalización de los mismos al concluir la ejecución de la contrata. Si los contratos de trabajo ya se han extinguido por cumplimiento de la condición, nada habría que transmitir.

D) Las cláusulas subrogatorias contractuales

Sería también subrogación atípica (por contraposición a la legal) la contractual (STS de 30 de abril de 2002¹⁰⁸) recogida en pliego de condiciones –*lex contractus* para las partes y la Administración¹⁰⁹. La propia Directiva 2001/23/CE extiende su ámbito de aplicación a empresas públicas y privadas que ejerzan una actividad económica con o sin ánimo de lucro. Frente al supuesto de reorganización administrativa o traspaso de funciones administrativas que queda excluido del ámbito de aplicación de la Directiva de traspaso de empresas [artículo 1.1.c)], la puesta a disposición del nuevo adjudicatario de bienes de titularidad pública que se adscriban al desenvolvimiento de una actividad económica determinará la aplicación de las garantías de la norma comunitaria¹¹⁰. Así, también habrá subrogación en aquellos supuestos en los que se impone a los contratistas la continuidad de las relaciones laborales a través de un pliego de condiciones administrativo y, por tanto, el nuevo empresario ha de asumir la plantilla del anterior. Se tratará de una sucesión de empresa dispuesta en el pliego de condiciones por el que se realiza la convocatoria de una contrata por la Administración Pública. La no imposición de tal deber jurídico al contratista (y la no asunción voluntaria por éste de la plantilla del anterior) implicará, por el contrario, la sustitución normal que se produce en empresas concesionarias de determinados servicios en la titularidad de concesiones otorgadas por terceros¹¹¹. Acaecerá, por tanto, la finalización de una contrata y la entrada de un nuevo empleador “no ligado con el anterior por ningún título traslativo respecto de los elementos materiales u organizativos de la empresa”¹¹². Podría plantarse, asimismo, una situación en la que la sucesión se impusiera a contratistas o concesionarios sucesivos pero quedara excluido el supuesto de gestión directa por la Administración, esto es, en el caso de reversión o rescate no operaría mecanismo sucesorio alguno¹¹³.

(108) Ar. 5688.

(109) SÁNCHEZ ISAC, J., *Teoría y práctica de las concesiones de servicios locales*, Bayer Hermanos, Barcelona, 1992, pág. 206.

(110) De igual modo tampoco impide la aplicación de la Directiva el hecho de que los medios de producción no se transfieran al nuevo empresario en régimen de disposición plena sino conservando la entidad contratante la titularidad y las facultades de mantenimiento de los elementos de explotación cedidos [STSJCE de 15 de diciembre de 2005 –Asunto Güney-Gorres–. (Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F., “A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario”, AS, núm. 22, 2006)].

(111) Vid., in extenso, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, págs. 153-176.

(112) STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2005 (As. 602).

(113) STSJ de Canarias de 29 de julio de 2005 (As. 2214) y STSJ de Extremadura de 21 de diciembre de 2005 (As. 395-2006).

La subrogación contractual o cesión de contratos también podría recogerse, sin embargo, en el pliego de condiciones de la contratación entre sujetos privados y este acuerdo entre los empresarios implicados supondría la asunción por el cesionario del personal del cedente. La subrogación operada por esta vía no pierde su naturaleza contractual por el hecho de que las condiciones concretas de la transmisión pudieran recogerse en acuerdo entre el empresario cedente y los representantes de los trabajadores. De igual modo, tornaría en subrogación contractual aquella que aun recogida en convenio colectivo de empresa no pudiera desplegar efectos más allá de su ámbito¹¹⁴ y obligara a los empresarios implicados (sean públicos o privados) al establecimiento de vías de subrogación –contractuales– que vinculen a ambos. Siempre quedaría abierta, no obstante, la posibilidad de libre aceptación por el nuevo empresario de la subrogación fijada vía convencional.

De cualquier forma, en estos supuestos contractuales la cesión del contrato exige también para su validez la concurrencia de consentimiento, objeto y causa y el mutuo acuerdo de cedente y cesionario no puede jurídicamente provocar una novación subjetiva del contrato de trabajo sin el consentimiento del trabajador afectado¹¹⁵ teniendo, en consecuencia, este último derecho a permanecer con el contratista saliente¹¹⁶. Ello dificulta gravemente, como expresa DE LA PUEBLA PINILLA, la posibilidad de convertir la mano de obra en objeto de negocios jurídicos con finalidad transmisiva de una entidad económica¹¹⁷. Así, tanto el convenio colectivo como el pliego de condiciones de la contratación pueden imponer un deber jurídico a la nueva adjudicataria pero no obligar a que trabaje en ella el personal de la anterior¹¹⁸.

Ahora bien, si seguimos la última línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, podríamos encontrarnos ante otro supuesto incluido en la sucesión de empresa del artículo 44 ET pues el empresario entrante asume todo o una parte significativa del personal del saliente. La nueva doctrina jurisprudencial habría producido, en este caso, un reforzamiento de la garantía de estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados pues con anterioridad estos supuestos sucesorios fundados en la autonomía individual de las partes que no llevaban aparejada la transmisión de activos patrimoniales se concretaban en mecanismos subrogatorios *sui generis* que escapaban de la protección estatutaria. En sectores en los que la mano de obra es relevante los TTSSJ ya están aplicando, tras la línea jurisprudencial

(114) CC para el personal subalterno fijo y suplente de trabajo discontinuo de la Plaza de Toros Monumental de Madrid con su empresa arrendataria Troesma 2, SA (BOCM de 17 de septiembre de 2003), CC de la empresa Fomento de Construcciones y Contratas, SA (sección de recogida de basuras), Madrid-capital (BOCM de 24 de agosto de 2004). *Vid. supra*, nota al pie núm. 100.

(115) SSTS de 29 de febrero y 11 de abril de 2000, 23 de octubre de 2001, 19 de enero de 2005 [Ar. 2413, 3946, 1507 (2002), 1617, entre otras]. También STSJ de Castilla y León de 15 de mayo de 2006 (As. 1831) y STSJ de Extremadura de 18 de mayo de 2006 (As. 1860).

(116) SALA FRANCO, T., “La sucesión de contratistas”, *op. cit.*, pág. 281.

(117) DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, *op. cit.*, pág. 163.

(118) MENEIRO VÁZQUEZ, Y., “Unificación de doctrina sobre la relevancia del consentimiento del trabajador en supuestos de sucesión de contratas no incluidos en el artículo 44 ET”, en AAVV, *Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de empresas*. XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2006, pág. 569.

iniciada por el TS en 2004, el artículo 44 aún sin posibilidad de que entren en juego cláusulas contractuales (o convencionales) que impongan la sucesión¹¹⁹. Es decir, asistimos a una interpretación extensiva del precepto estatutario¹²⁰. No obstante, en ocasiones, esta solución podría perjudicar a los trabajadores afectados pues la sucesión legal opera ajena al consentimiento de los afectados mientras que la contractual permite el mantenimiento del vínculo con el empresario cedente.

Quizá consciente de tal dificultad el TS –aun aceptando la doctrina del TSJCE– sostiene que la transferencia de personal del antiguo al nuevo empresario ha de ser pacífica, efectiva y real y esto no sucede cuando se trata de una mera decisión unilateral de una parte que es impugnada por gran número de trabajadores¹²¹. Estaremos ante una novación subjetiva del contrato de trabajo y no ante la sucesión de empresa del artículo 44 ET cuando no exista sucesión de plantillas (que sería precisamente el supuesto de hecho para aplicar la doctrina comunitaria del traspaso de empresas) sino únicamente la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra. El hecho de que esta decisión de la empresa se apoye en un pliego de condiciones es irrelevante pues tal documento podrá ser obligatorio para la empresa que lo ha aceptado, creando para ella la obligación de admitir a los trabajadores de la anterior contratista o concesionaria, pero no obliga a los trabajadores que no participaron en el eventual concurso¹²². Ahora bien, sentadas tales premisas, no cabría una declaración general de ilegalidad y anulación de las subrogaciones y cesiones de contrato efectuadas; éstas son lícitas, en principio, y pueden ser válidas o no, respecto de cada trabajador individual, según se haya obtenido o no su consentimiento¹²³.

**ESTAMOS ANTE UNA
NOVACIÓN SUBJETIVA
DEL CONTRATO Y
NO ANTE UNA SUCESIÓN
DE EMPRESAS CUANDO
NO EXISTE SUCESIÓN
DE PLANTILLAS SINO
LA DECISIÓN
DE TRANSFERIR
SU PLANTILLA
A OTRA EMPRESA**

(119) SSTSJ del País Vasco de 8 de febrero de 2005 (Ar. 652 y 29), SSTSJ de Cataluña de 2 de mayo y 1 de septiembre de 2005 (As. 1770 y 390 –2006–, respectivamente).

(120) SALCEDO BELTRÁN, M., *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, Bomarzo, Albacete, 2005, pág. 62.

(121) Tal fue la controversia de fondo de la STS de 23 de octubre de 2001 [Ar. 1507 (2002, citada supra)] en la que el personal de carga de Iberia (aeropuerto del Prat de Barcelona) se negaba a integrar la plantilla de las nuevas empresas adjudicatarias (Orden Skycare Cargo y Eurohandling) [vid., además, SSTS de 29 de febrero y 11 de abril de 2000 (Ar. 2413 y 3946, respectivamente), SSTS de 21 y 26 de octubre de 2004 (Ar. 7341 y 1308, respectivamente), SSTS de 19, 21 de enero y 22 de noviembre de 2005 (Ar. 1617, 1507 y 99 –2006–, respectivamente)].

(122) Junto a las indicadas en la nota al pie anterior, SSTS de 15 de marzo, 26 de abril, 19 de mayo, 3 de junio y 11 de octubre de 2005 (Ar. 3702, 6110, 6090 y 5981, respectivamente).

(123) SSTS de 19 de febrero, 8 de abril y 20 de junio de 2003 (Ar. 1343, 4975 y 4865, respectivamente), STS de 28 de diciembre de 2004 (Ar. 772).

III. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

La externalización de actividades empresariales opera con independencia de causas económicas o productivas. Es decir, el empresario podría proceder libremente, amparado en la libertad de empresa, a descentralizar actividades o servicios –incluso de su propia actividad– sin necesidad de vincular aquella decisión a necesidades organizativas o económicas. Ahora bien, cuando con ocasión de tal operación empresarial se produzcan modificaciones, suspensiones o extinciones empresariales en la principal o en las contratistas, estas vicisitudes sí deberían respetar una concreta causalidad y adecuarse a los procedimientos legales y/o convencionales.

A) Extinciones contractuales en empresas principales conectadas a la descentralización productiva empresarial

a) El despido por causas económicas o empresariales fundado en el recurso a la descentralización productiva: la alegación de causa organizativa o productiva

La extinción del contrato de trabajo que deriva de una externalización o subcontratación de actividades o servicios se puede entender producida por causas organizativas o productivas si efectivamente la decisión empresarial responde a dificultades acreditadas en el funcionamiento de la empresa¹²⁴, no siendo suficiente a tal efecto con que el empresario pretenda a través de la descentralización de aquéllos, únicamente mejorar la situación o resultados de la empresa¹²⁵. Como se conoce, las causas económicas se refieren a la rentabilidad de la empresa, concretándose en pérdidas o desequilibrios financieros globales¹²⁶, mientras que las restantes causas tienen su origen en sectores o aspectos limitados de la vida de aquélla, manifestándose como desajuste entre los medios humanos y materiales de que dispone la empresa y sus necesidades o las conveniencias de una mejor organización de los recursos¹²⁷. Además, la causa organizativa o productiva que pueda alegar el empresario no es necesario que sea valorada y contrastada en la totalidad de la empresa bastando con que se acredite exclusivamente en el espacio en el que se manifiesta la ne-

(124) SSTs de 10 de mayo de 2006, 30 de septiembre de 1998 (Ar. 7586), 4 de abril de 2000 (Ar. 2614) y 21 de julio 2003 (Ar. 7165). STSJ del País Vasco de 11 de febrero de 2003 (As. 47).

(125) SOLÁ MONELL, X., “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en los procesos de descentralización productiva”, en AAVV (dir. DEL REY GUANTER, S., coord. LUQUE PARRA, M.), *Descentralización productiva y relaciones laborales*, op. cit., págs. 165 y ss.

(126) Declararía el TS en Sentencia de 15 de octubre de 2003 (Ar. 4093 –2004–) que para apreciar la concurrencia de las causas económicas en el despido objetivo basta en principio con la prueba de pérdidas en las cuentas y balances de la sociedad titular de la empresa. Si estas pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume en principio –salvo prueba en contrario– que la amortización de puestos de trabajo sobrantes es una medida que coopera a la superación de aquella situación económica negativa.

(127) Sin perjuicio de que en determinadas situaciones puedan concurrir varias de las causas citadas al mismo tiempo y en un mismo supuesto de hecho.

La relación de trabajo en la subcontratación de actividades

cesidad de suprimir el puesto de trabajo¹²⁸. Entiende el TS, por tanto, que las causas tecnológicas, organizativas o de producción afectan al funcionamiento de una unidad, pero no colocan a la empresa en una situación económica negativa, todo ello sin descartar la posibilidad de concurrencia de unas y otras¹²⁹.

El TS mantiene —desde la Sentencia de 21 de marzo de 1997¹³⁰, con algunos matices posteriores¹³¹— que la descentralización productiva o externalización de funciones a través de contrata tendrá encaje en la causa técnica, organizativa o productiva de despido sólo cuando concurren determinadas circunstancias y no en todo caso. Así, podría jugar aquella causa de despido si el empresario consiguiera demostrar que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad¹³² y, a tal efecto, sería decisorio que la descentralización constituyera una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial¹³³. La STS de 10 de mayo de 2006 insiste en esta necesaria razonabilidad y adecuación de la medida de externalización y su conexión con las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa concretadas en datos como cifras desfavorables de producción, escasa productividad, retraso tecnológico u obsolescencia o pérdida de cuota de mercado en los productos y servicios ofertados¹³⁴. Habría de existir, en definitiva, una conexión de funcionalidad entre la conducta de la empresa (decisión de externalización) y el objetivo de superar sus problemas o deficiencias de funcionamiento¹³⁵.

Se acepta, por tanto, la extinción del contrato de trabajo por la vía del artículo 52.c) ET cuando se externalizan por parte de la empresa determinados servicios pues, para la jurisprudencia, no serviría de nada la facultad que la norma concede al empresario de mejorar su competitividad si luego se le obliga al mantenimiento íntegro de los puestos de trabajo. No obstante, sería preciso analizar en cada supuesto si los servicios que se externalizan cubren todo el espacio de las funciones que previamente se desarrollaban con personal interno pues, en caso contrario, el espacio no cubierto debería seguir siendo desempe-

(128) A diferencia de lo que ocurre con las causas económicas que pueden exigir la consideración del conjunto de la empresa y actúan en este ámbito global de afectación [SSTS de 13 de febrero y 19 de marzo de 2002 y 21 de julio de 2003 (Ar. 3787, 5212 y 7165, respectivamente), STSJ del País Vasco de 30 de diciembre de 2004 (As. 117), SSTSJ de Madrid de 7 de febrero de 2005 y 13 de febrero de 2006 (JUR 2005/178316 y As. 720, respectivamente)].

(129) STS de 13 de febrero de 2002 (u.d.) (Ar. 3787).

(130) Ar. 2615.

(131) SSTS de 3 y 4 de octubre de 2000 y 21 de julio de 2003 (Ar. 8660, 8291 y 7165, respectivamente —citadas supra—).

(132) Tal planteamiento se traslada, de igual forma, a la contratación pública y allí se alegan razones de mejora y racionalización del servicio a través de una mejor organización de los recursos [STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de febrero de 2001 (As. 3008)].

(133) STSJ de Madrid de 18 de julio 2001 (As. 3697), STSJ de Aragón de 6 de febrero de 2003 (As. 1714).

(134) No obstante, la mayor rigidez de la causa técnica o productiva del artículo 51 ET conectada a la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma, podría conducir a que dependiendo del número de trabajadores afectados por la extinción, pudiera aquella externalizar servicios o funciones con despidos objetivos del artículo 52.c) ET y no pudiera hacerlo mediante un despido colectivo del artículo 51 ET (LAHERA FORTEZA, J., “Procedencia del despido objetivo por externalización de actividad: la juridificación del interés empresarial en el despido”, RL, núm. 1, 2007, pág. 44).

(135) STS de 31 de mayo de 2006, con Voto Particular, no obstante.

ñado por los trabajadores despedidos de forma improcedente¹³⁶. El artículo 52.c) ET no impone, por otra parte, al empresario la obligación legal –que sí podrían imponer los convenios colectivos– de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa o de su destino a otro puesto vacante de la misma estableciendo, en cambio, otras compensaciones como la indemnización por cese, el preaviso y la licencia de horas para búsqueda de nuevo empleo¹³⁷.

No opera, por tanto, de forma automática la externalización de actividades como causa de despido¹³⁸, sin embargo, y a pesar de la exigencia de requisitos causales específicos, la amplitud de los términos empleados por el TS, unido a la laxitud interpretativa que preside toda la construcción de los despidos económicos y productivos¹³⁹, puede llevar en la práctica a vincular cualquier decisión descentralizadora a una mejora de eficiencia y competitividad y, en tal caso, quedaría acreditada la causa organizativa de despido¹⁴⁰. No en vano, la doctrina de duplicación entiende que lo sustancial, a estos efectos, es que se eliminen las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa o se impida que surjan estas dificultades, derivadas de la posición competitiva de la empresa o de las exigencias de la demanda, “elementos que se utilizan en el artículo 52.c) ET por vía ejemplificativa no exhaustiva”¹⁴¹.

B) Extinciones contractuales en las contratas y subcontratas de obras y servicios

a) Relativización de algunas normas sobre extinción de contratos de trabajo

La generalización del contrato para obra o servicio determinado vinculado a la externalización de actividades empresariales está alterando y relativizando el régimen de la extinción de los contratos de trabajo. Así, cuando un empresario pretende extinguir los contratos indefinidos de sus trabajadores ante una reducción de la demanda o una pérdida de posición en el mercado debe acudir –dependiendo del número de trabajadores afectados– al despido colectivo o al despido objetivo ex artículo 52 ET. Esa misma situación concretada en una rescisión del contrato mercantil que vincula a dos empresarios

(136) SSTs de 3 y 4 de octubre de 2000 (Ar. 8660 y 8291, respectivamente).

(137) SSTs de 13 febrero y 19 de marzo de 2002 (Ar. 3787 y 5212, citadas *supra*).

(138) STSJ del País Vasco de 11 de febrero de 2003 (As. 47), STSJ de Cataluña de 17 de marzo de 2003 (As. 1953).

(139) Si en una primera fase las extinciones económicas exigían una situación de pérdidas y después una situación económica negativa, ahora el recurso al expediente de regulación de empleo no precisa de una situación económica prácticamente crítica, sino que basta una mala evolución de los beneficios y que la medida extintiva contribuya a superarla [SSTs de 24 de septiembre de 2001 y 14 de julio de 2003 (Ar. 9334 y 6260, respectivamente)]. No obstante, *vid. supra* nota al pie núm. 126.

(140) *Vid.* DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M., “Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral”, *RL*, II, 1999, pág. 563 y LÓPEZ ANIORTE, C., *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Laborum, Murcia, 2003, pág. 91.

(141) SSTSJ de Madrid de 31 de mayo de 2004, 31 de enero y 16 de mayo de 2005 [As. 2691, JUR 2005/86160, As. 602 (2006), respectivamente].

llevaría al contratista a extinguir los contratos para obra o servicio determinado de sus trabajadores sin más trámite procedimental y con una indemnización sensiblemente inferior (8 días de salario por año de servicio frente a los 20 días de salario del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción). La negociación colectiva podría ampliar tal indemnización para acercarla a la cuantía legal por la expresa referencia normativa a “la cuantía establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación” lo cual no repararía la precariedad en el empleo inducida por la amplia utilización del contrato para obra o servicio determinado pero haría que los trabajadores afectados por ella percibieran en el momento de la extinción de su contrato la cantidad que les hubiera correspondido si hubieran sido contratados indefinidamente¹⁴².

Al margen de tal posibilidad convencional lo cierto es que la admisibilidad jurisprudencial del contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de una contrata está permitiendo que se eludan o dispositiven las normas sobre despidos económicos y productivos. Esto es, dependiendo del tipo de empresa (empresa ordinaria/contrata, subcontrata) una misma circunstancia o causa extintiva (reducción de la demanda, pérdida de cliente) derivaría en consecuencias jurídicas distintas que permitirían a la contratista, por ejemplo, una extinción prácticamente automática sin control sindical o administrativo alguno y con baja indemnización.

b) Finalización de contrata y extinción del contrato de trabajo

a') Cumplimiento del término (atípico), condición resolutoria y extinción por causas productivas

a") Finalización ordinaria y ante tempus de la contrata

Decíamos anteriormente que la vigencia de la contrata –y no el mantenimiento del servicio para la empresa principal– condiciona la duración de los contratos para obra o servicio determinado con la única limitación de que la misma hubiera operado por causas distintas de la voluntad del contratista y a él no imputables. Si se admite la extinción del contrato de trabajo por finalización de la contrata es porque se produce una decisión ajena a la empresa que le impone la terminación del

**LA VIGENCIA
DE LA CONTRATA
CONDICIONA LA DURACIÓN
DE LOS CONTRATOS
POR OBRA O SERVICIO
DETERMINADO CON
LA LIMITACIÓN
DE QUE LA MISMA
HUBIESE OPERADO
POR CAUSAS DISTINTAS A
LA VOLUNTAD
DEL CONTRATISTA**

(142) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., “Algunas garantías frente a la descentralización productiva: límites al contrato para obra o servicio determinado y reconsideración de la ajenidad en el mercado”, RL, II, 2004, pág. 602.

encargo, bien por finalizar el plazo pactado, bien por decisión de la empresa comitente¹⁴³. Así, por ejemplo, aquellos casos en los que acaece una disminución del volumen del servicio o una reducción parcial de la contrata por reducción de su objeto, no suponen una extinción anticipada de los contratos de trabajo constitutiva de despido sino una extinción ordinaria de aquéllos por finalización del servicio. Algún convenio colectivo contempla expresamente el supuesto indicando que el contrato para obra o servicio determinado podrá extinguirse en aquellos supuestos que impliquen una disminución real del volumen de la obra o servicio contratado. En tal caso, la prestación de servicios de determinados trabajadores devendrá innecesaria y, ante ello, podrá reducirse el número de trabajadores de forma proporcional a la disminución del volumen de éstos¹⁴⁴. En otros casos, se contempla la vía de la reducción de jornada.

La SAN de 24 de abril de 2003¹⁴⁵ aceptaría la determinación convencional como causa de extinción del contrato para obra o servicio de “la disminución real del volumen de la obra o servicio contratado” (II CC Telemarketing). No se trataría de la identificación de tareas con sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa sino más bien de la adaptación a la actividad de la extinción del contrato conforme al artículo 49.c) ET. Aquella disminución se regula como una incidencia productiva interna a la obra o servicio y afectante con exclusividad a los trabajadores contratados en función a la duración de la misma y no como causa total o parcial de una necesidad amortizadora de puestos de trabajo —causa productiva de los artículos 51 y 52.c) ET—. La extinción del contrato para obra o servicio por finalización de éstos es una causa predeterminada, predeterminación que no es predicable de una causa sobrevenida como es la económica por razones productivas. Para la referida sentencia, es una causa que contempla una obra o servicio de dimensión flexible, oscilante, que sólo se proyecta, como acabamos de referir, sobre los trabajadores contratados para su ejecución y que, además, en este caso se completa con un derecho de retorno si la evolución posterior de la obra o servicio motivara la necesidad de aumentar el número de trabajadores.

Por su parte, la pérdida de la contrata o la finalización de una concesión constituye causa productiva que justifica la extinción de los contratos de trabajo (indefinidos) de los trabajadores a ella vinculados pues sus puestos devendrían, de igual forma, innecesarios en virtud de una circunstancia relacionada con la producción derivada de la extinción de una parte de la actividad empresarial por reducción de la demanda¹⁴⁶. Esta causa organizativa

(143) STSJ de Madrid de 17 de julio de 2001 (Ar. 3876).

(144) III CC estatal para el sector del Telemarketing (BOE de 5 de mayo de 2005), CC estatal de las empresas de seguridad (BOE de 10 de junio de 2005), CC de la empresa Umano Servicios Integrales (BOE de 11 de julio de 2002).

(145) Ar. 2896.

(146) STSJ de Andalucía de 31 de enero de 1997 (As. 2570), STSJ de Murcia de 13 de octubre 1999 (As. 6511), STSJ de Navarra de 20 de febrero de 2003 (JUR 2003/85273), SSTSJ de Madrid de 23 de enero de 2001 (JUR 2001/100464) y 16 de mayo de 2005 (As. 602 –2006–, citada supra), STSJ de Baleares de 6 de mayo de 2005 (JUR 2005/177927) y STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de junio de 2005 (As. 2460). Los criterios que permiten considerar justificada la causa productiva del artículo 52.c) ET son diversos a los del artículo 51 ET (más rigurosos). No cabría exigir que la extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción contribuya a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma, ni tampoco que exista una viabilidad amenazada, pues ello desde la reforma de 1997 sólo es aplicable

o productiva se manifiesta, decíamos, como un desajuste entre los medios humanos y materiales de que dispone la empresa y sus necesidades o las conveniencias de una mejor organización de los recursos. Pese a la referida laxitud interpretativa de la jurisprudencia no puede perderse de vista la realidad de la causa que se alega siendo preciso aportar la concreta evolución de la actividad productiva a partir de la pérdida del cliente (principal), probar la disminución mantenida de la producción y acreditar las repercusiones de aquella pérdida en la actividad productiva de la empresa¹⁴⁷. En esta línea, algunos TTSSJ mantienen un mayor rigor causal al entender que en las contrata de servicios es habitual y forma parte del propio riesgo empresarial, la frecuente pérdida de un cliente y la captación de otros nuevos, con lo que no cabría invocar, sin más, como causa de extinción del contrato de trabajo –artículo 52.c) ET–, la rescisión de una determinada contrata con un determinado cliente. Antes al contrario, sería preciso demostrar la incidencia que este hecho tiene en el funcionamiento general de la empresa, de forma que pueda considerarse que la disminución de la actividad que con ello se genera tiene una especial y singular incidencia en la actividad empresarial en su conjunto, viniendo a introducir también una especial y singular dificultad de funcionamiento suficientemente relevante como para que pueda entenderse justificada la extinción del contrato de trabajo como medida tendente a su superación¹⁴⁸. Esta línea interpretativa podría contribuir, en cierta medida, a contrarrestar la debilidad del principio de estabilidad en el empleo de trabajadores de contrata que podrían ser reconducidos al desempeño de funciones diversas en otros centros de trabajo de la contratista. No obstante, y aun cuando tales medidas impliquen situar la ajenidad en los riesgos en su justo punto, no puede perderse de vista que su operatividad quedará reducida al personal con contrato indefinido¹⁴⁹.

Por otro lado, no cabría aceptar la extinción del contrato de trabajo (fuere temporal de obra o servicio o indefinido alegando falsamente causa productiva) si la finalización de la contrata obedece a la voluntad de la empresa contratista pues si se admitiera se estaría permitiendo lo que expresamente prohíben el artículo 1256 CC (dejar la subsistencia o la terminación del contrato al arbitrio de una de las partes –la empleadora–)¹⁵⁰ y su

en los despidos colectivos, pero no en las extinciones por causas objetivas. En este último caso basta con que la extinción contribuya a superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa a través de una más adecuada organización de los recursos [SSTSJ de Madrid de 31 mayo de 2004, 31 de enero y 7 de febrero de 2005 (As. 2691, JUR 2005/86160, JUR 2005/178316, respectivamente)].

(147) SSTSJ del País Vasco de 30 de diciembre de 2004 (As. 117) y 12 de abril de 2005 (As. 2118), STSJ de Canarias de 1 de diciembre de 2003 (As. 770 –2004–). En STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2004 (As. 3951) mantendría el Tribunal que la modificación del calendario de trabajo por la empresa principal no justificaba la amortización de dos puestos de trabajo por causas económicas al no quedar comprometida gravemente la viabilidad de la contrata.

(148) SSTSJ de Cataluña de 19 de febrero de 1999 (As. 5537), 3 de enero de 2000 (As. 1659) y 24 de marzo de 2005 (As. 1347).

(149) En este contexto, la STSJ de Madrid de 2 de octubre de 2002 (JUR 2002/14113) declararía que el contrato de un trabajador indefinido no vinculado a la duración de una contrata con un solo cliente no puede finalizar cuando concluye la relación de prestación de servicios entre la principal y la contratista y ésta debería recolocar al trabajador en otro puesto de trabajo o acreditar que no disponía de ninguno acorde a la categoría del actor. En caso contrario, el despido se calificaría de improcedente.

(150) STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2004 (JUR 2004/94227), STSJ de Cantabria de 27 de noviembre de 2003 (JUR 2003/81842). Indicaría la STS de 8 de junio de 1999 (Ar. 5209) que lo que se autoriza es la limitación del vínculo contractual cuando la terminación de la contrata opera por causa distinta de la voluntad del contratista y por ello si es éste el que denuncia el vencimiento del término o si el contrato termina por causa a él imputable, no podrá invocar válidamente el cumplimiento del término.

aplicación concreta, el artículo 1115 CC (condiciones potestativas)¹⁵¹. En este contexto, resulta oportuno traer a colación la cláusula convencional contenida en el CC estatal de las empresas de seguridad¹⁵² que recoge entre los supuestos de extinción del contrato para obra o servicio determinado, la resolución por el cliente “cualquiera que sea su causa” del contrato de arrendamiento de servicios con la empresa de seguridad. No obstante, habría de realizarse una precisión y, siguiendo idéntico razonamiento (artículo 1256 CC), sería inadmisibles aceptar como causa de extinción del contrato temporal ligado a la duración del servicio, la decisión de la empresa cliente de dar por finalizada la contrata ante incumplimientos de la contratista (v.gr., servicio defectuoso).

Por su parte, en el supuesto de que la contrata finalizara –aun parcialmente– por mutuo acuerdo de las empresas no concurriría causa (ordinaria) para la extinción del contrato para obra o servicio determinado¹⁵³ aunque la empleadora (contratista) podría proceder al despido por causas objetivas de producción con sujeción a este régimen extintivo. Caso excepcional sería aquel en el que la empresa contratista se viera forzada a la resolución contractual por incumplimientos graves de la principal¹⁵⁴. Parece lógico pensar que el acaecimiento de tal circunstancia conduciría a la rescisión anticipada de la contrata por un hecho no imputable al empresario contratista con la lógica consecuencia de la extinción ordinaria de los contratos de trabajo a ella vinculados. Lógicamente y, a sensu contrario, aquellos supuestos en los que no hubiera finalizado la contrata y aconteciera la extinción del contrato de trabajo o aquellos casos en los que se hubieran celebrado diversos contratos en contratas distintas no coincidentes con el carácter anual y prorrogable de la contrata inicial estaríamos ante ceses que constituyen despido¹⁵⁵.

b”) Concertación de nueva contrata con idéntica empresa contratista y extinción de contratos de trabajo

Podría plantearse también el supuesto de una nueva contrata que se concierta tras la terminación de otra anterior con la misma empresa contratista para el desarrollo de análogas actividades o servicios a las anteriormente realizadas. En SSTs de 4 de mayo de 2006 y 22 de octubre de 2003¹⁵⁶ se acepta la válida extinción de los contratos de trabajo a la finalización de la primera contrata aun en el caso de que se suscriba un nuevo contrato de arrendamiento de servicios con el mismo objeto. Hablará el TS de “proyección temporal

(151) LETE DEL RÍO, J.M. y LETE ACHIRICA, J., *Derecho de obligaciones. Vol. I. Teoría General de la relación obligatoria y del contrato*, Thomson-Aranzadi, 2005, pág. 146. Establece el artículo 1115 CC que cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula.

(152) BOE de 10 de junio de 2005.

(153) Entendiendo por causa ordinaria la recogida en el artículo 49.b) ET: “Causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario”.

(154) STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2002 (Ar. 1813).

(155) STSJ del País Vasco de 17 de febrero de 2004 (JUR 2004/145409).

(156) Ar. 2398 y 8390, respectivamente. Declara la Sentencia de 2003 que “se trata de otra contrata diferente, para cuya efectividad la empleadora podrá o no contratar a la actora, bien por novación del contrato anterior, bien por suscripción de otro nuevo”. Previamente, en STS de 26 de junio de 2001 (Ar. 6839) se aceptaría la extinción de los contratos de trabajo pese a haberse suscrito una nueva contrata con la misma empresa pero para local diferente.

del servicio sobre el contrato de trabajo” y esta interpretación, sin embargo, puede dar cobertura a prácticas empresariales dirigidas exclusivamente a provocar la extinción de los contratos de trabajo simulando la finalización de la primera contrata, aun cuando la negociación colectiva, como veremos seguidamente, ya está incluyendo cláusulas tendentes a garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados¹⁵⁷.

c) Garantías frente al despido en la negociación colectiva

No son ciertamente abundantes las cláusulas negociales que recogen garantías frente al despido en empresas principales que recurren con frecuencia a externalizar funciones o servicios o auxiliares que desarrollan estas actividades descentralizadas. Aun así, existen algunas previsiones significativas:

– El servicio no habrá terminado y, por tanto, no sería admisible la extinción del contrato para obra o servicio determinado si se producen sucesivas renovaciones sin interrupción del contrato mercantil que da origen a aquél¹⁵⁸. Algún pronunciamiento jurisprudencial incluye aquí tanto supuestos de prórrogas sucesivas como de nuevas contrataciones con el mismo cliente que tengan por objeto la misma campaña o servicio (STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de enero de 2006)¹⁵⁹.

– Existen, además, algunas cláusulas que recogen criterios de selección de los trabajadores afectados en caso de extinción de contratos por obra o servicio ante la disminución de la obra o servicio contratado. Los criterios a considerar serán la antigüedad, las cargas familiares y, en su caso, la valoración del puesto de trabajo¹⁶⁰.

– En algunos convenios colectivos de empresa se crean comisiones especiales de composición mixta (dirección social/representantes de los trabajadores) cuyo cometido se concreta en

**AL AMPARO
DE LA CONSTITUCIONAL
LIBERTAD DE EMPRESA
LA EXTERNALIZACIÓN
DE ACTIVIDADES
Y SERVICIOS
EMPRESARIALES
SE ESTÁ GENERALIZANDO
EN EL ACTUAL ESCENARIO
PRODUCTIVO**

(157) En tales supuestos entiende MONTOYA MEDINA que se trata de una única contrata que se ha prorrogado y no es posible extinguir los contratos de trabajo siendo, además, la empresa contratista la encargada de demostrar (si pretendiera el reconocimiento de la procedencia de las extinciones contractuales efectuadas) que se trata de una nueva contrata por hallarse desvinculada temporalmente de la anterior o por carecer del mismo objeto (“La discutida admisibilidad de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la contratación y subcontratación de actividades productivas”, RL, núm. 6, 2006, pág. 22).

(158) CC del sector de Prevención-Extinción de incendios forestales en la Comunidad de Madrid (BOCM de 15 de octubre de 2004), III CC del sector del Telemarketing (BOE de 5 de mayo de 2005), CC de la empresa Umano Servicios Integrales (BOE de 11 de julio de 2002).

(159) As. 1283.

(160) CC estatal de las Empresas de seguridad (BOE de 10 de junio de 2005), CC de la empresa Umano Servicios Integrales (BOE de 11 de julio de 2002).

la búsqueda de alternativas de ocupación del personal en las empresas del grupo (preferentemente en la misma zona geográfica, no traumáticas y de naturaleza voluntaria) ante problemas graves de ocupación o falta de liquidez de alguna de las sociedades que integran aquél. Por otro lado, en el supuesto de cesión empresarial de todo o parte de alguna de las sociedades, la empresa presentará a la representación de los trabajadores las condiciones e información necesaria y, si en los 3 años posteriores a aquella cesión, los trabajadores incorporados a la nueva sociedad perdieran su empleo, la comisión mixta se reuniría para negociar una solución no traumática¹⁶¹.

—Algunas previsiones negociales, por su parte, mejoran el régimen legal incrementando las indemnizaciones por fin de contrato (1 día por mes trabajado, 1 mes de salario por año o fracción superior al semestre, 12, 15 días por año de servicio¹⁶²) o establecen garantías adicionales en supuestos de extinción del contrato por circunstancias objetivas (notificación previa del despido proyectado al comité de empresa y delegado sindical, informes de éstos sobre la concurrencia de la causa alegada y sobre la imposibilidad de recurrir a otras medidas —carácter imprescindible de la extinción—)¹⁶³.

IV. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN LA ENCRUCIJADA ENTRE EFICACIA EMPRESARIAL Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO (REFLEXIONES CRÍTICAS)

Al amparo de la constitucional libertad de empresa la externalización de actividades y servicios empresariales se está generalizando en el actual escenario productivo. La búsqueda de mayor eficacia empresarial se sitúa en el origen de las decisiones de descentralización afectando con ello al —ya de por sí maltrecho— principio de estabilidad en el empleo. En este contexto, el frecuente recurso al contrato para obra o servicio determinado ligado a la duración de contratos ha contribuido a la generación de un importante espacio de precariedad. Como expresa VALDÉS DAL RÉ, el giro en la causa del contrato temporal de obra o servicio determinado disminuye y aligera los riesgos y costes laborales derivados de la colaboración en proyectos empresariales ajenos¹⁶⁴.

(161) CCs de las empresas Robert Bosch Española Fábrica de Madrid, SA y Robert Bosch Española Fábrica Alcalá de Henares, SA.

(162) I CC de la empresa Manufacturas y Accesorios eléctricos, SA (MAESA). Torrejón de Ardoz (BOCM de 21 de agosto de 2003 —con un límite de 18 días—, no obstante), CC estatal de Jardinería (BOE de 7 de mayo de 2001 —contratos para obra o servicio que excedieran de dos años—), CC del Comercio vario de la Comunidad de Madrid (BOCM de 25 de febrero de 2004), CC del sector de Limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid (BOCM de 16 de julio de 2005 —limitado a los eventuales—) y CC de Comercial de Prensa siglo XXI, SA (BOCM de 22 de julio de 2004 —limitada también en este caso la indemnización a los contratos eventuales—). En el I CC general del sector de Servicio de asistencia en tierra de aeropuertos (Handling) (BOE de 18 de julio de 2005) recoge, por su parte, una indemnización de 21 días por año de servicio como indemnización por la extinción del contrato por causas productivas (expediente de regulación de empleo —excedente estructural—).

(163) I CC de la empresa Manufacturas y Accesorios eléctricos, SA (MAESA). Torrejón de Ardoz (BOCM de 21 de agosto de 2003).

(164) VALDÉS DAL RÉ, F., “Contratas y subcontratas: las reformas pendientes”, RL, núm. 2, 2007, pág. 5.

La relación de trabajo en la subcontratación de actividades

Así, el ensanchamiento de este contrato temporal estructural para incluir en su objeto servicios y actividades ejecutadas por el personal de contratas está desvirtuando y poniendo en crisis la figura legal evidenciándose, con ello, la necesaria revisión de la causalidad del contrato para obra o servicio determinado que responda a la naturaleza temporal de los servicios concertados con la contratista con independencia del vínculo mercantil entre empresarios. Esto es, el carácter temporal de la contratación o subcontratación de obras o servicios no constituiría, por sí mismo, causa suficiente de esta modalidad contractual, debiendo recurrir la contratista al contrato indefinido cuando las funciones o servicios concertados tuvieran para ella carácter permanente pues constituyan su objeto y el desarrollo normal de su actividad en el mercado aun cuando el destinatario final de aquéllos pudieran ser sucesivos empresarios o clientes. La simple pérdida de una contrata o concesión no implicaría, sin más, la extinción de estos contratos de duración indefinida sino que debería conectarse aquélla con los despidos objetivos económicos y su causalidad específica o bien establecerse legalmente causas o condiciones extintivas expresas que excluyeran los supuestos de contratas sucesivas con el mismo empresario, mutuo acuerdo de rescisión (cliente/contratista), voluntad o incumplimiento del contratista. Se ha perdido una buena ocasión para introducir modificaciones de este tipo en las últimas reformas normativas en materia de subcontratación¹⁶⁵.

Sean contratos de duración determinada o indefinida (ciertamente minoritarios) los que vinculan a los trabajadores descentralizados¹⁶⁶ y a las empresas prestadoras de servicios, la relación laboral de aquéllos se verá profundamente afectada por las frecuentes operaciones de subrogación entre empresarios. En esta materia, los vaivenes interpretativos del TSJ-CE contrastaban con la tradicional rigidez de la jurisprudencia del TS en torno al artículo 44 ET (empresa organización). La reciente flexibilización de criterios por parte del Alto Tribunal lejos de contribuir a clarificar y a adaptar la institución de la sucesión de empresa a la realidad de la nueva economía y a la transmisión de actividades y servicios —no de infraestructuras—, ha introducido numerosos interrogantes que podrían concretarse en un debilitamiento de la estabilidad en el empleo en actividades y sectores en los que la mano de obra es determinante.

Sin perder de vista tal realidad, la interpretación del concepto legal de entidad económica debería concretarse en una actividad económica organizada (“medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”) que es objeto de transmisión y cuyos rasgos presentan una identidad entre las actividades o servicios prestados

(165) Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. En el Documento para la Mesa de Diálogo sobre el Mercado de Trabajo de 18 de octubre de 2005 se proponían alternativamente: a) introducir en el contrato de fomento de la contratación indefinida un elemento causal, específico para los supuestos de contratas y subcontratas, que permita la inclusión *ab initio* en el propio contrato individual de condiciones más precisas de extinción, vinculadas a una condición extintiva expresa y una indemnización en función de la antigüedad y b) establecer modificaciones en el procedimiento actual de extinción de los contratos de trabajo, tanto de carácter individual como colectivo [artículos 51 y 52.c) ET] limitadas a los supuestos de finalización de las contratas o subcontratas en que no existan posibilidades de subrogación o de ocupación de los trabajadores en otras actividades de la empresa. A ello se añade que se establezca que aquella finalización es causa suficiente para el despido por razones económicas y se contemple en la regulación de los despidos colectivos un procedimiento específico para estos supuestos.

(166) Utilizo el término “trabajadores descentralizados” para resaltar la prestación de servicios de trabajadores cuya relación laboral se desarrolla en empresas ligadas a otras principales por vínculos mercantiles de orden diverso (contratas de obras o servicios, contratas de propia actividad,...).

antes y después de la operación transmisiva¹⁶⁷. A estos efectos, operarían como indicios el tipo de empresa o actividad, la existencia o no de transmisión de elementos patrimoniales, la similitud entre las actividades desarrolladas y la asunción por el cesionario (por imposición de convenio, compromiso contractual o voluntad individual) de una parte relevante de trabajadores de la cedente. En aquellas actividades o servicios en las que el soporte patrimonial es mínimo o es inexistente seguirá siendo determinante el traspaso de personal al nuevo empresario y, en estos supuestos, debería poder modularse convencionalmente el rígido régimen de garantías del artículo 44 ET, dentro del marco de protección de la norma comunitaria¹⁶⁸. Junto a ello, la nueva línea interpretativa del TS no puede debilitar la naturaleza contractual de la relación de prestación de servicios y la centralidad del consentimiento del trabajador para obligarse y poner a disposición de otro sujeto su fuerza de trabajo. Así, la asunción de plantillas convencional o contractual aun cuando ahora tuviera cabida en la sucesión de empresa estatutaria debería seguir respetando el consentimiento del trabajador en supuestos de cesión de contratos sobre todo teniendo en cuenta que por esta vía podrían llevarse a cabo operaciones de descentralización estratégica de grandes empresas hacia unidades productivas menos solventes y con débiles posiciones en el mercado¹⁶⁹. No obstante, desde la óptica normativa del artículo 44 ET y de los principios que la inspiran no sería admisible aceptar que el propio trabajador condicionara la subrogación (y, por tanto, sus efectos) a su voluntad pues el artículo 44 opera *ex lege* con independencia de ésta¹⁷⁰. Otra opción (difícil de mantener, por otra parte) sería entender que la nueva línea interpretativa del TS al hacer referencia a la transmisión de empresa en sectores y actividades en los que el personal es elemento relevante y no hay transmisión de elementos productivos está refiriendo supuestos de subrogación convencional o contractual y esta novación subjetiva, desde la lógica y letra del derecho de los contratos, sigue exigiendo el consentimiento de los trabajadores individualmente afectados. Al margen de tales discusiones interpretativas, la realidad es que el TS salva la situación —en apariencia— entendiendo que la asunción de plantillas ha de ser pacífica, efectiva y real y no se cumplen tales condiciones cuando los trabajadores disienten¹⁷¹ y, además, un eventual acuerdo con los representantes de los trabajadores no desvirtúa la centralidad del consentimiento individual de los trabajadores afectados.

(167) En esta línea, mantiene CRUZ VILLALÓN que lo relevante a estos efectos será la transmisión del servicio, que viene a ser el capital central de la empresa (“Outsourcing y relaciones laborales”, en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2000, pág. 286).

(168) Conviene recordar, a tales efectos, que la responsabilidad solidaria de la ley española se establece como potestativa en la Directiva 2001/23/CE al dejar en manos de los Estados miembros su posible fijación normativa (artículo 3.1, párr. 2°).

(169) Posibilidad esta, por otra parte, amparada (y salvo supuestos fraudulentos) en la garantía institucional de la libertad de empresa (artículo 38 CE).

(170) Recuerda tal extremo la STSJ de Cantabria de 8 abril de 2005 (As. 592) que declara la ilicitud de un pacto entre empresarios que recoge la posible modulación de efectos del artículo 44 ET y su sometimiento a la voluntad de los trabajadores.

(171) STS de 20 de octubre de 2004 (Ar. 7202, citada *supra*), SSTs de 21 y 26 de octubre de 2004 (Ar. 7341 y 1308, respectivamente), SSTs de 19, 21, 31 de enero, 7 de febrero y 22 de noviembre de 2005 (Ar. 1617, 1507, 2785, 2896, 99-2006-, respectivamente, citadas *supra*). Expresa SALCEDO BELTRÁN, en este contexto, que asistimos ante la sorprendente situación de que se está supeditando la aplicación de los convenios colectivos y del ET a la existencia de consentimiento de los trabajadores (Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas, *op. cit.*, pág. 60).

Situándonos en la transmisión legal, la solución garantista del artículo 44 ET y el principio de estabilidad en el empleo que consagra pueden no coincidir con la voluntad de los trabajadores afectados por la sucesión. Así, el trabajador que disiente y manifiesta su voluntad de no pertenecer a la nueva empresa (sucesión de empresa legal) únicamente podría desvincularse del cesionario por la vía de la dimisión y, por tanto, de la pérdida de su empleo. La otra opción, sin embargo, tampoco es excesivamente garantista pues aun cuando (hipotéticamente) se le diera relevancia al consentimiento del trabajador en estos casos, la cedente, previsiblemente, procedería a un despido económico eliminando por esta vía a los trabajadores excedentes. La sucesión de empresa (tradicionalmente preocupada por proteger al acreedor de salarios) se presenta como otra institución sometida a crisis por la irrupción y desarrollo del fenómeno del *outsourcing*. Las nuevas formas de organización y producción empresarial podrían estar modificando la lógica de la transmisión legal de empresa pese al aparente inmovilismo legal y estos cambios estarían inclinando las operaciones de traspaso hacia la lógica consensuada de la novación subjetiva contractual. Así, el consentimiento individual del trabajador devendría central de cara a la correcta concreción del principio de estabilidad en el empleo en cada supuesto y, de otro lado, se estarían abriendo nuevos espacios al consentimiento colectivo (acuerdos reguladores de las condiciones de la subrogación, pactos de determinación de la norma paccionada que deberá aplicarse tras la sucesión¹⁷² o acuerdos y convenios que modularan por vía negociada los efectos de la transmisión en aras a garantizar la estabilidad en el empleo...). Algunos de estos acuerdos han sido frecuentes en sectores que tradicionalmente recurren a la descentralización productiva como forma ordinaria de operar en el mercado y el cambio de rumbo de la jurisprudencia debería llevar aparejado una modificación normativa que permitiera alterar por vía negociada la rigidez de la transmisión legal de empresa.

Al margen de estas reflexiones teóricas, el complejo panorama de la sucesión de empresa tras los últimos pronunciamientos jurisprudenciales podría ser, en grandes líneas, el siguiente:

– En aquellos sectores en los que el personal no es determinante el traspaso de elementos patrimoniales será decisivo a

**LA SUCESIÓN
DE EMPRESA
SE PRESENTA COMO
OTRA INSTITUCIÓN
SOMETIDA A CRISIS
POR LA IRUPCIÓN Y
DESARROLLO
DEL FENÓMENO
DEL *OUTSOURCING***

(172) Este tipo de acuerdos sí tienen reflejo legal expreso (artículo 44.4 ET tras la modificación operada por la Ley 12/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo).

efectos de la aplicación del artículo 44 ET¹⁷³. Habrá de tratarse de la cesión de elementos que constituyan una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada, esto es, no será suficiente la simple transmisión de bienes, sino que éstos han de constituir un soporte económico suficiente para que continúe la actividad empresarial precedente¹⁷⁴. Además, no impedirá la calificación de sucesión de empresa el que después de producida ésta, el nuevo empleador introduzca modificaciones productivas agregando nuevos trabajadores o elementos de activo para el desarrollo de la actividad¹⁷⁵. Por el contrario, a menos que los convenios colectivos de aplicación o las cláusulas contractuales indiquen lo contrario (mayor protección) la no transmisión de aquel soporte patrimonial motivará que no se haya transferido una entidad económica que mantenga su identidad y, por tanto, no cabrá aplicar las garantías de la sucesión de empresa legal. No obstante, la negociación colectiva o los pliegos de condiciones podrían incluir en la sucesión legal a aquellas operaciones de transmisión sin activos patrimoniales o bien establecer otros mecanismos garantistas, es decir, articular vías de subrogación convencional o contractual cuyo contenido puede no coincidir con las garantías del artículo 44 ET.

– El elemento personal se torna esencial, sin embargo, en otros sectores o actividades en los que los activos patrimoniales son irrelevantes o mínimos¹⁷⁶ y, en tales supuestos, será fundamental la asunción por el nuevo empresario de la plantilla del anterior¹⁷⁷, elemento determinante (pero no único) para entender aplicable el régimen de garantías del artículo 44 ET. Este nuevo empresario podría asumir a aquellos trabajadores voluntariamente o bien venir obligado a ello por convenio o contrato y, en cualquier caso, tras la nueva interpretación del TS por influencia de la doctrina del TSJCE, nos situaríamos ante la sucesión de empresa legal. En estos sectores sería frecuente que, con anterioridad, tales situaciones se contemplaran en los convenios colectivos de aplicación como supuestos incardinables en la sucesión convencional y ahora devendrán inaplicables aquellas cláusulas que contradigan el régimen de garantías del artículo 44 ET (no así, lógicamente, las que lo mejoren). La negociación colectiva no podría, por tanto, modular *in peius* los efectos

(173) STSJ de Castilla y León de 13 de junio de 2005 (As. 2039), STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2005 (JUR 2006/43458).

(174) STS de 19 de marzo de 2002 (Ar. 6465) y STSJ de Andalucía de 12 de mayo de 2005 (As. 3595).

(175) STSJ de Cantabria de 8 de abril de 2005 (As. 592).

(176) La STSJ de Baleares de 25 de septiembre de 2005 (As. 2888) entendería que para determinar la relevancia del activo material “solo cabría medir con certeza calculando su coste porcentual dentro del total que conlleva el funcionamiento del negocio”.

(177) SSTSJ del País Vasco de 8 de febrero de 2005 (As. 29 y 562, citadas *supra*), STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2005 (As. 1533), STSJ de Cataluña de 1 de septiembre de 2005 (As. 390 –2006–), STSJ de Canarias de 2 de diciembre de 2005 (As. 609 –2006–) y STSJ de Castilla y León de 19 de junio de 2006 (As. 2050). Declararía, en este contexto, la STSJ de Castilla y León de 24 de octubre de 2005 (As. 3397) que la doctrina de la sucesión de empresas por identidad de plantillas sólo es de aplicación cuando la organización productiva objeto de la transmisión está compuesta de manera esencial por los trabajadores y no por medios materiales adscritos a la producción. Incluso en estos casos no puede decirse que exista sucesión de empresas cuando el número de trabajadores que coincide en una y otra empresa no llega a la tercera parte del total de cada una de ellas. No existirá, por tanto, una organización productiva que haya cambiado de titularidad y que conserve su identidad.

legales de la sucesión de empresa¹⁷⁸. Así, la simple referencia convencional (o contractual) a la asunción por el nuevo empresario de una parte relevante de la plantilla del saliente determinará la aplicación del sistema de garantías de la subrogación legal pero también la no alusión a aquella y la efectiva asunción generará idéntica consecuencia.

Pese al aparente ensanchamiento de la protección de los *trabajadores descentralizados* tras los últimos pronunciamientos jurisprudenciales quedan, sin embargo, algunos espacios abiertos a la interpretación que podrían provocar el efecto contrario: indeterminación en torno a cuáles sean los sectores o actividades en los que la plantilla es factor relevante¹⁷⁹, qué deberá entenderse por asunción de una parte significativa de la plantilla¹⁸⁰, qué mecanismos podrían proteger a los trabajadores no transmitidos ante la no asunción de la plantilla por el nuevo empresario (carencia de previsiones convencionales o contractuales pero sectores en los que la plantilla es elemento relevante),...¹⁸¹. Además, junto a ello (y a pesar de las referidas garantías) los trabajadores que pasaran a prestar servicios para el nuevo empresario no escaparían de posibles vicisitudes contractuales modificativas o extintivas ciertamente frecuentes en empresas cuya actividad se centra en prestar servicios a otras. Nos seguimos encontrando, por tanto, en situación de indeterminación e inseguridad jurídica y buena prueba de ello es la falta de firmeza del TS en la doctrina judicial iniciada en 2004. Las SSTs de 14 de marzo y 23 de mayo de 2005¹⁸² volverían a planteamientos precedentes al afirmar que en las contrataciones sucesivas de servicios (limpieza) en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva autónoma con autonomía funcional sino un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 del ET sino que la misma operará o no, de conformidad con lo que disponga el convenio colectivo de aplicación y con sub-

(178) Como acertadamente expresa SANGUINETI RAYMOND mientras que las cláusulas que excluyen toda obligación del nuevo empresario frente a los trabajadores del anterior serán plenamente válidas, aquellas otras que, partiendo de imponer a éste el deber de asumir los contratos de trabajo de dicho personal, tratan de modular los alcances de su responsabilidad no lo son ("Las cláusulas de subrogación convencional...", *op. cit.*, pág. 115).

(179) Podría pensarse (aunque no exclusivamente) en algunos sectores cuyos convenios colectivos venían recogiendo cláusulas de subrogación convencional (Vigilancia y Seguridad, Limpieza de edificios y locales, Hostelería, Jardinería, Ayuda a domicilio, Entrega domiciliaria...). El TS en Sentencias de 13 de diciembre de 1999 y 24 de julio de 2001 (Ar. 9789 y 7923, respectivamente) entendería, por ejemplo, que la limpieza viaria no es un sector en el que la mano de obra sea determinante y pueda desestimarse la importancia de la transmisión de elementos patrimoniales a efectos de la transmisión de empresa.

La STSJ de Castilla y León de 5 de diciembre de 2005 (As. 53 –2006–) incorpora ya un elemento interpretativo al declarar que cuando el precio del servicio se establezca en función de los costes salariales, la mano de obra constituirá el elemento esencial y decisivo a efectos de entender que opera la sucesión de empresa.

(180) La STSJ de Castilla y León de 5 de diciembre de 2005 (As. 53 –2006, citada *supra*–) mantiene que se puede hablar de sucesión de plantillas cuando concurre más de un 50% de la plantilla de la empresa saliente para prestar servicios en la entrante y la Sentencia del mismo TSJ de 24 de octubre de 2005 (As. 3397, citada *supra*) hablará de la necesaria asunción, al menos, de la tercera parte del total de trabajadores de cada empresa.

(181) En aquellos supuestos de previsión convencional o contractual, el incumplimiento del nuevo empresario derivaría, posiblemente, en reclamaciones por despido. La sorprendente STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2005 [As. 319 (2006, citada *supra*)] mantiene, en este contexto, que el incumplimiento de la obligación de subrogación contenida en convenio colectivo (artículo 18 Convenio colectivo Sector de Telemarketing) no generará la subrogación automática pues la norma convencional no contempla el efecto de aquel incumplimiento "que se desenvuelve en el terreno del contenido obligacional, no normativo del convenio". El TSJ revalidó la extinción de los contratos para obra o servicio determinado vinculados a la duración de la campaña (contrata).

(182) Ar. 3191 y 9701 (citadas *supra*).

ordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por la norma convenida¹⁸³.

El análisis de algunos aspectos relevantes de la relación individual de trabajo afectados por la subcontratación de actividades empresariales conduce a la constatación de la singular descomposición de instituciones nucleares del Derecho del Trabajo individual. Ante la generalización de la descentralización productiva empresarial como forma de producción de bienes y servicios, la defensa de la causalidad en la contratación temporal y en la extinción del contrato de trabajo deja de tener sentido si es posible mediante la externalización iniciar y dar por finalizadas relaciones laborales sin mayores exigencias causales¹⁸⁴. El recurso a una contrata de servicios legitimaría la realización de un contrato para obra o servicio determinado y la conclusión de aquélla conduciría a la extinción de la relación laboral por cumplimiento de la condición resolutoria aun en el supuesto —ya aceptado por algunos pronunciamientos jurisprudenciales— de que se concertara una nueva contrata con el mismo empresario y con idéntico objeto. A pesar de la general aceptación de que la descentralización productiva sólo tiene encaje en la causa organizativa cuando se den determinadas circunstancias, los trabajadores vinculados con contratos indefinidos en la principal y en la contratista no se verían excesivamente protegidos (aun gozando de un *status* más favorable) pues el posible recurso a la extinción del contrato de trabajo por causas productivas vinculado a operaciones de descentralización se limita, en algunos pronunciamientos de TSSJ, a la eliminación de las dificultades —presentes— que impiden el buen funcionamiento de la empresa e incluso al surgimiento —futuro— de tales dificultades. Bien es cierto, no obstante, que el TS viene exigiendo un mayor rigor causal (medida racional y adecuada en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial)¹⁸⁵ y la negociación colectiva empieza a incorporar tímidamente algunas garantías frente a extinciones contractuales en empresas principales y contratistas.

Por mucho que la generalización de la descentralización productiva como modo de producción y distribución de bienes y servicios esté alterando parámetros básicos de la regulación del trabajo dependiente, no puede desconocerse el particular entendimiento de la ajenidad en los riesgos de empresas contratistas cuyo modo normal de operar en el mercado consiste precisamente en la continua pérdida y captación de nuevos clientes. Por ello, las reglas de contratación y extinción deberían adecuarse a esta realidad pero no ser ignoradas de tal forma que impliquen, de hecho, una traslación al trabajador del riesgo empresarial.

(183) Sobre el tema, vid. ALAMEDA CASTILLO, M.T., “El incierto destino de los trabajadores de contratas en el Sector de Limpieza de edificios y locales”, *Revista de Jurisprudencia. El Derecho*, 4/2006, Referencia 2006/109449.

(184) En este contexto, mantendrá SANGUINETI RAYMOND que también la externalización —sin sujeción a exigencia causal alguna— podrá fundamentar la conversión de empleos permanentes en temporales (“Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo”, *op. cit.*, pág. 14).

(185) Para SANGUINETI RAYMOND el despido solamente sería aceptable cuando el mantenimiento del sistema de organización interna de la actividad —y el de los puestos de trabajo a él asociadas— no resultara viable por haber devenido inadecuado u obsoleto respecto del externo, constituyendo, por tanto, su continuidad un riesgo para el propio mantenimiento del empleo (*ibidem*, pág. 20).

I. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Ley y Convenio Colectivo. 2. Legislación estatal y comunidades Autónomas. Cuotas colegiales. A) Responsabilidad del pago de deudas anteriores a la transferencia. B) Responsabilidad del pago de deudas posteriores a la transferencia. C) Incompetencia de Jurisdicción. D) Improcedencia del reintegro de cuotas.

3. Convenio colectivo. A) Convenio Colectivo y Ordenanzas Laborales. B) Aplicación del Convenio Colectivo. C) Interpretación del Convenio Colectivo. D) Concurrencia.

4. Condición más beneficiosa. 5. Absorción y compensación. 6. Retroactividad normativa.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 9 a 12 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 1121 a J 1630). Esencialmente, las resoluciones comentadas hacen referencia a las relaciones entre ley y convenio, así como a la aplicación, interpretación y concurrencia de la norma específica del Derecho Laboral, es decir, el convenio colectivo, incluyendo su interrelación con las antiguas Ordenanzas Laborales. Asimismo, se abordan diversas sentencias referentes a la reiterada cuestión de las deudas por cuotas colegiales y su atribución al Estado o la Comunidad Autónoma. En fin, el principio de condición más beneficiosa y las técnicas de absorción y compensación y la retroactividad normativa también se tratan en diversas resoluciones objeto de esta crónica.

1. LEY Y CONVENIO COLECTIVO

Las relaciones entre la Ley y el Convenio Colectivo vienen presididas por la posición jerárquica que ambas ocupan dentro de las fuentes del Derecho. Por ello, el convenio colectivo debe obligado respeto a lo dispuesto en la ley, al menos en aquellos supuestos en que ésta se constituya como derecho necesario.

Sobre esta materia, se pronuncia la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de mayo de 2006**, I.L. J 1268. Como dato fáctico relevante se establece en la sentencia que el convenio colectivo de aplicación reconoce a los trabajadores el derecho a jubilarse parcialmente y la consiguiente reducción de jornada en el límite máximo legalmente previsto del 85%, cuando reúnan los requisitos legalmente establecidos y, en especial, la edad que no podrá ser inferior a sesenta años, debiendo comunicarse a la empresa con una antelación mínima de seis meses a la fecha prevista para la jubilación. El actor formula su demanda al amparo de dicho artículo, pero dicho precepto, que ha sido impugnado por la patronal por entender que es contrario a la ley, está pendiente de resolución del recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo.

El recurrente considera que el derecho a la jubilación parcial previsto en el convenio colectivo vulnera el principio de libertad de contratación que está consagrado en nuestro Derecho de manera tradicional, deduciendo del artículo 12.2 del ET, que el empleador no está obligado a facilitar a los trabajadores el acceso a la jubilación parcial mediante la novación del contrato existente entre las partes o la suscripción de otro a tiempo parcial, si no media acuerdo previo entre las partes. En este sentido argumenta que la doctrina del Tribunal Supremo en numerosas sentencias indica que el planteamiento del tema litigioso es exponente del conocido debate sobre la prevalencia o no de la ley en relación al convenio colectivo de manera que la negociación colectiva no puede entenderse excluyente e inmodificable pues “ello supondría frenar la evolución y el progreso del Derecho del Trabajo y convertir lo negocial en derecho necesario absoluto y en tantos derechos necesarios como convenios hubiera. No puede aceptarse un debilitamiento de la imperatividad de la ley a favor de lo dispositivo, a menos que la propia ley así lo autorice, flexibilizando sus mandatos”.

La Sala entiende que, en este supuesto, no ha sido conculcada la legalidad vigente. El acuerdo ha sido libre y voluntariamente pactado entre las partes, sin que de ello pueda deducirse ningún tipo de arbitrariedad o de unilateralidad en su aplicación como pretende el recurrente, por tanto el artículo 23 del Convenio será plenamente aplicable cuando concurran los requisitos de edad establecidos en el mismo.

También sobre las relaciones entre Ley y Convenio y la prevalencia de la norma legal sobre la convencional se pronuncia la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de mayo de 2006**, I.L. J 1541. El supuesto de hecho versa sobre la reclamación por despido de un trabajador cuya sentencia fue desestimada en la instancia y recurrida en suplicación, que se ve inmerso en una sucesión de empresas adjudicatarias de servicios. Como pone de relieve la sentencia, las normas de derecho imperativo no pueden ser contradichas por los Convenios Colectivos respecto a los derechos que reconocen a los trabajadores y, en consecuencia, las garantías reconocidas por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no pueden ser disminuidas por lo dispuesto en el artículo 18 del precitado Convenio Colectivo.

I. Fuentes del Derecho

Añade la sentencia, entre otros argumentos, que la interpretación del citado artículo 44 ha experimentado un serio cambio a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004, en la que se rompe la tradicional doctrina respecto a los requisitos que han de concurrir para que en supuestos de sucesión de contratas exista sucesión de empresas, requisitos que se concretaban en la necesidad de que se transmitiera al cesionario elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial.

En conclusión, la Sala entiende que ha existido sucesión de empresa y, en consecuencia, ha de reconocerse al actor la antigüedad desde el inicio de la prestación de servicios para la empresa.

2. LEGISLACIÓN ESTATAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS. CUOTAS COLEGIALES

A) Responsabilidad del pago de deudas anteriores a la transferencia

La conocida y reiterada cuestión de quién ha de responder de las deudas económicas contraídas en períodos anteriores al proceso transferencial de las competencias en materia de asistencia sanitaria ya ha sido resuelta hace tiempo por reiterada doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. De ellas es buena muestra la **STS de 12 de junio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1145. Como en anteriores ocasiones, la norma esencial que se ha de tomar en consideración para resolver el problema del pago de deudas por cuotas profesionales correspondientes a períodos anteriores a los procesos transferenciales a las distintas autonomías de la competencia sanitaria es la Disposición Adicional Primera de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico. En virtud de tal disposición, la Sala concluye que la condena al pago del importe de las referidas cuotas colegiales debe imponerse al INSALUD (actualmente INGESA) y no, en este caso, al Instituto Madrileño de la Salud.

B) Responsabilidad del pago de deudas posteriores a la transferencia

La **STS de 18 de julio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1448, resuelve sobre la obligación de los Servicios de Salud autonómicos, en este caso del Servicio de Salud del Principado de Asturias, de asumir el pago de las cuotas colegiales generadas con posterioridad al proceso transferencial de la competencia sanitaria a las autonomías. La sentencia dictada en sede de casación para unificación de doctrina estima que la sentencia de la Sala del TSJ de Asturias, recurrida por el Servicio de Salud de Asturias, se contradice con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en la **STS de 22 de marzo de 2006** (recurso 2404/2004), por la que se exculpa de responsabilidad, en este caso, al Servicio Cántabro de Salud, del abono de las cuotas colegiales por períodos posteriores a las transferencias, en base a tres argumentos esenciales que son plenamente aplicables al SESPA, dada la identidad normativa existente entre los reales decretos de transferencia y que se reproducen en la precitada Sentencia de 22 de marzo de 2006.

En base a la precedente doctrina, el Tribunal Supremo exime al Servicio de Salud del Principado de Asturias del abono de las cuotas colegiales posteriores a la fecha en que se produce la transferencia de las competencias sanitarias.

C) Incompetencia de Jurisdicción

Respecto de idéntico asunto, es decir, las cuotas colegiales del personal estatutario, ha de señalarse que la **STS de 10 de julio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1316, recordando doctrina iniciada por las sentencias dictadas en Sala General, celebradas el 14 de diciembre de 2005, resuelve sobre la competencia de los tribunales del orden social para el conocimiento de litigios del denominado personal estatutario. Tras la entrada en vigor de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, el Tribunal Supremo viene declarando la incompetencia del orden jurisdiccional social para la sustanciación y fallo de los asuntos referidos al personal estatutario de las instituciones sanitarias de los Servicios de Salud. La sentencia comentada da íntegramente por reproducidos los argumentos que sirvieron de base para resolver el debate competencial y que se resume en la calificación del personal estatutario como personal funcionario especial, tal como reza el artículo 1 de la precitada Ley 55/2003, del Estatuto Marco. Por lo tanto, a partir de la entrada en vigor de dicha norma legal los litigios de este personal deberán someterse a la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En este sentido se pronuncia la **STS de 21 de julio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1465.

D) Improcedencia del reintegro de cuotas

También sobre el reiterado tema de las cuotas colegiales se pronuncia la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de abril de 2006**, I.L. J 1365. En este caso, la resolución versa sobre el abono a aquellos médicos y ATS que reclaman su reintegro cuando por Ley Autonómica, en este caso canaria (Ley 2/2002), se suprime la obligación de estar colegiados para el ejercicio de funciones puramente administrativas o para la realización de actividades propias de la correspondiente profesión por cuenta de la Administración. El Tribunal Superior, analizando la doctrina del Tribunal Supremo y en especial la Sentencia de 4 de marzo de 2003, en la que se distinguen diferentes supuestos, resuelve que no ha lugar al reintegro de las cuotas colegiales. Esencialmente entiende que los profesionales del Servicio Canario de Salud no precisan estar colegiados, en virtud de su norma autonómica, para el ejercicio de funciones puramente administrativas y, en definitiva, desestima la pretensión de reintegro que se ejercita.

3. CONVENIO COLECTIVO

A) Convenio Colectivo y Ordenanzas Laborales

Sobre el valor y vigencia actual de las antiguas Ordenanzas Laborales se pronuncia la **STSJ de La Rioja de 20 de marzo de 2006**, I.L. J 1391. La cuestión que se suscita en el pleito

I. Fuentes del Derecho

es la reclamación de cantidad efectuada por un trabajador en concepto de plus de penosidad. En la instancia, el trabajador obtuvo sentencia estimatoria y contra dicha resolución se alza en suplicación la empresa demandada articulando diversos motivos.

En lo sustancial, y como expone la parte que plantea el recurso, el juzgador de Instancia reconoce en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida que el Convenio Colectivo vigente no regula expresamente el plus de penosidad por ruidos dentro de su estructura salarial, sin embargo y pese a ello, la sentencia que se recurre considera que debe ser de aplicación el contenido del artículo 60 de la Ordenanza Laboral Metalgráfica, al preverlo así el artículo 2 del Convenio Colectivo vigente. Para el Juez *a quo*, la vigencia de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ordenanza Laboral se deriva de la voluntad de las partes negociadoras del Convenio de aplicación al remitirse a la misma en el artículo 2 de la norma convencional.

Así, lo planteado sustancialmente en la litis es determinar si la norma contenida en la Ordenanza Laboral Metalgráfica resulta aplicable y continúa vigente en el caso debatido, o si por el contrario el contenido de esa norma no es de aplicación a las relaciones laborales afectadas por el Convenio Colectivo que rige en la empresa las relaciones laborales con sus trabajadores, lo que nos lleva al problema de la vigencia de las Ordenanzas de Trabajo en supuestos como el objeto de discusión.

Según quedó establecido en la Sentencia de esta misma Sala de lo Social del TSJ de La Rioja de 31 de marzo de 2004:

“(…) El Estatuto de los Trabajadores en su Disposición Transitoria Segunda disponía que las ordenanzas de trabajo actualmente en vigor continuarán siendo de aplicación como derecho positivo, en tanto no se sustituyan por convenio colectivo. A efectos de la definición de grupo profesional a que se refiere el artículo 39, se estará a lo dispuesto en las ordenanzas, mientras no se pacte sobre la materia a través de los convenios colectivos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se autoriza al Ministerio de Trabajo para derogar total o parcialmente las Reglamentaciones de Trabajo y ordenanzas laborales con informe preceptivo previo de las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.”

Por tanto la aplicabilidad de las normas contenidas en las Ordenanzas Laborales viene condicionada al hecho de que las partes negociadoras de un convenio, sobre la base de la autonomía de la voluntad, decidan libremente incorporar a la norma convencional las prescripciones contenidas en la Ordenanza, lo cual exige una remisión expresa del convenio a tal efecto.

En el caso discutido, el artículo 2 del Convenio Colectivo de trabajo para los años 2003, 2004, 2005 y 2006 de la empresa Crown Cork Ibérica, SL, en su centro de trabajo de Logroño, establece, bajo el epígrafe “Normas Supletorias, Preeminencias” que “Lo serán el Estatuto de los Trabajadores y la Ordenanza Laboral para la Industria Metalgráfica hasta que exista un acuerdo que la sustituya. Lo pactado en el presente Convenio es de apli-

cación preeminente sobre la Ordenanza. Si la legislación supera en algo al Convenio se estará a lo que disponga la Legislación”.

Según el mencionado precepto los contenidos pactados y regulados en el Convenio son de preeminente aplicación sobre el contenido de la Ordenanza, y aun siendo cierto que el propio Convenio establece la supletoriedad de la Ordenanza, no es menos cierto, que su aplicación depende de la ausencia de regulación expresa y completa de la materia en el Convenio.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de abril de 1995 estableció que la Disposición Transitoria Segunda del Estatuto de los Trabajadores —en su redacción anterior a la reforma introducida por Ley 11/1994— mantiene la vigencia provisional de las Reglamentaciones y Ordenanzas Laborales con carácter de derecho positivo en tanto no se sustituyan por convenio colectivo; lo que determina que desde el momento en que se regula mediante la negociación colectiva alguna de las materias contenidas en aquellas disposiciones estatales, devienen éstas inaplicables respecto de dicha materia porque se agotó la vigencia provisional reconocida en el ET, quedando sustituida por la norma paccionada.

Esto es lo ocurrido en el presente caso, porque el Convenio Colectivo del grupo empresarial demandado de 1992, unido a autos, regula en su título tercero referido a “retribuciones” de un modo completo y exhaustivo la estructura salarial aplicable a la empresa, comprendiendo salario base y diversos complementos y pluses. Por lo que es claro que, fijada por las partes negociadoras tal estructura salarial, no hay base legal alguna para la aplicación aislada del transcrito en la Ordenanza Laboral, siguiendo la técnica rechazable de escoger lo más favorable de ambos textos; lo que prohíbe frontalmente el artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Esta doctrina resulta plenamente extrapolable al caso debatido, pues como así se desprende del contenido del Convenio Colectivo de aplicación, las partes negociadoras del acuerdo decidieron incluir en el mismo, de forma completa y exhaustiva, el conjunto de condiciones económicas reguladoras de las relaciones de los sujetos afectados por el Convenio.

Añade la sentencia comentada que si el Convenio contiene una regulación referida a la estructura salarial, y esta regulación es completa y exhaustiva, no es posible acudir a normas distintas a las contenidas en aquél con el objeto de posibilitar el percibo de complementos retributivos respecto de los cuales las partes negociadoras del Convenio han decidido su no inclusión en la estructura del salario. Lo contrario vulneraría el contenido del artículo 3.3 del ET que obliga, ante una posible concurrencia de normas laborales estatales o pactadas, a aplicar aquella que resulte más favorable en su conjunto a los trabajadores.

En definitiva, la sentencia estima el recurso de suplicación y revoca la sentencia de instancia, absolviendo a la empresa de los pedimentos contra ella deducidos.

I. Fuentes del Derecho

Sobre el mismo asunto se pronuncia la STSJ de La Rioja de 27 de abril, I.L. J 1396. También sobre la reclamación salarial de un trabajador en concepto de plus de penosidad, la citada sentencia estima el recurso de la empresa, absolviéndola de la reclamación salarial, entendiendo que el Convenio Colectivo de Empresa, al regular de forma completa y cerrada la estructura del salario de aquellos trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, se convierte en la norma de aplicación a este respecto, sin que resulte posible acudir a la Ordenanza Laboral de la Industria Siderometalúrgica, pues la revisión genérica que a ella contiene el Convenio, sólo debe entenderse referida a aspectos no regulados en el mismo, no pudiendo aplicarse la supletoriedad a materias cerradas en la norma convencional, siendo así que los negociadores del Convenio decidieron no incluir en él como retribución plus alguno de penosidad. Recordando doctrina anterior, la Sala fundamenta que el derecho al cobro del complemento salarial por penosidad en nuestro país y referido al período al que la parte demandante contrajo su reclamación no está previsto con carácter general para cuantos trabajadores presten sus servicios en condiciones laborales de especial penosidad, peligrosidad o toxicidad. Bien al contrario, la obligación que los empresarios puedan tener a este respecto queda circunscrita a los casos en que se haya establecido por Convenio Colectivo o por pacto. Añade la sentencia que el Convenio de referencia cierra la totalidad de la estructura del salario con el alcance que los negociadores decidieron darle, no pudiendo reconocerse la existencia de un derecho al percibo de un plus no regulado, ni negociado, ni pactado.

En fin, establece la sentencia que el Convenio Colectivo de Empresa al regular de forma completa y cerrada la estructura del salario de aquellos trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, se convierte en la norma de aplicación a este respecto, sin que resulte posible acudir a la Ordenanza Laboral de la Industria Siderometalúrgica, pues la remisión genérica que a ella contiene el Convenio, sólo debe entenderse referida a aspectos no regulados en el Convenio, no pudiendo aplicarse la supletoriedad a materias cerradas en la norma convencional.

B) Aplicación del Convenio Colectivo

Sobre la duda en la aplicación del Convenio Colectivo o de la norma legal al régimen retributivo de una trabajadora laboral del Servicio Canario de Salud se resuelve en la STS de 20 de septiembre de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1336, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina. La actora reclamaba el reconocimiento de la naturaleza indefinida de su contrato, de su antigüedad desde el primero de los contratos temporales y el derecho a devengo del complemento de antigüedad. Respecto de esta última cuestión se plantea en sede casacional si ha de aplicarse el Convenio Colectivo para el personal laboral o, por el contrario, su régimen retributivo completo se regiría por el Real Decreto-Ley 3/1897, norma legal de aplicación para el personal estatutario. Ha de señalarse que el Convenio Colectivo establece el derecho a la antigüedad, mientras que el RD-L 3/1987 excluye al personal laboral.

La pretensión de la demandante, en cuanto a la antigüedad, fue estimada en el Juzgado de lo Social y desestimada en suplicación al ser revocada la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo entiende que la doctrina correcta es la que dispone que no cabe la aplicación

del precepto del convenio prescindiendo de los demás conceptos que componen la retribución. O, lo que es lo mismo, se niega la posibilidad de retribuirse por ambos sistemas, el del Convenio Colectivo y el que corresponda al personal estatutario. Como elemento interpretativo complementario, cita la sentencia comentada, la aplicación del artículo 2.3 de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, que establece que lo dispuesto para este personal será de aplicación al personal laboral en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y así lo prevean los Convenios Colectivos aplicables al personal laboral de cada Comunidad Autónoma. En consecuencia, la sentencia del Supremo confirma íntegramente la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, desestimando por lo tanto la pretensión de la demandante.

Sobre si el Convenio Colectivo único para el personal de la Generalitat Catalana es o no de aplicación a los médicos internos residentes del Instituto Catalán de Salud, se ha pronunciado la **STS de 7 de julio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1184. Entiende la Sala de lo Social que los MIR tienen un régimen jurídico singular que regula su relación con el organismo público del que dependen y que lejos de existir un vacío normativo en la regulación de las condiciones laborales de dicho personal, existe una normativa específica sobre obtención de los títulos de especialidades, comisiones de docencia así como retribuciones del personal dependiente del Instituto Catalán de Salud. No existe tampoco una norma o pacto que asimile este personal al personal laboral al que le es de aplicación el Convenio Colectivo único de la Generalitat, ni los MIR están incluidos en el artículo 2 del convenio aunque sean personal laboral.

Para la regulación de las condiciones de formación y de trabajo se prevé (como así fue con posterioridad) una negociación entre Gobierno y Sindicatos a través del denominado Foro Marco para el Diálogo Social y establecer los aspectos relacionados con la relación especial de residencia que se regulará por Real Decreto. De todo lo anterior se deduce que no cabe asimilar los MIR al resto de los trabajadores con contrato laboral incluidos en el Convenio Colectivo. Es más, si ésta hubiera sido la voluntad de los firmantes del convenio, lo hubieran hecho constar expresamente, no cabe incluir a los MIR dentro del convenio Colectivo, por vía interpretativa, cuando, como aquí sucede, hay normas específicas y doctrina jurisprudencial que dictamina la especialidad de la relación de dicho colectivo.

C) Interpretación del Convenio Colectivo

Sobre los criterios de interpretación de los Convenios Colectivos se pronuncia la **STS de 28 de junio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1176. La cuestión controvertida en el recurso de casación para la unificación de la doctrina resuelto por la Sala consiste en determinar si debe abonarse al trabajador demandante, que trabaja “siempre de noche” el complemento retributivo por nocturnidad en el mes de vacaciones, en el descanso anual, en invalidez temporal y en los denominados días de libranza, es decir, descansos semanales y días festivos, por aplicación de lo dispuesto en el Convenio Colectivo del Sector. No obstante la empresa le había abonado el incremento del 25% establecido convencionalmente para las

I. Fuentes del Derecho

horas nocturnas sobre el salario base mensual, esto es, sobre un salario base que incluye el correspondiente a los descansos semanales.

La sentencia recurrida confirma la desestimación de la demanda decidida en la instancia que acoge la tesis de la parte demandada, consistente, en síntesis, en que la retribución de cada hora nocturna comprende la que corresponde tanto a la hora efectiva de trabajo como a los períodos de descanso semanal y días festivos retribuíbles como de trabajo.

Sin embargo, la Sala estima el recurso, pues ya se había pronunciado sobre la concreta cuestión objeto de idéntica controversia en su reciente Sentencia de 16 de diciembre de 2005, citada como de contraste. Entiende la doctrina que la empresa cumple lo dispuesto en el precepto convencional al aplicar el 25% del incremento mensual de las horas nocturnas al salario mensual cuando toda la jornada es nocturna. La Sala para llegar al fallo estimatorio, entendiendo que la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, argumenta que el precepto convencional no contiene ninguna distinción salvo en el trabajo esporádicamente nocturno, por lo que es improcedente introducir distinciones que no existen, debiendo por lo tanto recurrir a los criterios hermenéuticos que se contienen en los artículos 3.1 y 1281 del Código Civil.

D) Concurrencia

La concurrencia de Convenios Colectivos se aborda en la **STSJ del País Vasco de 4 de abril de 2006**, I.L. J 1402. En sede de suplicación se plantea un supuesto en que una trabajadora que venía desempeñando una jornada de quince horas semanales a través de un contrato a tiempo parcial fue despedida de la empresa, reconociendo en la comunicación extintiva la empresa la improcedencia del despido. La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda, condenando a la indemnización procedente sin derecho a los salarios de tramitación, confirmando así la decisión empresarial. Como dato relevante se señala que dos años antes la empresa y el Comité Intercentros firman un pacto para regular determinadas materias. Entre ellas, se dispuso para potenciar el empleo en la empresa incrementar los contratos a tiempo parcial pasando de quince a veinte horas semanales de jornada, salvo escrito en contrario del trabajador. La sentencia del Juzgado de lo Social consideró que el Convenio Colectivo aplicable era el Provincial del Comercio, excluyendo el Interprovincial, de manera que no existía posibilidad de extender ninguna jornada a veinte horas. La magistrada de instancia argumenta que el Convenio que se aplica es el Provincial por ser anterior en el tiempo al Interprovincial, de donde excluye cualquier vinculación efectiva a los contratos a tiempo parcial y argumenta que el pacto antes citado fue prorrogado en varias materias pero no en cuanto a los contratos a tiempo parcial. Por último, la sentencia excluye la posibilidad de aplicar partes de un convenio y de otro. Frente a la anterior sentencia se interpone recurso de suplicación basado en dos vías de ataque, una, entendiendo que el Convenio Colectivo debe respetar los mínimos de Derecho necesario con una aplicación más favorable para el trabajador y, en segundo término, la vinculación al pacto referido al contrato a tiempo parcial que se entiende vigente y debe cumplirse.

Entre otros argumentos, la Sala entiende, por un lado, que el supuesto examinado no se trata de un “espiguelo” o aprovechamiento de aquello que beneficie y rechazo de lo perjudicial; sino que, realmente, nos encontramos en presencia de un pacto dentro de la empresa, vinculado a un convenio o más exactamente a un determinado punto de referencia de otro convenio, que ha servido de parámetro o módulo para convenir una fijación de jornada en contratos a tiempo parcial. El paradigma utilizado por las partes negociadoras, señala la resolución judicial de suplicación, no integra un caso de sectorización o aplicación parcial, sino el acogimiento a un determinado régimen que se incorpora por la vía del artículo 3 ET al contrato, lo incrementa y afecta, en cuanto que la empresa queda obligada a cumplir los términos convenidos con la representación social de los trabajadores. Ha sido el pacto suscrito entre las partes y posteriormente renovado el que determina el incremento y virtualidad dentro del contrato de aquel régimen de ampliación a veinte horas, por el deber asumido por el empleador de conversión de contratos, manteniéndose en vigor dicha previsión hasta en tanto no haya nuevo convenio, y existiendo éste, en cuanto que el mismo mantiene esta previsión.

En definitiva, concluye la Sala que es acertada la argumentación del motivo del recurso, pues admitir que no existe una eficacia del compromiso empresarial por razón de aplicación de otro convenio, que no ha previsto esta situación, estableciendo un umbral inferior de jornada a aquel que fue negociado, es dejar a la modulación de una de las partes (artículo 1256 CC) la interpretación de los contratos, los pactos suscritos y las obligaciones contraídas, eludiendo la bilateralidad y recíprocas contraprestaciones que tiene todo contrato.

Sigue argumentando la sentencia que no se trata de si un convenio es más beneficioso o es resaltable una parte u otra, sino que admitiendo, pues no de otra manera lo establecen las partes en esta vía de suplicación, un Convenio Provincial, ello no priva de eficacia a los pactos entre las partes, y en tal sentido se asume por los negociadores, para toda la plantilla de la empresa, una determinada previsión que se contiene en otra norma, pero que trasciende a las relaciones de los trabajadores de la demandada por razón de esa asunción pactada que se efectúa, con independencia de que se haya fijado una virtualidad de otro convenio, cuestión que cuando menos resulta dudosa, a los efectos de la interpretación que propugna la empresa y que la recurrente admite en su escrito de suplicación.

Todo lo anterior lleva a la Sala a estimar el motivo y, por tanto, a incrementar la indemnización conforme al módulo de salario que se establece por la recurrente, y que no se cuestiona, y conceder los salarios de tramitación hasta la fecha de notificación de la sentencia recurrida.

La aplicación de un Convenio Colectivo u otro en función de la actividad real que la empresa o empresas incluidas en su ámbito funcional de aplicación realiza, se trata en la **STSJ de Cantabria de 31 de mayo de 2006**, I.L. J 1616. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda y declara la nulidad del despido comunicado al actor, con derecho del trabajador a los salarios de tramitación que corresponden, no considerando

I. Fuentes del Derecho

aplicable el Convenio Colectivo del Sector de Garajes, puesto que la empresa para la que presta servicios el actor, lo es de servicios, contratada, a su vez, para el estacionamiento de vehículos en que el demandante está destinado, prestando la empresa demandada servicios auxiliares en diferentes empresas de distinto ámbito funcional. Frente a esta decisión, formula recurso de suplicación la representación letrada del actor.

Señala la sentencia que para analizar el ámbito funcional de un conflicto de convenio, debe estarse a la actividad real que la empresa ejecuta para analizar si se incluye en el ámbito del convenio que la parte actora pretende de aplicación.

Los convenios colectivos, como expresión libre de empresarios y trabajadores, regulan las condiciones de trabajo de las partes firmantes, configurándose en las unidades de negociación el ámbito funcional, en atención al artículo 83.1 del ET "... Es la actividad principal o preponderante de la empresa y no el principio de 'norma más beneficiosa' para el trabajador la que define la aplicación del convenio". Los empresarios no pueden sustraerse al ámbito de aplicación que les afecta, sea personal, territorial o temporal, y por el principio de unidad de empresa (al que alude la empresa impugnante en el recurso en esta litis), cuando las actividades desempeñadas sean varias y existiendo un trabajo definidor de la ocupación de la demandada determina el Convenio aplicable, evitando que exista un tratamiento desigual para sus trabajadores, según la concreta actividad que les ocupe.

En la presente litis, no existen facetas autónomas del servicio, sino que puede concluirse que la actividad principal es la de servicios de guarda, limpieza y vigilancia en inmuebles u, otras, con ellas relacionadas. Por lo tanto, concluye la sentencia que siendo la actividad esencial de la empresa demandada la del aparcamiento, no se encuentra incluida en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del Sector de Garajes.

También sobre la delimitación del campo funcional de una empresa que desarrolla diversas actividades cuando se debaten problemas de concurrencia, se pronuncia la **STSJ del País Vasco de 21 de marzo de 2006**, I.L. J 1237. En ella se contiene la doctrina sobre la actividad que delimita el ámbito de aplicación convencional y que debe ser sin duda la "actividad principal o real" preponderante de la empresa. Recuerda la sentencia que ya no se plantea una posible concurrencia entre uno u otro convenio sino simplemente si el ámbito de actividad puede ser encuadrado dentro de la actividad, en este caso de enseñanza, o excluido de ella. La cuestión fáctica versa sobre la aplicación de los Convenios Colectivos de Enseñanza o de Oficinas y Despachos para otorgar mayor salario en un supuesto de despido de una trabajadora. La Sala, ante el recurso de la trabajadora, lo estima parcialmente fijando diferencias en su indemnización, revocando en parte la sentencia de instancia que había estimado la tesis de la empresa, aplicando el Convenio Colectivo de la Enseñanza.

4. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Son constantes y numerosos los pronunciamientos judiciales afectantes al principio de condición más beneficiosa. Este principio de aplicación se traduce en el respeto a las condiciones individualmente reconocidas a los trabajadores frente a la aplicación de la norma

legal o convencional de referencia. Este principio se aborda en la **STSJ del País Vasco de 11 de abril de 2006**, I.L. J 1407, con ocasión de la reclamación salarial de una trabajadora a la que la empresa pretendió compensar y absorber determinadas cantidades.

Recuerda la Sala la doctrina jurisprudencial que define la condición más beneficiosa para su aplicación en materia salarial y que viene a reconocer al trabajador el derecho a mantener y por tanto a no verlo suprimido dentro de sus condiciones de trabajo, aquellas condiciones salariales que son adquiridas como más beneficiosas que las establecidas en disposiciones legales o convenio colectivo. Por ello, las fuentes generadoras de esa condición más beneficiosa pueden ser tanto el contrato individual como la concesión graciable del empresario, excluyéndose por ende la norma y el convenio colectivo. Y es que nacen de las mejoras salariales voluntarias establecidas a título singular, por tanto con voluntad por parte del empresario de mantenerlo en el tiempo por una determinada forma y cuantía, haciendo creencia en la parte laboral de que tal condición por su reiteración en el tiempo y por los actos expresos o concluyentes, tácitos e inequívocos del empresario, consagran su devengo.

En definitiva, concluye la Sala que no procede compensar diferentes conceptos cuando esté previsto en el mismo pacto colectivo. El propio Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de septiembre de 2000, dictada en unificación de doctrina, considera lícita la conducta de la empresa que deja de abonar a los trabajadores el incremento salarial impuesto por Convenio Colectivo al considerarlo absorbido por la mayor retribución que percibían incluyendo en ella los incentivos o comisiones que la empresa satisface a los trabajadores que prestaban servicios como lectores de contadores en función de determinadas técnicas de trabajo.

Tal es así que en el supuesto de autos resulta evidente que las diferencias habidas en las mejoras voluntarias no han sido absorbidas o compensadas y que la prueba de la existencia de pagos de anticipo a cuenta de incrementos de convenio no tuvo la respuesta judicial deseada donde se debe añadir que según las circunstancias y aun pudiendo tenerse como de abono o cobro efectuadas por la empresarial, las mismas no pueden entenderse como condiciones más beneficiosas que son compensadas y absorbidas ni puede pedirse de oficio tal teoría de compensación y absorción, máxime cuando el Convenio Colectivo dice que esas mejoras consolidadas no se compensan y no estamos ante el supuesto de dicha compensación y absorción, y menos de la condición más beneficiosa que invocó en el recurso de suplicación la empresa recurrente de manera novedosa cuando no fue la pauta de su defensa en la instancia. En base a dicha argumentación, la Sala desestima el recurso de suplicación formulado por la empresa.

También sobre la condición más beneficiosa se pronuncia la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de mayo de 2006**, I.L. J 1547. El supuesto de hecho versa sobre un trabajador en situación de incapacidad temporal por enfermedad común, coincidiendo con el período vacacional para la totalidad de la plantilla. Como dato fáctico se destaca la existencia de una práctica habitual de la empresa que, desde hace más de 20 años, venía

I. Fuentes del Derecho

concediendo un nuevo período de vacaciones por los días que no pudieron ser disfrutados por encontrarse en situación de incapacidad temporal, cuando dicha contingencia se producía con anterioridad a la fecha del disfrute de las vacaciones. En tales casos las vacaciones se disfrutaban tras el alta, situación esta que la empresa ha venido manteniendo hasta el año 2003.

La sentencia de instancia estimó la demanda del trabajador en reclamación de cantidad, condenando a la empresa demandada a abonar al mismo una cantidad dineraria en compensación por las vacaciones no disfrutadas.

La dificultad para establecer si una determinada conducta o práctica de empresa constituye o no “condición más beneficiosa” ya ha sido resuelta por la misma Sala en diversas sentencias, entre otras, en Sentencia de 24 de septiembre de 2005, en la que se establece que:

“No siempre es tarea sencilla determinar si esa situación jurídica se produce, pues es necesario analizar todos los factores y elementos para saber, en primer lugar, si existe la sucesión de actos o situaciones en las que se quiere basar el derecho; y en segundo lugar, si realmente es la voluntad de las partes en este caso de la empresa, el origen de tales situaciones (...)”.

Igualmente, las diferentes sentencias que se han pronunciado sobre la existencia o no de condición más beneficiosa consideran que ésta existe cuando la empresa venía concediendo ciertos beneficios, superiores a los correspondientes, en virtud de las normas legales y convencionales aplicables.

Pues bien, entiende la Sala, tal como resulta de los hechos probados de la sentencia, que era práctica habitual en la empresa durante años la concesión de un nuevo período de vacaciones por los días que no pudieron ser disfrutados por los trabajadores que se encontraban en IT, siempre que dicha contingencia se produjera con anterioridad a la fecha de inicio del disfrute de vacaciones, disfrutándose tras el alta del trabajador. En consecuencia, la sentencia reconoce el derecho del trabajador a la referida compensación en metálico, por lo que procedió a confirmar la sentencia de instancia que ya fue estimatoria de sus pretensiones.

5. ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN

Establece el artículo 26.5 del ET que operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia. La **STSJ del País Vasco de 21 de marzo de 2006**, I.L. J 1360, recuerda la doctrina clásica establecida por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 18 de enero de 1995, que establece que para que pueda darse la compensación o absorción deben concurrir dos requisitos: la homogeneidad en los conceptos compensables y que el trabajador ya viniera disfrutando de retribuciones superiores en conjunto y en cómputo anual, circunscribiéndose a derechos económicos. Matiza, asimismo, la sentencia comen-

tada que los conceptos susceptibles de ser neutralizados, si bien pueden ser distintos han de tener naturaleza salarial y periodicidad fija, no siendo posible operar la compensación y absorción si los conceptos no son homogéneos, por ejemplo, vacaciones con mayor salario u horas extras con salario superior al Convenio. Asimismo, no procede tampoco cuando se trata de conceptos extrasalariales tales como indemnizaciones o suplidos por los gastos ocasionados por la actividad laboral como el “plus de transporte”. En el caso de autos se trata de la demanda de una trabajadora a la que la empresa le absorbe un plus voluntario que no es computado en una indemnización por despido. La Sala concluye que no es posible su absorción o compensación, dado que le faltan los requisitos para que esta técnica entre en juego. En consecuencia, la Sala estima el recurso ya que la demanda de la trabajadora debió ser estimada en la instancia y reconoce el salario que se reclamaba en la pretensión actora.

Reiterando la doctrina judicial sobre la absorción y compensación, la **STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2006**, I.L. J 1235, resuelve sobre la pretensión, formulada en sede de suplicación, de un trabajador que ha visto compensado parte de su salario, en concreto, un complemento de empresa, que no obedece a ninguna contraprestación singular ni retribuye condición específica de ese trabajo. Por ello, la Sala entiende que esa partida se revela plenamente viable para que opere con ella el juego de la compensación y absorción, pues ni el contrato ni específicamente el Convenio Colectivo establecen condiciones o reglas prohibitivas de la compensación. Única y exclusivamente el plus de penosidad a que se refiere expresamente el Convenio Colectivo prohibiendo su compensación queda a salvo de tales técnicas. En definitiva, la sentencia concluye en el sentido en que lo hizo el juzgador de instancia y por lo tanto desestima el recurso formulado por el trabajador.

La sentencia comentada incluye un Voto Particular de uno de los Magistrados componentes de la Sala y que, contrariamente al sentir general, entiende que la empresa era plenamente concedora de la técnica de la absorción y compensación y que no la ha utilizado, pues ha mantenido incrementado su salario anualmente. Añade el Voto Particular que de los actos propios de una empresa (artículo 1282 CC) se debe deducir su mismo comportamiento y entender que el complemento de empresa no se consideró compensable por la empresa a tenor de lo dispuesto en el Convenio Colectivo.

6. RETROACTIVIDAD NORMATIVA

La **STS de 24 de julio de 2006**, I.L. J 1325, en recurso de casación para la unificación de doctrina resuelve sobre un problema de retroactividad normativa en relación con la fecha a tener en cuenta para determinar los efectos económicos del reconocimiento de los servicios previos para el pago de trienios al personal de los Servicios de Salud. El objeto del debate es si comienzan a devengarse desde el momento de la toma de posesión de esta plaza o si por el contrario pueden extenderse en el tiempo, más allá de ese momento, hasta un año antes de la fecha de la solicitud del reconocimiento, con el único límite de la fecha de totalización del trienio.

I. Fuentes del Derecho

La sentencia combatida condena al abono de las diferencias económicas por trienios con los efectos retroactivos indicados de un año anterior a la fecha de la solicitud, mientras que la sentencia de contraste, ante supuesto substancialmente igual, mantiene la tesis de que el abono de los indicados trienios comienza a devengarse desde la fecha de la toma de posesión de la plaza en propiedad.

De acuerdo con la doctrina unificada el razonamiento ha sido resumido por la de 1 de junio de 2006 en los siguientes términos: “Si la normativa (...) reconoce los complementos de antigüedad derivados del cómputo de tiempo de servicios establecido en el mismo, a quienes tengan nombramiento en propiedad, entonces este nombramiento es condición para el reconocimiento del derecho a los trienios, además la Ley 70/1978 no habilita para el reconocimiento de los trienios antes del nombramiento en propiedad y la Disposición Adicional Tercera del RD 1181/1989 únicamente prevé tal retroactividad para las diferencias retributivas que se produzcan como consecuencia del nuevo tiempo de servicios computable”.

La **STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2006**, I.L. J 1630, resuelve la improcedencia de la aplicación retroactiva de la Ley 14/2005, referente a la aprobación de la Disposición Adicional Décima del ET, que regula las cláusulas de los Convenios Colectivos referidos a la edad ordinaria de jubilación. El supuesto fáctico versa sobre la extinción del contrato de una trabajadora de Televisión Española al alcanzar la edad de 65 años. La sentencia de instancia desestimó su demanda por falta de acción ya que la extinción obedecía al cumplimiento de una norma convencional. La Sala entiende, al contrario que el órgano *a quo*, que no puede aplicarse retroactivamente la referida Disposición Adicional introducida por la Ley 14/2005, ya que no es aplicable al presente procedimiento. Por consiguiente, el cese de la actora debe juzgarse conforme a criterios de la misma Sala anteriores a dicha norma legal. En síntesis, la doctrina establece que el Convenio Colectivo aplicable es posterior a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2001, que derogó la anterior Disposición Adicional Décima del ET, y por lo tanto la norma convencional carece de eficacia respecto de la jubilación como forzosa, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 4.2 y 17.1 del ET, por lo que la sentencia concluye que existe un despido discriminatorio que ha de reputarse como nulo.

OLGA ESTRADA ALONSO

II. TRABAJADOR**Sumario*:**

Consideración preliminar. 1. Presupuestos configuradores de la relación de trabajo. A) Presupuestos sustantivos.

a) Actividad voluntaria. b) Actividad retribuida. c) Actividad dependiente. d) Actividad por cuenta ajena. B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones. **2. Supuestos incluidos.**

A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de grupo. C) Relaciones laborales de carácter especial.

a) Alta dirección. b) Servicio del hogar familiar. c) Penados en instituciones penitenciarias.

d) Deportistas profesionales. e) Artistas en espectáculos públicos. f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo. g) Minusválidos. h) Estibadores portuarios. D) Otros.

3. Supuestos excluidos. A) Relaciones funcionariales y estatutarias. B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales. D) Trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo.

G) Trabajos de colaboración social. **4. Zonas grises.** A) Transportistas. B) Personal contratado en Administraciones Públicas. C) Autónomos. D) Profesiones liberales. E) Socios empleados.

F) Arrendatarios y aparceros. G) Toreros. H) Religiosos. I) Trabajadores extranjeros. J) Otros.

5. Noción de trabajador en el sistema de seguridad social. A) Trabajador por cuenta ajena.

a) Familiares. b) Extranjeros. B) Inclusiones por asimilación. a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas.

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

6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9 a 12 (2006) de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1121 a J 1630) en torno al concepto de trabajador.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

c) Actividad dependiente

STS de 14 de junio de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1921/2005), I.L. J 1292.

1. En un centro de agentes de seguros, presta servicio una persona que tiene un contrato que se denomina mercantil, no laboral, dedicado a la actividad de subagente de seguros, lo hace en un local de la demandada, con medios materiales que le son facilitados por la empresa, percibe una retribución en forma de comisiones y con una cláusula contractual de supuesta responsabilidad de buen fin de las operaciones. El Juzgado estima que la relación es de naturaleza mercantil y resulta confirmado en suplicación.

2. El TS afirma que se trata de un contrato de trabajo, con base en el artículo 1.1 ET, pues la relación jurídica existente parte de una prestación voluntaria y retribuida de servicios, por cuenta y bajo la dependencia de un agente, que dirigía y controlaba, a través de una monitora, incluso el volumen de producción de seguros, captando clientes y suscribiendo pólizas, a través de llamadas telefónicas. Concurren las notas que caracterizan el contrato de trabajo, según el artículo citado.

3. Algo más se dice en la jurisprudencia más moderna, como se lee en las STS de 12 de junio de 2006. Desde las antiguas Sentencias de 23 de marzo de 1995 y 2 de julio de 1996, hasta las más recientes de 18 de abril, 14 de mayo, 28 de junio y 2 de octubre de 2001 se viene manteniendo de modo inequívoco que la relación jurídica de agentes de seguros es mercantil y sustraída, por tanto, al orden jurisdiccional social. Pero si se trata de relaciones jurídicas de subagentes de seguros, se esfuerza en poner de relieve la distinta condición con el agente de seguros enfatizando en las distintas condiciones en las que puede ser contratado este último frente a la característica autonomía y estabilidad del primero. Del artículo 7.3 de la Ley 9/1992 no se puede deducir que se haya atribuido al contrato entre agente y subagente naturaleza mercantil, con carácter general.

II. Trabajador

Según las STS de 16 de febrero de 1998, en los contratos de los subagentes, habrá de estarse a los datos fácticos concurrentes en cada caso. Aunque las trabajadoras contratadas como subagentes por la empresa demandada que actúa como agente, carecen de horario concreto, acuden casi diariamente al local de la demandada, en donde realizan su labor consistente en vender por teléfono diversas modalidades de seguros. La empresa les facilita mesa, línea telefónica y los aparatos auriculares, así como las guías telefónicas, asignándoles el listado correspondiente a una concreta zona geográfica, y sin que puedan realizar actividad en la contratación de pólizas de seguros fuera de la zona asignada, excepto a familiares y amigos. Entregan a la monitora-jefe de grupo las solicitudes de seguros si la llamada da resultado y a ella acuden para la resolución de las dudas acerca de las condiciones o precios de las pólizas. Perciben de la demandada por la prestación de servicios una retribución bajo la denominación de “comisiones”, y existe una cláusula de “supuesta” responsabilidad del buen fin de las operaciones, pero lo que en la misma se establece no es una responsabilidad del buen fin de las operaciones sino el no percibo de las correspondientes comisiones cuando la operación no tiene éxito, sin que se acredite la existencia real de responsabilidad de los riesgos o gastos efectivamente ocasionados por la operación fallida.

No es posible sostener, como dice la STS de 9 de abril de 2002, el carácter mercantil y autónomo de una relación jurídica en el ámbito de los seguros de quienes carecen de cartera de clientes, se limitan a vender seguros telefónicamente siguiendo las instrucciones de la agencia de seguros, se hallan controlados por una monitora-jefe, y no tienen instalaciones, personal o materiales propios sino que utilizan los de la expresada agencia, no siendo obstáculo suficiente para considerar laboral la relación el haber suscrito formalmente un contrato de subagencia, ya que la existencia de una prestación voluntaria de servicios, sometida al control y dirección de la empresa con percibo de una retribución, es palmaria, y por ende, la aplicación del artículo 1.1 del ET es incuestionable.

En el momento actual el TS sigue esta línea, que no es excepcional, que es la general para la aplicación de la doctrina de las notas exigibles en los contratos de trabajo, y por ello, sin generalizaciones aplicables a meras denominaciones de contratos, debe estimarse coherente.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

a) Alta dirección

STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2006 (recurso de suplicación 5346/2005), I.L. J 1129.

1. El demandante tenía categoría de Director General y salario mensual prorrateado de 8.605,14 euros. En 6 de marzo de 2002 se remitió por la demandada una oferta de trabajo en la que se contenían, entre otros extremos, una oferta de retribución bruta anual de 96.161,94 y un variable del 50% en base a objetivos. Se añadía: “Te agradecemos

firmes esta carta en prueba de tu conformidad y para iniciar todos los trámites de tu contratación”. El contrato es de 4 de abril de 2002 con categoría de técnico de nivel 12 y retribución anual de 96.161,94 euros, por salario base, plus convenio y complemento salarial. El demandante fue nombrado apoderado mancomunado con otras 4 personas más e intervino como representante físico de la demandada en el proceso de discusión y consulta del ERE que afectó a dicha empresa, firmando él mismo.

Con fecha 11 de febrero de 2005 se remitió al actor carta de despido, en la que se expresa “hemos podido constatar una serie de serias deficiencias en su gestión, coordinación de los responsables de área, que funcional y jerárquicamente dependen de Usted, y en la falta de fiabilidad de la información que Usted facilita y transmite. Y se le imputa un incumplimiento muy grave y culpable de sus obligaciones contractuales, que se concreta en las decisiones adoptadas por Usted, que han conducido a la pérdida de calificación de la empresa en la zona de Cataluña, con las gravísimas consecuencias que se derivan respecto de nuestro casi exclusivo cliente”.

2. En relación con el significado de la oferta de comisiones se expresa que, a tenor del artículo 1281 del CC, el intérprete ha de atenerse al sentido literal de lo manifestado siempre que el texto se ofrezca con la claridad que la norma exige y, además, en cuanto las normas de interpretación insertas en el Código Civil tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar otras diferentes que la que corresponda al sentido gramatical.

Se confirma que el demandante no tiene el derecho a las comisiones que reclama, porque el documento de 6 de marzo de 2002 es una simple oferta de contrato, lográndose el acuerdo definitivo de voluntades (concurso de oferta y aceptación) el 4 de abril de 2002; que los términos del contrato son claros y no ofrecen dudas sobre la voluntad de las partes en cuanto al establecimiento expreso de condiciones salariales sin mención alguna a la retribución variable, y que no existe ningún acto posterior de los contratantes encaminado al establecimiento, fijación o reconocimiento de la retribución variable. Se añade que, en todo caso, los términos empleados en la oferta, la retribución variable, está sujeta al logro de objetivos, por lo que se precisa un pacto anual sobre su composición que dará derecho a la retribución variable; no existe constancia ni de la existencia del pacto de referencia ni de la efectiva consecución de objetivos. Es preciso una liquidación que no se ha producido y de la que el actor ni siquiera ofrece propuesta tras la finalización de un año natural y no consta la efectiva consecución de objetivos.

De conformidad con el artículo 1 del RD 1382/1985 se concluye que el contrato es de personal de alta dirección porque la naturaleza de las facultades otorgadas y efectivamente ejercitadas, otorgadas directamente por el administrador societario, evidencian que en su ejercicio viene sometido exclusivamente a las directrices que le marque el órgano de gestión societario, único al que está sometido, que se desarrollan con plena autonomía e independencia, unas de forma mancomunada y otras solidaria, y referidas, desde luego, a objetivos generales extendidos a otras empresas del grupo. Se manifiestan así, los tres

II. Trabajador

criterios cuya concurrencia define la relación laboral especial de alta dirección: 1º) Deben ejercerse poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa –criterio funcional–; 2º) La actividad debe desarrollarse con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la sociedad que respectivamente ocupe aquella titularidad –criterio jerárquico–, y 3º) Los poderes de actuación del alto directivo han de referirse a los objetivos generales de la empresa –criterio objetivo–.

En lo relativo a la suficiencia o no de lo expresado en la carta de despido, se dice que la carta incurre en vaguedades e imprecisiones porque se refiere a deficiencias en la gestión y coordinación de los responsables, sin otra especificación y sin concreción alguna; a falta de fiabilidad de la información, sin detalle de por qué se considera como no fiable; a decisiones adoptadas (sin especificar cuáles) que han conducido a la pérdida de la calificación de la empresa en Cataluña. Todo ello sin mención alguna de fechas, datos o hechos concretos. No existe imputado ni acreditado incumplimiento alguno.

3. La naturaleza de contrato especial de alta dirección no parece discutible, a la vista de la representación dada al demandante y del ejercicio real hecho por el mismo de sus poderes. Con todo, sería preciso un mayor índice de concreción en el documento en que se contiene la sentencia, para mantener la conclusión de la sentencia, pues, por la técnica de la remisión, buena parte de los hechos relevantes se eliden.

En todo caso, es discutible que la oferta, si es que fue firmada, y así se pedía por la empleadora al demandante, no vincule a la ofertante. Otra cosa es que no se haya acreditado el derecho a la comisión de que se trata, por no haber demostrado el trabajador el importe de los objetivos cumplidos, pero la prueba de ese extremo pudo haberse remitido al empresario a la vista del artículo 217.6 LEC, por la facilidad y disponibilidad probatoria a su alcance.

h) Estibadores portuarios

STS de 7 de julio de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2061/2005), I.L. J 1211.

1. El demandante ha prestado servicios para dos empresas consignatarias de buques, como oficial administrativo y como jefe administrativo encuadrado en el REM, y solicitó ser encuadrado como estibador portuario, a lo que no accedió el Juzgado por estimar que las tareas que llevó a cabo eran principalmente de control de la operativa portuaria, reconociendo y controlando la mercancía y supervisando la carga o descarga realizada por el personal de empresas estibadoras, tareas que se estimaban como propias de personal de oficina y no en la de estiba o desestiba. El TSJ estimó el recurso por considerar que la actividad del demandante habría de ser incluida en el concepto de labores de estiba o desestiba, teniendo en cuenta que se trata de actividades de carácter portuario de control, revisión y clasificaciones.

2. El TS, a la vista del artículo 2.a).6º del Decreto 2864/1974, del artículo 73 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre y del artículo 1 del Decreto 2309/1970, de 23 de julio, estima que lo relevante para el encuadramiento específico, no es la condición de la relación laboral, sino la naturaleza concreta del trabajo desempeñado. Concluye que en la actividad del demandante se trata de una tarea administrativa no estrictamente de estiba o desestiba. La actividad administrativa desarrollada por el actor no se considera comprendida en el grupo de los estibadores portuarios, incluso aún aplicando el III Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el Sector, inscrito por resolución de 19 de noviembre de 1999. El demandante ha realizado principalmente tareas de comprobación en el muelle, reconocimiento de mercancía, control de carga y descarga y despacho de documentos, actividades que no pueden encajar en los conceptos de desestiba o desestiba, tanto más cuanto esas funciones las realizan otros trabajadores de otras empresas que son precisamente las que controla el demandante como administrativo.

3. El TS ya había adelantado, casi literalmente, ese mismo criterio cuando dijo que en las SSTS de 4 de mayo y 27 de julio de 2005 seguidas de la de 14 de febrero de 2006, poniendo en relación el artículo 2.a) y b) del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, del Texto Refundido del Régimen Especial del Mar, con el artículo uno del Decreto 2309/1970 de 23 de julio, precepto derogado en virtud del Real Decreto 2390/2004, de 30 de diciembre, pero vigente en la fecha de la reclamación de autos, y que desarrolla el Decreto 2864/1974, en cuanto a las actividades que daban lugar a la aplicación de los coeficientes reductores por edad, en caso de jubilación, cuya aplicación, es la finalidad última de este tipo de litigios, se decía que siendo el artículo 1.c) del Real Decreto 2309/1970, de 23 de julio, el que definía la actividad susceptible de incardinación en el grupo de Estibadores Portuarios, dentro de los allí descritos (Capataces generales, Capataces de operaciones, Jefes de grupo, Amanteros, Maquinilleros, Gruistas, Conductores, Estibadores, Gabarreros, Osteros, Escaladores, Clasificadores, Arrumbadores y Arrastradores de Cajas de Pescado), la actividad administrativa desarrollada por los allí actores no estaba comprendida dentro de dicho grupo (SSTS de 14 de febrero de 2006 y 20 de febrero de 2006). Y parece lógico, fundamentalmente desde la perspectiva de la consideración del trabajo desarrollado, no de la afectación próxima o remota de esa actividad, pues es aquello lo que se tiene en cuenta para definir las categorías y los encuadramientos.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

C) Administradores sociales

SSTJ de Madrid de 21 marzo de 2006 (recurso de suplicación 2772/2005), I.L. J 1351.

1. En esta ocasión se resuelve un recurso de suplicación presentado frente a la sentencia de instancia, que estima la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia opuesta por la parte demandada. No obstante, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid entra a valorar la complejidad de los hechos recogidos por la resolución recurrida

II. Trabajador

para justificar su propia decisión. Entre los antecedentes de hecho que se recogen destacan: 1) La acción por la que se inicia el proceso es de despido y es ejercitada por D. Tomás contra Mediterranean Shipping Cruises Cruceros Sau y Compañía Naviera Panocean, SA; 2) El 1 de diciembre de 2002, el actor y la demandada, a través de su representante, firmaron un contrato de trabajo de Alta dirección, nombrando a D. Tomás Director General con funciones de responsable de la gestión de la sociedad, tanto de sus elementos comerciales como administrativos, contables, financieros, de control de personal, etc., e incorporando cláusulas en materia de retribución, exclusividad, vacaciones, etc.; 3) El día 3 de diciembre de 2002, se constituye la sociedad anónima unipersonal Mediterranean Shipping Cruises Cruceros, cuyo socio único es asimismo la sociedad United Agencies Limited. D. Tomás actúa como apoderado de esta última así como de D. Jesús Miguel y D. Jaime. Junto a ellos entra a formar parte del Consejo de Administración como consejeros delegados de la sociedad partícipe de la entidad demandada; 4) Los tres miembros del consejo actúan de forma solidaria; 5) A partir del día 3 de diciembre D. Tomás comienza a actuar en nombre de la sociedad realizando actividades como delegación de facultades mediante poder a D. Gustavo, y D. José Manuel; contrata diversos empleados, y suscribe distintos contratos mercantiles interviniendo como Presidente/Consejero de Mediterranean Shipping Cruises Cruceros; 6) El 18 de diciembre de 2002, el actor es dado de alta en la Seguridad Social como Consejero/Administrador; 7) El 14 de junio de 2004 le comunican que la sociedad anónima unipersonal ha decidido destituirle, procediendo a anular todos los actos de delegación previamente escriturados.

2. Ante la relación de hechos probados la Sala de lo Social del TSJ de Madrid viene a confirmar la resolución recurrida reiterando que las relaciones de administración social y de alta dirección son incompatibles, prevaleciendo la calificación mercantil. Por otra parte, las funciones que venía realizando el actor se corresponden con las que son típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, pues se dirigen a la dirección, gestión, administración y representación de la entidad. Así, la exclusión de laboralidad recogida por el artículo 1.3.c) ET se refiere, de acuerdo con la sentencia objeto de examen, no sólo a los consejeros “pasivos” o meramente consultivos, sino también a aquellos que asumen la gestión efectiva de la sociedad, así como a quienes actúan en nombre de la sociedad a través de los correspondientes apoderamientos. Finalmente, la sentencia justifica su decisión, repitiendo que el elemento determinante de la calificación de la concreta relación como mercantil o como laboral, no es el contenido de las funciones sino la naturaleza del vínculo, por lo que si existe una relación orgánica con la sociedad, la relación habrá de ser calificada como mercantil.

3. En efecto, aplicando la teoría del vínculo y atendiendo al relato de los hechos incluido en la sentencia, D. Tomás ejerce funciones de dirección y gestión como consecuencia de un complejo entramado societario que comprende una serie de apoderamientos, que en realidad son los que autorizan y legitiman al actor a realizar sus funciones. Por este motivo, la relación ha de ser calificada como puramente societaria, con independencia de la formalización de un contrato de alta dirección. Es más, en la medida en que los límites funcionales entre el consejero “activo” y el alto directivo se confunden, es imposible declarar la compatibilidad de una y otra relación, y, a la vista de los hechos, la falta del ejercicio de una actividad con autonomía y sustantividad propia, distinta de las de dirección

y gestión, tampoco cabe identificar otra relación, ésta de carácter ordinario, que conviva con la puramente societaria.

4. ZONAS GRISES

E) Socios empleados

STS de 13 de julio de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2203/2005), I.L. J 1287.

1. Se resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, que rechaza el recurso de suplicación interpuesto por los propios demandantes y confirma la decisión de instancia que desestimaba las demandas de reclamación de cantidad planteadas por los socios de la Cooperativa Albamel frente a la Ciudad Autónoma de Melilla. Ambas resoluciones se fundamentan en la inexistencia de vínculo laboral entre los demandantes y la Ciudad Autónoma.

2. Los hechos de los que parte la resolución recurrida son los siguientes: la Cooperativa Albamel se constituyó siguiendo todos los trámites previstos por la legislación cooperativa; tras el oportuno expediente administrativo, la sociedad cooperativa formalizó sucesivos contratos con la Ciudad Autónoma de Melilla para la realización del servicio de conservación del mantenimiento, conservación y reparación de bienes, equipos e instalaciones de la ciudad; la sociedad cooperativa cumplía con sus obligaciones societarias, así como las relativas a sus socios con la Seguridad Social; la Ciudad Autónoma retribuía los trabajos contratados emitiendo facturas mensuales a nombre de la sociedad.

3. La Sala de lo Social del TS entra a examinar la viabilidad del recurso planteado en unificación de doctrina. En realidad, no es el primer recurso planteado por los mismos demandantes, motivo por el cual la Sala recuerda que, como en otras ocasiones, entre los hechos, fundamentos y pretensiones que sirvieron de base a la sentencia invocada como resolución de contraste y la sentencia recurrida no se guarda la identidad sustancial exigida por el artículo 217 LPL. Por esta razón se cierra la posibilidad de entrar en el fondo del asunto.

Sin embargo, se ha de realizar una serie de consideraciones ya que se trata de un supuesto de hecho de interés por la peculiaridad del tipo de empresa concesionaria –una sociedad cooperativa– y la especialidad de la relación y de la actividad que desarrollan sus socios. Es precisamente en la articulación de esa relación en la que confluyen los elementos que han inducido a confusión y han conducido a la decisión adoptada por la resolución de instancia y la sentencia recurrida en casación. En efecto, el socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado se caracteriza por adquirir su condición de titular de una relación societaria a través de una aportación de capital y de una prestación de trabajo que contribuye al fin social de la entidad. Como bien señala la sentencia del TSJ esta particularidad,

II. Trabajador

que supone que los socios trabajadores puedan desarrollar su prestación de trabajo en las mismas condiciones que otras personas dependientes de la Ciudad Autónoma creando la apariencia de asimilarse a los mismos, no excluye que la sociedad cooperativa sea una empresa real, válidamente constituida, con una estructura propia, que actúa en el tráfico como tal, etc. En consecuencia, el vínculo se ha establecido entre la sociedad cooperativa y la Ciudad Autónoma de Melilla. Las deudas contraídas por esta última con la cooperativa pueden redundar en la pérdida de ingresos –anticipos societarios– por los socios trabajadores, pero corresponderá a la propia sociedad cooperativa exigir su ejecución por las vías civiles oportunas y no a sus miembros de forma directa.

J) Otros

STSJ de Madrid de 3 de abril de 2006 (recurso de suplicación 6266/2005), I.L. J 1583.

1. El Presente supuesto trae causa de los siguientes hechos: La Escuela de Radio de la Agencia para el Empleo de Madrid imparte el curso “Realización, edición, y montajes de programas musicales en sistema digital” que la actora realizó durante los meses de junio a noviembre del año 2003 con una duración total de 400 horas. Poco tiempo después se aprobó la realización de prácticas no laborales para los alumnos de Radio y para la realización de tales prácticas se contrató a tres tutores con la categoría de Técnico. Cuando la actora realizó el curso mencionado, el Director de la Escuela de Radio le comunicó las condiciones de la beca y le presentó a su tutor que fue quien la enseñó y corrigió durante las prácticas. Las tareas que realizaba como alumna en prácticas fueron la locución y redacción de noticias, producción, entrevistas en directo, recopilación de documentación de prensa e Internet, elaboración de reportajes, cobertura de diferentes actos y acontecimientos, asistencia a ruedas de prensa con conexiones en directo, todo ello de acuerdo con el Programa Formativo de Bases aprobadas para la realización de tales prácticas no laborales. La actora estuvo realizando dichas prácticas poco menos de un año hasta que mediante carta la Agencia para el Empleo le comunicó la finalización de las mismas “por la concurrencia de circunstancias que impiden el desempeño de las prácticas en la forma adecuada al extinguirse los contratos de trabajo de los monitores encargados de las mismas”. La actora presentó una demanda de despido en el Juzgado de lo Social cuya sentencia fue estimativa y declaró el despido improcedente. Frente a la sentencia de instancia se interpusieron recursos de suplicación por ambas partes ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuya sentencia ahora se comenta.

2. El Tribunal estima los motivos del recurso de la demandada que había argumentado que la actora no desarrollaba trabajo alguno por cuenta ajena, dentro del poder de dirección y disciplinario de la empresa, sino que, por el contrario, trabajaba para formarse, sin que la entidad demandada obtuviese beneficios de dicha actividad, siendo por ello prevalente el interés de la demandante tendente exclusivamente a su formación profesional en la práctica. El argumento de la Sala es que el becario adquiere formación mediante la realización de una actividad que tiene un coste económico que soporta la institución o quien la financia y el becario no realiza las tareas en línea de contraprestación sino de aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que ésta representa. Se hace referencia en la sentencia a la doctrina contenida en pronunciamientos

anteriores de la misma Sala y Sección, así como a sentencias del Tribunal Supremo, tales como la STS de 7 de julio de 1998 o la de 13 de junio de 1988.

3. Se puede decir que el Tribunal ha estimado que la relación existente entre las partes, y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, es la propia de una beca y no la de una relación de carácter laboral por cuenta ajena y con las características que se consagran en el artículo 1.1 ET. En este sentido resulta relevante tener en cuenta que en las emisoras de radio no había ningún tipo de publicidad y que la Agencia no obtenía beneficio económico alguno por las emisiones radiofónicas, pues su misión es la de “ayudar a los desempleados a formarse y que puedan acceder al mercado laboral”. Éste es el rasgo diferencial de la beca con respecto al contrato de trabajo: que su finalidad primaria es la de facilitar el estudio y la formación del becario y no la de incorporar los resultados o los frutos del estudio al patrimonio de la persona que otorga la beca. Es claro que esos estudios o esa formación pueden acabar y fructificar en la realización de una obra, pero esa producción o la formación adquirida por los becarios nunca se incorpora a la ordenación productiva de la institución. El becado recibe un estipendio comprometiéndose a la realización de algún tipo de trabajo que redunde en su formación y en su beneficio. Mientras que si prevalece el interés de la entidad en la obtención y prestación del servicio y ésta hace suyos los frutos de trabajo del becado, se tratará de un contrato de trabajo y no de una beca. A estos efectos, se puede resumir la doctrina del modo siguiente, y es que no habrá beca cuando los servicios del supuesto becario cubren o satisfacen necesidades que, de no llevarse a cabo por aquél, tendrían que encomendarse a un tercero. También cuando el supuesto becario se limita a realizar los cometidos propios de la esfera de actividad de la entidad.

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR (coordinadora)

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA

DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA

III. EMPRESARIO

Sumario:

1. Consideración preliminar. **2. Grupo de empresas.** A) Requisitos para la configuración de un grupo de empresas en el ámbito de las relaciones laborales. B) Derecho de los trabajadores a elegir la empresa en la que integrarse. **3. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Vinculación de la duración del contrato de obra o servicio determinado a la duración de la contrata. **4. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Responsabilidad solidaria de la empresa usuaria por fraude en la contratación temporal. B) Responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria por obligaciones salariales. **5. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencia con la contrata de obras y servicios. **6. Sucesión de empresas.** A) Concepto de transmisión. B) Sucesión de contrata prevista en convenio colectivo. C) Sucesión empresarial y extinción previa del contrato de trabajo. D) La subrogación no se extiende a derechos condicionados por la situación y naturaleza de la empresa. E) Consentimiento de los trabajadores en supuestos de subrogación contractual.

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 9 a 12 de 2006 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1121 a J 1630) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, 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. GRUPO DE EMPRESAS

A) Requisitos para la configuración de un grupo de empresas en el ámbito de las relaciones laborales

La STSJ de Madrid de 18 de abril de 2006, I.L. J 1573, trae a colación la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que hace depender la existencia de un grupo de empresas en el ámbito de las relaciones laborales de la acreditación de que las empresas registran un funcionamiento integrado o unitario, reciben la prestación del trabajador simultánea o sucesivamente, la pretensión de eludir responsabilidades mediante la configuración artificial de empresas. Por ello, no cabe extender la responsabilidad al conjunto de las empresas del grupo cuando, como en el supuesto objeto de revisión, “no consta dato alguno del que poder colegir la existencia de un grupo de empresas, no constando ni la existencia de un entramado societario de participaciones en las sociedades demandadas, ni tampoco una administración común, ni tampoco la presencia de una dirección global, estando tan sólo acreditado que la marca Ernst & Young se utiliza por una serie de empresas locales en muchos países del mundo, entre ellas las codemandadas argentina y española, sin que conste que la norteamericana Ernst & Young LLP participe en éstas, dirija su gestión o intervenga en ellas de alguna forma, no habiéndose desvirtuado el contenido del hecho probado quinto y, por consiguiente, no puede tenerse en cuenta la pretendida antigüedad del actor, porque si bien es cierto que ha prestado sus servicios desde 1988 para tres empresas que utilizan la citada marca, no consta relación económica o laboral entre el pase de una a otra, sino que el mismo pudo deberse a las relaciones comerciales entre ellas”, STSJ de Madrid de 18 de abril de 2006, I.L. J 1573.

Por el contrario, debe condenarse solidariamente a las empresas que forman parte del grupo de empresas ante “la existencia de un mismo domicilio social; la constitución sucesiva de las demandadas por los mismos socios, habiendo idéntico accionariado; similar objeto social; tratarse de empresas familiares; participación de una empresa en el accionariado de otras dos empresas codemandadas; la contratación inicial del recurrente por EDAF Ediciones y Distribuciones, SA, que pasa a Editorial EDAF, SL, que surge de la escisión de la primera que traspasa a esta empresa su activo y pasivo, con excepción de los inmuebles, y la existencia de una plantilla única. El requisito de plantilla única no se refiere a que sea sólo una de las empresas del grupo la que tenga trabajadores en su plantilla, como interpreta el recurrente, sino que se refiere a que los trabajadores son cambiados de una empresa a otra sin ningún interés o causa que no sea el de las propias empresas del grupo”, STSJ de Madrid de 4 de abril de 2006, I.L. J 1595.

B) Derecho de los trabajadores a elegir la empresa en la que integrarse

En números anteriores, [núm. 22, Crónica III.3.A)], se ha señalado la debilidad de los argumentos jurisprudenciales que conducen a la aceptación de la licitud de prácticas de circulación, entre las diversas empresas de un grupo, de los trabajadores contratados por alguna de éstas. En concreto, se critica la hipotética legalización de un claro supuesto de

III. Empresario

cesión de trabajadores, es decir, una excepción a la aplicación de la prohibición prevista por el artículo 43 ET en determinados supuestos. La tesis jurisprudencial se sustenta en un dato teleológico, de compleja aprehensión y sin reflejo normativo, en la medida en que se presume que los fenómenos de circulación dentro del grupo, habitualmente, no persiguen la ocultación del empresario real, sino la atención de necesidades productivas. Por otra parte, la alusión a la garantía de los intereses de los trabajadores queda excesivamente difusa, especialmente cuando se hace referencia a la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 43 ET, entre otras razones porque si nuestra hipótesis es acertada, la aplicación de dicho precepto no se ha de producir por vía analógica, pues el que las empresas afectadas formen parte de un mismo grupo no es obstáculo para proceder a aplicar directamente las consecuencias previstas en dicho precepto, cuando estas empresas incurran en el comportamiento prohibido definido como cesión ilegal de trabajadores, es decir, “cuando contraten trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa”.

A nuestro juicio, la prohibición legal hace referencia a un comportamiento objetivo, a una determinada conducta descrita en términos fácticos, con independencia del móvil defraudatorio que se esconda tras el mismo. Más allá del ánimo perseguido por el empresario, el objetivo del legislador laboral es colocar al margen de la legalidad toda situación, cuyos efectos, perseguidos o no, sean la aparición como empleador formal de quien no es el efectivo empleador que organiza y recibe el servicio ejecutado por el trabajador. En sí misma, esa dislocación subjetiva en la persona del empleador provoca inseguridad jurídica al trabajador acerca de cuál es su situación contractual, y tal es la razón por la que el legislador pretende reprimirla con carácter general. Precisamente, el elemento de innovación legislativa que se incorpora en la legislación laboral, respecto de la prohibición civil del fraude de ley, con la prohibición de la cesión de trabajadores, es el de la objetivación del ilícito, lo que permite suprimir la exigencia de demostrar la existencia de un perjuicio singular o de una deliberada elusión de la normativa imperativa; de no ser así, se trataría de un precepto absolutamente innecesario, por aplicación directa de lo previsto en el artículo 6.4 del Código Civil.

En esta línea, la **STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2006**, I.L. J 1364, reconoce el derecho de los trabajadores a integrarse en la empresa del grupo elegida, tras considerar probada la existencia de una situación abusiva en el uso de la forma societaria, en un supuesto en el que se concluye la existencia acumulativa de un buen número de los requisitos tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia y, en concreto:

“1º Un régimen total de participación financiera por el que la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales es la única propietaria de Babcock Borsing España, SA y de Babcock Wilcox Española, SA, y ésta a su vez es la única propietaria de Babcock Montajes, SA. 2º Existe entre todas ellas una apariencia externa de unidad, a tal punto que todas ellas son identificadas con la denominación Babcock. 3º Las empresas se hallan dirigidas indistintamente por las mismas personas físicas. 4º Las empresas usan indistintamente los medios materiales e instalaciones de que disponen, al margen de la que figure como titular formal. 5º Las empresas participan conjuntamente en la ejecución de las obras que le son encargadas por los clientes. 6º Las empresas hacen uso indistinto de los servicios laborales

de los trabajadores, con independencia de la empresa a la que estén formalmente adscritos. 7º La Sociedad Estatal de Participaciones Industriales no se limita a supervisar el uso de las ayudas económicas que aporta sino que interviene en la gestión directa de las actividades y de las relaciones laborales mediante actos propios de un empleador y responsable superior de las empresas codemandadas, a tal punto que en algunas situaciones alguna empresa desempeña una misión puramente formal, dando la apariencia de ser la parte empleadora”, STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2006, I.L. J 1364.

3. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

La dificultad de aplicación práctica del régimen jurídico laboral previsto para contratas y subcontratas de obras y servicios (artículo 42 ET), en numerosas ocasiones, tiene su origen en la utilización de dicha fórmula como modalidad encubridora de cesiones de trabajadores declaradas ilícitas por el legislador laboral (artículo 43 ET), particularmente cuando la empresa contratista es una empresa real y cuenta con organización e infraestructuras propias. La STSJ del País Vasco de 21 de marzo de 2006, I.L. J 1363, aborda un supuesto identificable con la descripción previa, en el que el Tribunal niega la existencia de cesión ilegal al considerar que la contratista, junto a los trabajadores, puso a disposición de la empresa principal su propia organización e infraestructura.

“Aplicada la doctrina jurisprudencial anterior al presente supuesto, no puede accederse a la declaración de cesión ilegal de mano de obra interesada. Los demandantes fueron contratados por la empresa IME y durante muchos años han prestado sus servicios de mantenimiento eléctrico en la FIMB, en la actualidad BEC. Probado que desde 1964 IME prestaba servicios de mantenimiento eléctrico para la FIMB en virtud de contrato verbal, hasta que se rescindió esa relación el 18 de marzo de 2004, las labores desarrolladas por los demandantes en la FIMB han tenido las siguientes características: a) el Sr. Carlos Alberto ha trabajado en la FIMB durante determinadas épocas del año, haciéndolo durante las restantes en otras empresas y lugares a cargo de IME; b) el Sr. Everardo realizaba en la FIMB funciones de encargado para el empresa IME, organizando a los trabajadores de su plantilla que trabajaban allí, siendo quien rellenaba los partes de trabajo que entregaba tanto a los responsables de la FIMB como de IME; c) no disponiendo IME de locales en la FIMB, utilizaban los vestuarios de los trabajadores pertenecientes a la FIMB, portando ropa de trabajo con el anagrama de la FIMB al objeto de poder ser identificados, y disponiendo de tarjeta de fichaje perteneciente a la FIMB para el control de los trabajadores que ejercían su actividad laboral en ella; d) prestaban sus servicios junto con otros trabajadores contratados directamente por la FIMB y con otros pertenecientes a otras subcontratas relativas a distintas actividades, recibiendo órdenes del Director de Mantenimiento de la FIMB para coordinar los distintos servicios, pero con supervisión periódica de las labores de los actores por responsables de la empresa IME (formando las demandantes parte del equipo de mantenimiento de la FIMB en su calidad de electricistas, ponían sus teléfonos

III. Empresario

a disposición del Departamento de Mantenimiento); e) las herramientas utilizadas en las labores ejecutadas eran facilitadas tanto por la FIMB como por IME; f) los elementos de seguridad eran entregados por la FIMB, existiendo un plan de prevención de riesgos laborales de los trabajadores de IME en la FIMB suscrito entre el representante de IME y el coordinador de la FIMB, recibiendo cursos de formación tanto a instancia de la FIMB (tal como se ha probado en la revisión del motivo tercero) como de IME (según se desprende de los documentos incorporados a los folios 274 a 298 invocados por dicha empresa en su escrito de impugnación al recurso); g) el calendario de trabajo, los horarios de entrada y salida, y las fechas de disfrute de vacaciones de los demandantes, no eran los mismos de los de los trabajadores de la FIMB; h) IME tramitaba las bajas y las vacaciones de los demandantes, y si se producía una situación de IT, el trabajador que lo sustituía era de la empresa IME.

Los datos anteriores nos permiten considerar que la empresa IME, con estructura organizativa, productiva y empresarial propia, no se limitó a ceder la mano de obra de los demandantes a las codemandadas FIMB-BEC, sino que, durante los largos años en los que les prestó sus servicios de mantenimiento eléctrico, puso a su disposición los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial y actuó como empresario real de los demandantes. En consecuencia, sin que pueda confundirse en este caso el tráfico prohibido de trabajadores contemplado en el artículo 43.3 del ET con la lícita figura de la subcontratación de obras o servicios regulada en el artículo 42 del ET, figura en la que queda amparada la actuación de IME respecto a las codemandadas (había actuaciones coordinadas entre ellas, tal como exige el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre), previa desestimación del recurso interpuesto, debemos confirmar la sentencia de instancia”, STSJ del País Vasco de 21 de marzo de 2006, I.L. J 1363.

La lectura de los párrafos precedentes permite comprobar el amplio margen de decisión que obra en poder del Tribunal en la estimación de los indicios que permiten considerar cuándo la empresa contratista ha puesto a disposición de la principal su organización e infraestructura.

B) Vinculación de la duración del contrato de obra o servicio determinado a la duración de la contrata

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 9 de junio de 2006, I.L. J 1473, resuelve una reclamación efectuada por un trabajador, de profesión electricista, contratado por una empresa contratista, mediante un contrato de obras o servicio determinado cuyo objeto era la conservación y mantenimiento de diversos edificios de una universidad pública. Adjudicado con posterioridad dicho servicio a una nueva empresa contratista, el trabajador fue inmediatamente cesado por finalización de su contrato. En tales supuestos, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 15 de enero de 1997) sostiene la licitud del proceder empresarial, pues aunque es claro que la prestación laboral no tiene por objeto la ejecución de una obra, entendida ésta como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida que opera como un límite temporal previsible. A tales efectos no resulta decisivo que la necesidad cubierta por la contrata de

servicios tenga carácter temporal o permanente, pues desde el punto de vista jurídico lo que interesa es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo.

“En el supuesto enjuiciado el recurrente aunque reconoce como cierta y aplicable la doctrina sobre la contrata y los contratos de obra y servicio determinado que anteriormente se ha expuesto, se alega que la circunstancia de la contrata y que la vigencia del contrato se hacía depender de la contrata no se consignó en el contrato, y además la obra objeto de contrato no había finalizado. No lleva razón el recurrente. Consta en el hecho probado primero que el objeto del contrato era la conservación y mantenimiento de diversos edificios de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y al hecho probado tercero consta el contrato administrativo de la empresa demandada con la Universidad.

La empresa mantuvo vivo el contrato durante todo el tiempo que dura el servicio de mantenimiento contratado con la Universidad, e incluso se presenta al nuevo concurso convocado por la Universidad para contratar el mantenimiento por otro período, pero no resulta adjudicada y sí otra empresa, por lo tanto la obra o servicio determinado se extinguió cuando acabó la contrata, pues si el objeto del contrato era la conservación y mantenimiento de diversos edificios de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, como consta en el contrato formalizado al trabajador, éste ya sabía desde ese momento que si la empresa no realizaba tal mantenimiento sus contrato de trabajo ya carecía de objeto, y por tanto a la extinción de la contrata se extinguió el servicio, (...)”, STSJ de Canarias (Las Palmas) de 9 de junio de 2006, I.L. J 1473.

4. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

A) Responsabilidad solidaria de la empresa usuaria por fraude en la contratación temporal

El TS se pronuncia, en unificación de doctrina, sobre la responsabilidad de la empresa usuaria en un supuesto en el que una trabajadora presta servicios ininterrumpidos para una determinada empresa en virtud de sucesivos contratos de puesta a disposición para realizar los mismos cometidos laborales. En concreto, se trata de dilucidar si cuando una Empresa de Trabajo Temporal y una empresa usuaria cubren con un mismo trabajador una necesidad de carácter no temporal, sirviéndose de sucesivos contratos de puesta a disposición, la aplicación del artículo 16.3 LETT limita la responsabilidad de ambas empresas únicamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, o si, por el contrario, tal responsabilidad alcanza a la indemnización por despido, de inexistente naturaleza remuneratoria.

El Alto Tribunal se decanta por la segunda de las opciones, conclusión a la que llega tras argumentar que bien “pudiera afirmarse que algunos supuestos de ilegalidad son exclusivamente atribuibles a la empresa usuaria y exceden del posible control de la ETT, de manera que las consiguientes responsabilidades serían de injusta exigencia a esta última empleadora. Pero frente a tal consideración cabe argumentar: a) limitar las obligaciones

III. Empresario

de la ETT – en este aspecto– a que el CPD obedezca formalmente a causa legal justificativa, invitaría a reducir la diligencia de la indicada empresa en orden al cumplimiento de las previsiones legales, con la consiguiente desprotección para los intereses del trabajador; b) la defensa de tales intereses ha llevado a la jurisprudencia a sostener la aplicabilidad –por analogía– de las previsiones del antiguo artículo 43 ET incluso en supuestos de válida circulación de empleados entre las diversas empresas de un grupo (así, en las ya citadas SSTS de 26 de noviembre de 1990, rec. 645/1990; 30 de junio de 1993, rec. 720/1992; 26 de enero de 1998, rec. 2365/1997; 21 de diciembre de 2000, rec. 4383/1999; 26 de septiembre de 2001, rec. 558/2001; 23 de enero de 2002, rec. 1759/2001, y 4 de abril de 2002, rec. 3045/2001); c) aun para el caso de que faltase toda connivencia de la ETT con la empresa cliente en la utilización fraudulenta del CPD para atender necesidades permanentes o supuestos excluidos, no hay que olvidar que la exigencia de responsabilidad de que estamos tratando es tan sólo laboral y precisamente la solidaria de la empresa usuaria –e infractora– respecto de las obligaciones de la ETT (artículo 12 LETT), y d) alguna otra garantía –también laboral– correspondiente al trabajador cedido y que afectaría igualmente a la ETT en el caso de que el CPD resultase nulo por causa directamente imputable a la cesionaria (cual es el derecho a integrarse en plantilla como trabajador fijo, inactuante tras extinguirse la cesión: SSTS de 11 de septiembre de 1986, 17 de enero de 1991 –rec. 2858/1989– y 2008 de julio de 2003 –rec. 2885/2002–) en manera alguna excluye la reclamación –de todo orden– que la citada ETT puede efectuar frente a la empresa usuaria e incumplidora–.” STS de 4 de julio de 2006, u.d., I.L. J 1446.

Las anteriores consideraciones y similar fallo, referidas ahora a un supuesto de despido calificado judicialmente como nulo, son reiteradas por la STS de 28 de septiembre de 2006, u.d., I.L. J 1507, en la que la puede leerse:

“Lo que nos parece ya meridianamente claro es que la expresión legal examinada (‘los términos que legalmente se establezcan’) no comprendería –como integrante de 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 CPD realizados en supuestos no previstos en la formulación positiva del artículo 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las excusiones previstas por el artículo 8 LETT, no pareciendo fuera de lugar la afirmación de que en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del artículo 6.4 CC”, STS de 28 de septiembre de 2006, u.d., I.L. J 1507.

B) Responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria por obligaciones salariales

Las consecuencias comentadas en el apartado anterior son únicamente aplicables en supuestos de fraude en la contratación por incumplimiento de las previsiones contenidas en los artículos 6.2 y 8 LETT; es decir, cuando el contrato de puesta a disposición se haya celebrado para supuestos diversos a los fijados por el artículo 15 ET, para sustituir a trabajadores en huelga, para trabajos especialmente peligrosos, para cubrir puestos de trabajo amortizados en los doce meses anteriores o para cederlos a otras empresas de trabajo

temporal. Por el contrario, cuando no pueda acreditarse la contratación fraudulenta, “la empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición. Dicha responsabilidad será solidaria en el supuesto de que el referido contrato se haya hecho incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de esta Ley” (artículo 16.3 LETT). Haciendo uso de literalidad del precepto legal, la sentencia concluye que “únicamente la responsabilidad de la empresa sería solidaria en el supuesto en que la relación laboral de trabajadores se haya prolongado una vez finalizado el plazo de puesta a disposición o se trate de un supuesto en el que no esté permitida la celebración de un contrato de puesta a disposición, no habiéndose producido ninguna de esas circunstancias en el supuesto de autos ...”, STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2006, I.L. J 1132.

5. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencia con la contrata de obras y servicios

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad únicamente abierta para empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Cuando el lugar de la empresa que somete a sus trabajadores a tráfico prohibido es ocupado por una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la delimitación del supuesto legal se hace más compleja, resultando decisivo si ésta pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata. La constatación de indicios contrarios conducen en la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de marzo de 2006, I.L. J 1383, a determinar la existencia de cesión ilegal en un supuesto en que, a juicio del Tribunal, la empresa principal ejercita el poder de dirección efectivo y ordinario sobre la actividad diaria del trabajador. En concreto, la sentencia considera suficiente el indiscutido hecho de que “el trabajador habiendo sido contratado por FORESMA, SA, vino en realidad prestando sus servicios como rescatador integrado entre los efectivos de los helicópteros que empleaba la recurrente en la realización de las actividades que tenía contratadas con la Administración de la Comunidad Autónoma, sin que FORESMA, SA –carente de presencia en Gran Canaria– se ocupase más que de cubrir las mínimas apariencias, entregando al actor un chaleco y abonándole su salario” STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de marzo de 2006, I.L. J 1383.

Paralelamente, cuando entre las empresas en presencia existe un vínculo que permite considerarlas partes de un grupo de empresas, la circulación de trabajadores es admitida por la jurisprudencia siempre que la movilidad del trabajador se deba a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo en las citadas empresas y siempre que se hayan establecido las garantías necesarias para el trabajador. Pero la existencia de tales requisitos no debe presumirse, de manera que en tales casos corresponderá a las empresas afectadas la correspondiente carga de la prueba sobre dichos extremos, por lo que en caso contrario, es decir, cuando “no consta debidamente acreditada que la movilidad del traba-

III. Empresario

jador entre las empresas del Grupo obedezca a razones técnicas y organizativas derivadas de la división de trabajo en las citadas empresas, ni que la misma se haya estructurado formalmente con las necesarias garantías para el trabajador”, deberá apreciarse cesión ilegal de trabajadores por infracción de lo previsto en el artículo 43 ET, y en su virtud, “el trabajador sometido al tráfico prohibido tendrá derecho a adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria”, STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2006, I.L. J 1615.

Por el contrario, cuando los indicios conducen a entender que la empresa contratista ha puesto a disposición de la principal su organización empresarial, debe negarse la existencia de cesión ilegal. Es el caso de un supuesto de recaudación municipal, en el “que los medios materiales (al menos los principales que eran los ordenadores) eran propiedad del Recaudador, que empleaba estos ordenadores exclusivamente en esta labor (con lo que se descarta que el empresario, aunque disponga de esta estructura material y patrimonio, no los aporte), las órdenes e instrucciones las impartía el Recaudador, éste era titular de una línea telefónica, que pagaba directamente a la empresa suministradora, todo ello al margen del cumplimiento de los requisitos formales (y aquí también materiales) propios de la relación laboral (contratos, salarios, alta y cotización en Seguridad Social, etc.) y sin que tenga relevancia que en el carné identificativo del personal del Recaudador (los actores) figurara un sello del Ayuntamiento, puesto que, efectivamente, en el dorso constaba que eran auxiliar recaudador agente ejecutivo del Ayuntamiento, lo que es cierto”, STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 24 de mayo de 2006, I.L. J 1471.

En el mismo sentido, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 16 de junio de 2006, I.L. J 1476, desestima la pretensión de calificación de cesión ilegal un supuesto de prestación de servicios de extinción de incendios por una Asociación para la Administración Autonómica. Para el Tribunal, resulta “obvio que de esta aportación de los medios de funcionamiento del servicio y un seguro de vida no son elementos suficientes para que exista cesión ilegal ya que, incluso independientemente de que no concurren la nota de apariencia externa o confusión entre cedente y cesionario (circunstancia en la que los recurrentes insisten olvidando que es una nota típica de la institución del grupo de empresas más que de la cesión ilegal) la clave reside en el incuestionado dato fáctico de que la citada Administración Pública no intervenía en la organización del servicio, en absoluto, sino que la Asociación Palmera de Bomberos Voluntarios era la que organizaba el trabajo dentro del Parque de bomberos, fijando los turnos de guardia, tareas a realizar, su distribución entre los bomberos voluntarios, vigilando su cumplimiento, ejerciendo la potestad disciplinaria hacia los miembros de la asociación y personal laboral, así como abonándoles las nóminas a su personal laboral y dietas por guardias al personal no laboral”, STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 16 de junio de 2006, I.L. J 1476.

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión

El artículo 44.2 ET considera que existe sucesión de empresas cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida ésta como un

conjunto de medios organizados para llevar a cabo una determinada actividad económica, sea ésta accesoria o esencial. Cuando el objeto del contrato entre una comunidad de propietarios y una empresa turística es el arrendamiento en régimen de explotación turística extrahotelera de los apartamentos propiedad de los miembros de la comunidad de propietarios no cabe apreciar reversión de empresa una vez finalizada la duración de dicho contrato, particularmente cuando queda acreditado que la Comunidad de propietarios no se ha hecho cargo de la explotación del complejo de apartamentos, el cual está sin actividad desde que cesó en la explotación la empresa turística. La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 6 de abril de 2006**, I.L. J 1369, aborda dicho supuesto, para cuya resolución trae a colación una sentencia previa de dicha Sala, de 16 de julio de 2003, sobre similares hechos en los siguientes términos:

“Según la doctrina jurisprudencial española, para la operatividad del mecanismo jurídico de la subrogación prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, es preciso la concurrencia de dos requisitos:

a) Autonomía, es decir, la unidad productiva que se transmite ha de constituir un conjunto de elementos productivos o patrimoniales dotado de suficiente autonomía funcional, y b) Continuidad, la sucesión requiere una continuidad en la actividad y en la prestación de servicios.

De tales elementos se desprende la necesidad de que en los supuestos de sucesión de empresas exista una transmisión patrimonial entre los sucesivos empleadores, es decir, la transmisión de una unidad patrimonial con vida propia.

Pero tal interpretación no es ajustada a la que hace el Derecho Comunitario Europeo. Para la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977 (hoy sustituida por la 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998) sobre aproximación de la legislación de los estados miembros relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de centros de actividad y la jurisprudencia que la interpreta (Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1987, asunto Ny Molle Kro, 10 de febrero de 1988, asunto Daddy’s Dance Hall, 12 de noviembre de 1992, asunto Watson Rask y Christensen, 5 de diciembre de 1999, asunto Allen, 18 de marzo de 1996, asunto Spijkers y 11 de marzo de 1997, asunto Sützen) a los efectos de determinar si ha existido o no sucesión de empresas, no es determinante si ha existido un negocio jurídico entre ambas empresas (cedente y cesionaria), o si la transmisión conlleva un conjunto de elementos materiales organizados, sino si se ha producido un cambio en la titularidad de una explotación económica identificable, a cuyos efectos la transmisión de medios materiales es un elemento más a tener en cuenta, pero no el único, debiéndose tener en cuenta además todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate (tipo de empresa, valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, la transmisión o no de la clientela, grado de analogía de las actividades, etc.)

III. Empresario

Al respecto resulta de interés la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998 que declara que ‘el artículo 1, apartado 1º, de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que una empresa que encomendaba a otra empresa la limpieza de sus locales o de una parte de éstos decide poner fin al contrato que la vinculaba a aquélla y, en adelante, ejecutar por sí misma esas tareas, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión entre ambas empresas de una entidad económica. El concepto de entidad económica remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad que persigue un objetivo propio’. En tal sentido sostiene que en determinados sectores económicos, como el de limpieza, los elementos de activo material e inmaterial se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea.

La entidad económica es algo más que la actividad y resulta de elementos tales como el personal que la integre, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación y, en su caso, los medios de explotación de que dispone. Aunque la transmisión de elementos del activo figura entre los diferentes criterios a considerar, la falta de tales elementos no excluye necesariamente la existencia de dicha transmisión. Y así, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad, independientemente de la operación de que es objeto, no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos.

En el supuesto cuya resolución nos ocupa existe transmisión de elementos patrimoniales, de infraestructura productiva, pues tratándose de una empresa dedicada a la explotación de un complejo turístico de apartamentos, es esto mismo, un complejo de apartamentos en funcionamiento, lo que se transmite. Pero nos encontramos con dos datos que nos llevan a la conclusión de que no ha existido sucesión de empresas, por una lado, que la contrata mercantil existente entre la comunidad de propietarios y la empresa que explotaba el complejo turístico se extingue a instancias de la empresa arrendataria y, en segundo lugar, que la extinción unilateral de la contrata obliga a la comunidad de propietarios a recibir el complejo de apartamentos como estaba, pero no consta que a continuación se dedicara directamente a poner en explotación el mismo, sino que ha comenzado a realizar obras de reforma y rehabilitación del edificio”.

A mayor abundamiento, “si resulta innegable que inicialmente los titulares de determinados *bungalows* ejercieron a través de la Comunidad de Propietarios una actividad de explotación turística, también lo es que la entrada en vigor de lo preceptuado en el apartado 1 artículo 39 Ley 7/1995 marca su fin; la Comunidad ‘explotadora’ desaparece y con ella el personal que venía sirviéndola”, STS de Canarias (Las Palmas) de 6 de abril de 2006, I.L. J 1369.

Sobre similares hechos, y con el mismo resultado, se pronuncia también la **STS de Canarias (Las Palmas) de 22 de marzo de 2006**, I.L. J 1382.

Similar doctrina se vierte para negar la existencia de sucesión empresarial en un supuesto de cambio de distribuidor de productos de una empresa. En concreto, “la distribución exclusiva de los productos de Anita de R. Gelvin GmbH por parte de Coflexor no es una entidad económica en los términos que pueden deducirse de la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo de 2001. En este sentido se exige que se trate de un conjunto organizado de medios a fin de que una actividad económica pueda mantenerse y subsistir con un carácter autónomo, independiente y funcionalidad propia. Desconocemos que haya un campo de actividad empresarial que se desarrolle a través del objeto que estamos examinando, que haya una diferenciación en medios y personas. Por contra existe una fabricación y una distribución exclusiva de productos, pero desconocemos si Coflexor realiza otros objetos, prestaciones o actividades, o si hay una limitación específica al producto de Anita, elemento esencial y de necesaria prueba para poder aplicar el artículo 44 ET. El cambio de distribución no supone la afectación del artículo 44 ET careciéndose de esos sustratos o elementos de la actividad a los que hemos hecho referencia”, **STSJ del País Vasco de 11 de abril de 2006**, I.L. J 1228.

Por último, la **STSJ del País Vasco de 28 de febrero de 2006**, I.L. J 1234, resuelve un supuesto en el que una empresa, que anteriormente venía realizando con sus medios la limpieza de sus instalaciones, decide externalizar dicha actividad contratando el servicio con una empresa de limpieza por un período determinado; finalizado este período, la empresa principal decide rescindir el contrato mercantil y encomendar la limpieza de sus instalaciones a la persona que ejercía las labores de gerente de la empresa contratista. La sentencia no desconoce la posibilidad de que la sucesión entre contratistas se produzca sin transmisión de elementos patrimoniales, en aquellas actividades, como la que nos ocupa, en la que los elementos personales tienen un mayor protagonismo; pero la posibilidad de subrogación empresarial queda condicionada a que se produzca la permanencia de una parte relevante del personal que realizaba la actividad objeto de transmisión, no siendo posible la aplicación del artículo 44 ET en caso contrario. En opinión del órgano juzgador, “en este caso no podemos hablar ni de unidad productiva, principal o accesoria, ni tan siquiera de actividad propia de la empresa, puesto que tampoco concurre ningún desplazamiento personal mediante el mantenimiento o renovación de contratos particulares para la actividad de limpieza. Simplemente se ha cesado en la adjudicación, y no se realiza nueva contratación con empresa alguna. En este caso, en el que se carece de cualquier elemento de transmisión, personal o patrimonial, no concurre supuesto alguno de aplicación del artículo 44 ET”, **STSJ del País Vasco de 28 de febrero de 2006**, I.L. J 1234.

Por el contrario, sí se aprecia subrogación empresarial por mandato legal cuando, en un supuesto de sucesión de contratistas de servicios públicos, la empresa entrante se hace cargo de un porcentaje alto de trabajadores de la saliente. En concreto, en supuestos en que, “efectivamente no ha existido transmisión de elementos patrimoniales entre la antigua y la nueva empresa pero el nuevo empresario, EULEN, SA, como consecuencia de la adju-

III. Empresario

dicación del contrato administrativo de servicios de teleoperación 061 y cita previa se ha hecho cargo de la plantilla adscrita a este servicio”, **STSJ de Cantabria de 15 de mayo de 2006**, I.L. J 1533; o para el caso de una empresa de telemarketing que es sustituida por otra a fin de llevar a cabo el trabajo que ésta realizaba mediante un contrato de arrendamiento de servicios, tras advertir que “la actividad de la demandada descansa fundamentalmente en la mano de obra y no en los elementos patrimoniales que, tal como consta probado se reducen a ordenadores que la empresa ponía a disposición de los trabajadores, por lo que, dado su escaso valor, carece de trascendencia, al efecto de determinar si ha existido o no sucesión de empresas, el hecho de que no se haya efectuado transmisión de los elementos patrimoniales”, **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de mayo de 2006**, I.L. J 1541; y cuando la empresa entrante asume todos los trabajadores de la saliente, como es el caso analizado en la **STSJ de Extremadura de 18 de mayo de 2006**, I.L. J 1569, o una parte sustancial de ésta como en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 22 de mayo de 2006**, I.L. J 1551.

B) Sucesión de contrata prevista en convenio colectivo

Cuando por alguno de los motivos más arriba comentados, el cambio de titularidad de la contrata de servicios no es considerado sucesión de empresa, a los efectos previstos en el artículo 44 ET, los efectos subrogatorios en éste previstos pueden imponerse vía pliego de condiciones del concurso o adjudicación del servicio, o bien por disposición del convenio colectivo aplicable. Ahora bien, cuando la subrogación empresarial se produce por aplicación del convenio colectivo, habrá que estar a lo dispuesto en la correspondiente norma convencional para determinar los requisitos aplicativos y la extensión de la responsabilidad, no siendo aplicable, salvo expresa remisión, lo previsto en la norma legal. Los convenios colectivos que establecen esta garantía suelen condicionar su efectividad a la puesta en conocimiento de la empresa entrante de cierta información sociolaboral relativa al personal afectado por la subrogación. El incumplimiento de alguna de estas obligaciones puede enervar la obligación de subrogación que en caso contrario pesaría sobre el empresario entrante; consecuentemente la satisfacción de dichas obligaciones de información deben liberar al empresario saliente de la responsabilidad derivada de la extinción de los contratos de los trabajadores afectados, salvo en supuestos de fraude de ley.

En aplicación de lo previsto en el Convenio Colectivo de Entrega Domiciliaria, la **STSJ de Navarra de 30 de mayo de 2006**, I.L. J 1416, exime de responsabilidad por despido a la empresa saliente, quien “contactó con la nueva contratista (...) para comunicarle los datos de los trabajadores afectados por la subrogación empresarial y poner a su disposición la documentación exigida en el artículo 18 del Convenio Colectivo del sector, a pesar de lo cual esta última no se hizo cargo de los trabajadores subrogados”. Similares efectos eximientes derivan del fallo en el supuesto analizado en la **STS de 20 de julio de 2006**, u.d., I.L. J 1304, que en esta ocasión se ve obligado a interpretar el contenido del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad.

C) Sucesión empresarial y extinción previa del contrato de trabajo

La posibilidad de subrogación empresarial en aplicación de lo previsto en el artículo 44 ET presupone la vigencia de los contratos de trabajo afectados por la sucesión empresarial. De esta manera, los efectos previstos en dicho precepto legal no han de ser aplicables a las relaciones laborales finalizadas en un momento anterior a la fecha en que se produce la transmisión empresarial. Dicho lo anterior, el ordenamiento laboral no puede amparar comportamientos elusivos, que pretendan la inaplicación de las previsiones legales. En este sentido, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2006**, I.L. J 1563, aborda un supuesto que califica como sucesión encubierta, “principalmente, porque las dos empresas tienen el mismo objeto social y porque la trabajadora demandante, transcurridos sólo seis días desde la extinción del contrato de trabajo con ‘Manipulación y Transporte Editorial, SA’, es contratada por la empresa ‘Manipulados Ortega, SL’ para prestar los mismos servicios y en el mismo centro de trabajo que con la anterior empresa, sin que la extinción del primer contrato pueda considerarse impeditiva de la consideración de sucesión empresarial, por cuanto ello significaría poner la carreta delante de los bueyes, es decir, considerar como premisa lo que es una consecuencia. Y es que nunca puede ser determinante para considerar la existencia de transmisión empresarial, la extinción previa –con breve intervalo de tiempo, como ocurre en este caso– del o de los contratos de trabajo existentes en la empresa transmitida, puesto que si se quiere ocultar la transmisión para evitar la subrogación empresarial impuesta por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, nada más fácil, para burlar la aplicación del mismo, que extinguir los contratos de trabajo antes de efectuar el negocio jurídico a través del cual se consuma la transmisión empresarial”, **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2006**, I.L. J 1563.

D) La subrogación no se extiende a derechos condicionados por la situación y naturaleza de la empresa

La continuidad de las relaciones de trabajo lleva aparejada la obligación del nuevo titular de la empresa de asumir la posición contractual laboral del precedente, subrogándose en los derechos y obligaciones que puedan derivarse. Simplificadamente, la técnica subrogatoria permite la novación del elemento subjetivo sin afectar a los elementos objetivos del contrato de trabajo. A pesar de lo dicho, la jurisprudencia entiende que no quedan cubiertos por dicha garantía los derechos reconocidos al trabajador atendiendo a la naturaleza o actividad de la empresa cedente cuando la empresa cesionaria no posee similares características. En concreto, las **SSTS de 12 de julio y de 26 de septiembre de 2006**, u.d., I.L. J 1261 y 1490, abordan las reclamaciones de sendos trabajadores por incumplimiento de la obligación de suministrar billetes de avión gratuitos o a precio reducido establecida en el Convenio Colectivo de la empresa cedente. En opinión del Tribunal Supremo, “estamos en presencia de un derecho condicionado a la vigencia de la relación laboral con Iberia; y, por consiguiente, no puede ser reconocido, aun cuando exista un pacto de subrogación como el antes contemplado, a quienes han pasado al servicio de otra empresa que (...) no reúne las condiciones determinantes del derecho en cuestión, ya que no posee flota propia de aviones como ocurría con Iberia y está dedicada exclusivamente a prestar servicios de *handling*, es decir en tierra”.

III. Empresario

E) Consentimiento de los trabajadores en supuestos de subrogación contractual

En anteriores ocasiones hemos hecho sucesivas referencias al problema que se plantea cuando la sucesión empresarial se produce en el marco de los acuerdos de liberalización del transporte aéreo. La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 18 de abril de 2006**, I.L. J 1241, trae a colación la reiterada jurisprudencia en la materia para revocar la sucesión empresarial acordada entre las empresas, afirmando:

“el traspaso de trabajadores desde la empresa IBERIA LAE a la segunda operadora del servicio de *handling* en el aeropuerto de Las Palmas, aunque tenía su origen en el marco de la liberalización del transporte aéreo (Directiva Comunitaria 96/67 CEE) y como consecuencia de la apertura a la competencia de un segundo concesionario o segundo operador de actividades u operaciones que Iberia, SA desarrollaba antes en régimen de monopolio, los títulos en cuya virtud se han producido las cesiones y subrogaciones controvertidas han sido sendos acuerdos contractuales de Iberia, SA, con los segundos operadores code-mandados, con la aceptación posterior de los sindicatos más representativos en la empresa cedente. Pero no produjeron la transmisión de efectos patrimoniales ni de la organización ni de una unidad productiva autónoma como requería el artículo 44 ET para poder hablar de una sucesión legal, ni tampoco se produjo dentro del esquema normativo de un convenio colectivo que previera aquella subrogación. Se produjo, pues, una subrogación sobre el Acuerdo privado que no vinculaba al trabajador afectado salvo que hubiera prestado su consentimiento a dicha subrogación como requiere el artículo 1205 CC”.

Por el contrario, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de junio de 2006**, I.L. J 1479, sostiene la aplicabilidad del artículo 44 ET en dichos supuestos, aunque acata la tesis sostenida por la jurisprudencia, a favor de la nulidad de las subrogaciones producidas sin consentimiento de los trabajadores afectados:

“En la realidad que subyace en la presente litis que no es otra que la concesión de la explotación del servicio de *handling*, (que se caracteriza porque lo esencial en el mismo es la mano de obra), por una nueva empresa que asume la totalidad de la plantilla que realiza la parte de actividad que se transfiere, y cuyo objeto es precisamente la explotación del *handling*, configurándose éste como una actividad autónoma susceptible de constituir el objeto de una empresa.

Por tanto, en el supuesto objeto de recurso se ha producido la transmisión de una unidad productiva autónoma, o de parte de un centro de actividad, en virtud no de un acuerdo de partes, sino de una concesión administrativa, con la obligación de asumir junto con la actividad la totalidad del personal que realizaba la misma.

Ello, a juicio de la Sala, constituye una sucesión empresarial que encuentra su cobertura en el artículo 44 del ET, tal y como lo ha interpretado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pues dicho precepto regula la materia de la transmisión de empresas y ha de estar acomodado a las Directivas.

Estima, pues, la Sala que la subrogación de Eurohandling en la actividad de Iberia en el *handling*, en virtud de la concesión y con apoyo en el pliego de condiciones, constituye

una transmisión de empresas amparada por el artículo 44 ET, lo que obliga a desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia, sin que quepa hablar de nulidad de la subrogación al no requerir el artículo 44 ET consentimiento de los trabajadores.

El Tribunal Supremo, que venía revocando estas Sentencias de forma más o menos mecánica, reproduciendo las Sentencias propias con el nuevo criterio jurisprudencial, da explícita respuesta a los argumentos que esta Sala exponía en sus sentencias en la Sentencia de fecha 20 de octubre de 2004.

Aunque la Sala no comparte íntegramente los criterios que en dicha sentencia se sostienen, entiende que la misma da respuesta a su sentencia, y, por tanto, estima que debe acatarla, por lo que acuerda cambiar su criterio y aceptar que en la subrogación de Iberia a Eurohandling es necesario el consentimiento del trabajador para que la misma tenga lugar”, STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de junio de 2006, I.L. J 1479.

El consentimiento de los trabajadores es también exigido por la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de mayo de 2006**, I.L. J 1548, en un supuesto en el que un Ayuntamiento decide externalizar el servicio de limpieza de edificio y locales. En palabras de la Sentencia, el artículo 44 ET no resulta aplicable, fundamentalmente porque según queda acreditado, “el Pliego de Condiciones impuesto al nuevo adjudicatario no obliga a los trabajadores que estaban al servicio del Ayuntamiento, porque éste continúa desarrollando la misma actividad –continúa con una limpiadora– porque el tratar de imponer el paso de una empresa a otra supone una novación de contrato por cambio de empleador y tal cambio no puede hacerse sin el consentimiento de los trabajadores, en cuanto deudores de las obligaciones legales que incumban al empresario, por mor de lo establecido en el artículo 1205 del Código Civil”.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Contratación: período de prueba 3. Contratación temporal. A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Interinidad. d) Contrato de fomento del empleo. B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en contratos indefinidos. c) Extinción. **4. Los contratos formativos. 5. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos. 6. Contratación en la Administración Pública.** A) Contratos laborales y contratos administrativos. B) Irregularidades en la contratación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La crónica que sigue recoge una síntesis de los pronunciamientos judiciales en materia de contratación recogidos en los números 9 a 12 de la *Revista Información laboral-Jurisprudencia*. El pronunciamiento más interesante es la **STJCE de 4 de julio de 2006**, I.L. J 1135, que examina algunos conceptos del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada y puede desplegar importancia respecto de tendencias actualmente consolidadas en nuestra jurisprudencia.

2. CONTRATACIÓN: PERÍODO DE PRUEBA

En este terreno, tiene cierto interés la **STSJ del País Vasco de 4 de abril de 2006**, I.L. J 1230, que se ocupa de descartar que el hecho de haber prestado servicios con anterioridad para el mismo empresario no implica necesariamente la nulidad de un posterior período de prueba, y ello aun cuando se pactase la misma categoría. Ello se funda en que en el caso en concreto, las funciones eran distintas y que la contratación anterior tuvo una escasa duración (en concreto, 3 días), lo que impedía un verdadero conocimiento por parte del empresario de la valía del trabajador.

Por otra parte, la STSJ de Madrid de 16 de mayo de 2006, I.L. J 1613, declara la legalidad del cese durante el período de prueba del trabajador, sin que a ello obste el hecho de que el mismo hubiera superado un proceso selectivo y estuviera incluido en una lista de espera.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

Los pronunciamientos judiciales recaídos en el período analizado se mueven dentro de líneas ya consolidadas. Buena muestra de ello son las STS de 6 de octubre de 2006, (recurso 4243/2005) y STSJ de Canarias (Las Palmas) de 9 de junio de 2006, I.L. J 1473, que siguen admitiendo que la necesidad de afrontar una determinada contrata es causa justificativa del uso de este contrato temporal. Ahora bien, en estos casos, el cese del contrato de obra debe vincularse a la finalización de la contrata, no antes (STSJ del País Vasco de 7 de marzo de 2006, I.L. J 1361). Por otra parte, el hecho de que la empleadora obtenga una segunda contrata o concesión no impide la extinción del contrato de obra vinculado a la primera contrata (STSJ de Murcia de 10 de abril de 2006, I.L. J 1602).

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Poco hay que decir respecto al contrato eventual. Tan sólo cabe señalar la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de febrero de 2006, I.L. J 765, que reitera la conocida doctrina respecto a la necesidad de concretar la causa sin que sea suficiente la mera reproducción de la norma legal que la define.

c) Interinidad

Continúa resolviéndose la cuestión relacionada con la determinación del régimen jurídico de la interinidad por vacante en la empresa pública Correos y Telégrafos. Como se recordará, ésta deriva de la transformación de su naturaleza jurídica tras la Ley 14/2000 por su conversión en una sociedad anónima de titularidad pública. Habiendo perdido su condición de Administración Pública a raíz de esta Ley, se trata de saber si la interinidad por vacante queda sujeta al plazo máximo de tres meses, recogido en el segundo párrafo del artículo 4.2 RD 2720/1998 o si, por el contrario, y de acuerdo con lo prevenido en el último párrafo del indicado precepto, habrá que estar a lo que dure el proceso selectivo correspondiente conforme a lo previsto en la normativa específica. Aunque el Tribunal Supremo ya había unificado doctrina respecto a trabajadores interinos contratados con anterioridad a la transformación de la entidad (vid. STS de 11 de abril de 2006, I.L. J 599), las SSTS de 19 de abril de 2006, I.L. J 1165, 24 de mayo de 2006, I.L. J 1422, 6 de junio de 2006, I.L. J 1168, 12 de julio de 2006, I.L. J 1318, de 21 de julio de 2006,

IV. Modalidades de Contratación

I.L. J 1470 y 15 de septiembre de 2006, I.L. J 1438, tienen interés porque se ocupan del régimen aplicable a trabajadores interinos contratados con posterioridad a la conversión de entidad de derecho público en sociedad integrada en el sector público. El Tribunal concluye que debe excluirse como regla general el plazo temporal de tres meses fijado para la duración de las relaciones de interinidad por vacante. De este modo, no puede pretenderse la fijeza de la relación por el transcurso de este plazo (STS de 26 de octubre de 2006, recurso 2561/2005). En la misma línea, en doctrina de suplicación puede verse la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de mayo de 2006, I.L. J 1385, si bien también hay pronunciamientos en contra (STSJ de Navarra de 27 de junio de 2006, I.L. J 1250; STSJ de La Rioja de 20 de abril de 2006, I.L. J 1394).

En relación con la interinidad por vacante y a los problemas que ésta plantea en el sector público, cabe mencionar la STS de 26 de julio de 2006, I.L. J 1469, que analiza un supuesto de extinción del contrato por una recolocación provisional prevista en el convenio de aplicación, para el personal cuyo puesto se suprima y en tanto no obtenga una plaza en concurso puede ocupar otra provisionalmente de su misma categoría en la propia localidad. El Tribunal entiende que ello no constituye un despido, sino una extinción del contrato por las causas consignadas válidamente en el contrato, ya que el interés de la trabajadora interina debe ceder ante el derecho preferente de la trabajadora fija cuyo puesto fue suprimido. También la STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de mayo de 2006, I.L. J 1560, examina un supuesto de cese del interino por cobertura reglamentaria de la plaza que no constituye despido. Finalmente, es conocida también la doctrina de que la amortización de la plaza encuentra amparo en el artículo 49.1.b) ET para fundamentar la extinción de un contrato de interinidad por vacante (STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de mayo de 2006, I.L. J 1562).

d) Contrato de fomento de empleo

En relación con este contrato, se ha admitido la utilización de este contrato en el caso de minusválidos que trabajen en centros especiales de empleo (STS de 14 de julio de 2006, I.L. J 1429).

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Como viene siendo habitual, es tema reiteradamente planteado el de la percepción de las ventajas relacionadas con la antigüedad por los trabajadores temporales. Y como también lo viene siendo, la respuesta se mueve en la línea afirmativa, en atención a las exigencias del principio de igualdad [STS de 25 de julio de 2006, I.L. J 1326; STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de mayo de 2006, I.L. J 1267; STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 8 de mayo de 2006, I.L. J 1273)]. Esta regla juega sólo, sin embargo, dentro del ordenamiento laboral: no alcanza al personal estatutario que, de acuerdo con su regulación específica, sólo los percibe desde el nombramiento en propiedad, aunque sean computables los períodos de tiempo servidos como personal temporal (STS de 11 de julio de 2006, I.L.

J 1428; de 21 de julio de 2006, I.L. J 1295; de 25 de julio de 2006, I.L. J 1435 y de 24 de julio de 2006, I.L. J 1325). Sin embargo, cuando el personal laboral, pese a no tener la condición de personal estatutario, se rige por el régimen estatutario, sí que opera la regla de igualdad entre trabajadores fijos y temporales a efectos de reconocer la antigüedad (SSTS de 13 de julio de 2006, I.L. J 1301 y de 25 de julio de 2006, I.L. J 1192). Si bien, lo que no cabe es la percepción de un complemento de antigüedad por los dos sistemas, el laboral y el estatutario (SSTS de 15 de septiembre de 2006, I.L. J 1464, de 18 de septiembre de 2006, I.L. J 1498 y de 29 de septiembre de 2006, I.L. J 1515).

En relación con un plus de permanencia, cuyo abono se hace depender en el convenio de aplicación además de la antigüedad, de la fijación de unos criterios de valoración, el Tribunal Supremo ha admitido el derecho a su percepción por los trabajadores temporales por la tardanza en el desarrollo de los criterios de valoración (STS de 27 de septiembre de 2006, I.L. J 1493).

b) Conversión en contratos indefinidos

En el ámbito comunitario, existen algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que examinan reglas nacionales que exceptúan de la transformación en indefinidos de contratos temporales sucesivos en el sector público. El Tribunal admite que en este punto los Estados pueden gozar de un cierto margen de discrecionalidad y exceptuar esta regla en el sector público (SSTJCE de 7 de septiembre de 2006, I.L. J 1343 y 1344). Sin embargo, en la STJCE de 4 de julio de 2006, I.L. J 1135, se examinan algunos conceptos interesantes del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. Concretamente, entre otras cuestiones, se analiza en primer lugar, el concepto de “razones objetivas” que justifican la renovación sucesiva de contratos temporales, entendiéndose que no sería conforme al derecho comunitario una disposición nacional que sin ningún tipo de precisión justificara la contratación sucesiva sin relacionarlo con elementos concretos como el tipo de actividad. En segundo lugar, tiene enorme proyección la doctrina de que se opone a una normativa comunitaria una disposición nacional que califica únicamente como sucesivos a los contratos temporales no separados por un intervalo superior a los 20 días a los efectos de considerar ciertos contratos de trabajo como indefinidos.

c) Extinción

En punto a los pronunciamientos relacionados con la extinción de los contratos temporales cabe destacar las SSTS de 4 de julio de 2006, I.L. J 1446 y de 17 de octubre de 2006 (recurso 2426/2005), que en el cálculo de la indemnización por despido debe computar todo el tiempo en que, sin solución de continuidad, un trabajador prestó servicios en una empresa, incluyendo también el de los sucesivos contratos de puesta a disposición, por cuanto no resulta válido utilizar distintos contratos eventuales durante dos años.

En segundo lugar, la STS de 9 de octubre de 2006 (recurso 1803/2005), en la que se establece que no cabe descontar del importe de la indemnización por despido improceden-

IV. Modalidades de Contratación

te en un supuesto de encadenamiento de contratos de obra, lo percibido por el trabajador en concepto de indemnización por fin de obra. Finalmente, se reitera la doctrina general de que la indemnización de despido debe calcularse sin tomar en cuenta la antigüedad inicial cuando existen rupturas en la cadena de contratos temporales superiores a 20 días (STS de 14 de julio de 2006, I.L. J 1319). Si bien, en doctrina judicial de suplicación cuando se estima que hay fraude de ley en la cadena de contratos, una interrupción de 26 días hábiles puede no considerarse una interrupción significativa a los efectos de romper la unidad contractual (STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de marzo de 2006, I.L. J 1375).

4. LOS CONTRATOS FORMATIVOS

La STS de 18 de julio de 2006, I.L. J 1188, examina una cláusula convencional del convenio colectivo nacional de grandes almacenes que exigía a los contratados en prácticas aprobar un examen para acceder a un complemento de un determinado nivel, requisito que no se requería para los contratados en formación. El Tribunal estima que no existe una diferencia de trato injustificada por cuanto este requisito para el ascenso podría derivar, entre otros factores, del hecho de que los contratados para la formación ya habían recibido una formación en la propia empresa.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de abril de 2006, I.L. J 1552, determina la nulidad de un contrato para la formación en el que las tareas de la trabajadora consistieron básicamente en la venta de palomitas, refrescos y golosinas, entendiéndose que este tipo de trabajo no se adecua a la finalidad formativa propia de este contrato.

5. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

Sobre la contratación a tiempo parcial, debe reseñarse primero la STSJ del País Vasco de 4 de abril de 2006, I.L. J 1402, que analiza un pacto contractual que se remite en este punto a un convenio distinto del de aplicación, en el que se contiene la obligación de convertir los contratos de 15 horas a 20 horas semanales. La aplicación de este pacto obliga a calcular la indemnización de despido conforme a la jornada de 20 horas que debió realizar. En segundo término, la STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de mayo de 2006, I.L. J 1564, establece la nulidad de imponer una conversión de un contrato a un contrato a tiempo parcial, al no constar el consentimiento del trabajador. En tercer lugar, la STSJ de Extremadura de 9 de junio de 2006, I.L. J 1625, establece que la reducción de la jornada ordinaria pactada en un convenio colectivo no puede proyectarse sobre los contratos a tiempo parcial cuando éstos no se han fijado sobre un porcentaje de la jornada ordinaria.

En relación con los trabajadores fijos discontinuos, debe destacarse por su interés la STSJ de Cantabria de 26 de abril de 2006, I.L. J 1531, que en un caso de trabajador fijo periódico determina que el *dies a quo* es aquél en que los trabajadores tuvieron cabal conocimiento de su no llamamiento, con independencia de la reanudación de actividades por

la empresa. Esta sentencia también fija que los salarios de tramitación deben computarse desde el día en que el trabajador debía ser llamado.

El resto de pronunciamientos respecto a esta modalidad contractual se ocupan de supuestos específicos. En relación con la falta de llamamiento, en primer lugar, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2006**, I.L. J 1557, determina que no puede entenderse existente el despido por esta causa cuando la actividad que conforma el contrato no ha dado comienzo, con independencia de que en una conversación oral se le indicara supuestamente a la trabajadora que no continuaría prestando servicios. En segundo lugar, la **STSJ de La Rioja de 5 de mayo de 2006**, I.L. J 1247, enjuicia un caso de llamamiento que no llega a conocimiento del trabajador por causa no imputable al empresario, al haberse realizado en el domicilio que constaba en el contrato y no haberse comunicado a éste el cambio de domicilio. El Tribunal entiende que no se produce un despido improcedente.

La **STSJ de Cantabria de 24 de abril de 2006**, I.L. J 1526, también enjuicia un supuesto particular determinando que el contrato del trabajador era fijo discontinuo pues existía reiteración en la contratación por parte de la empleadora —una fundación dedicada a la orientación, capacitación y formación de trabajadores— y una necesidad permanente en el tiempo, pues únicamente era variable el número de cursos ofertados cada año.

Por su parte, las **SSTS de 26 de septiembre de 2006**, I.L. J 1516 y de **9 de octubre de 2006**, I.L. J 1501, establecen que el convenio aplicable al personal fijo discontinuo que realiza actividades agropecuarias dirigidas a tareas de investigación científica debe regirse por el convenio de la Junta de Andalucía y no por el del campo.

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

En punto a la competencia del orden social para conocer de la impugnación de una convocatoria para la contratación laboral indefinida de una empresa pública, la **STS de 25 de julio de 2006**, I.L. J 1306, establece que si bien la impugnación de este tipo de convocatorias es competencia del orden contencioso-administrativo cuando se producen en el ámbito de una Administración Pública, no ocurre lo mismo cuando se trata de empresas públicas.

B) Irregularidades en la contratación

En los apartados anteriores se encuentran algunas referencias a la contratación temporal en las Administraciones Públicas. Además de ellas, interesa ahora fijarse en algunas sentencias que contribuyen a perfilar la figura del trabajador indefinido pero no fijo de plantilla creada por el propio TS. La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 17 de**

IV. Modalidades de Contratación

abril de 2006, I.L. J 1371, establece la inaplicabilidad de la excedencia voluntaria a este particular tipo de trabajadores:

“De aplicarse esta institución a los trabajadores indefinidos, se rompería la vinculación entre el trabajador indefinido y la concreta plaza que ocupa, pues el reingreso no tendría por qué producirse en la misma plaza que ocupaba antes, sino en cualquier otra vacante de la empresa de igual o similar categoría, lo que supondría mutar la naturaleza del vínculo del trabajador, caracterizado nítidamente por la vinculación del mismo a una concreta plaza.”

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) Prescripción de una reclamación salarial. Necesidad de alegarla incluso en el escrito de impugnación del recurso. b) Devengo de las gratificaciones extraordinarias. Salvo pacto en contrario, no se devengan pagas extras durante la incapacidad temporal, la maternidad, etc. c) Devengo del salario. El trabajo realizado por encima de lo autorizado y de lo necesario no genera derecho a recibir salario. d) *Stock options*. Ejercicio del derecho de opción por parte de un trabajador despedido de forma improcedente. e) Absorción y compensación de salarios. No resulta de aplicación cuando lo prohíbe el convenio colectivo o el acuerdo individual. B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación.

a) Convenio colectivo. Discriminación. Existencia. La existencia o no del complemento salarial de antigüedad depende de la fecha de entrada en la empresa. Inexistencia de justificación objetiva y razonable. C) Fondo de Garantía Salarial. a) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar frente al FOGASA: incoación de expediente de suspensión de pagos. b) Responsabilidad subsidiaria por salarios de tramitación: procede. Despido producido durante el lapso temporal en que estuvo vigente el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, tramitación de incidente de no readmisión y Auto que declara extinguida la relación laboral dictado tras la entrada en vigor de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

c) Responsabilidad subsidiaria por salarios de tramitación: procede. Declaración de insolvencia posterior a la entrada en vigor de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

d) Responsabilidad subsidiaria. Salarios adeudados: sistema de cálculo. e) Responsabilidad directa. Sistema de cálculo de la indemnización que corresponde abonar al FOGASA.

2. Jornada de trabajo. A) Extraordinaria. a) Cómputo. Distribución irregular de la jornada y criterio de anualización. b) Retribución: Guardias de presencia física. Retribución como hora extraordinaria de las prestadas por encima de las 1826 horas y 27 minutos.

c) Retribución de horas extraordinarias. Imposibilidad de compensación con otros

conceptos salariales. **3. Pacto de permanencia.** A) Requisitos. Especialización profesional. No es probada por la empresa. La cuantía adicional entregada al trabajador a estos efectos es una retribución salarial encubierta. **4. Clasificación profesional.** A) Alcance de la clasificación profesional. Proceso de clasificación profesional: objeto y recurso de suplicación. **5. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.** A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Condición más beneficiosa para cuatro trabajadores. Supresión de la manutención. Necesidad de prueba sobre incidencia en la empresa de la supresión o el gravamen que supone su mantenimiento. B) Conflicto colectivo. Desestimación. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. No se aprecian: La decisión empresarial de cambiar de uno a dos turnos diarios mejora las condiciones laborales de los trabajadores. Decisión razonable y proporcional a las obligaciones mercantiles de la empresa. C) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Conversión del contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial: nulidad. Inexistencia de consentimiento del trabajador y en ausencia de éste, falta de regulación de empleo. D) Extinción contractual (artículo 41 ET). Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Doctrina del TS. E) Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Existencia. Cambio del sistema de remuneración de las pagas extras previsto en el Convenio Colectivo. Caducidad de la acción. Inexistencia. Modificación que no ha seguido los trámites del artículo 41 ET. Proceso ordinario. Acción no sujeta a plazo de caducidad. F) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Estimación. Contrato de trabajo a tiempo parcial. Reducción del número de horas, prevista expresamente en convenio para la jornada a tiempo completo, pero no a parcial. Restitución a la jornada pactada en contrato. **6. Excedencias.** A) Excedencia voluntaria por incompatibilidad: no se aplica a trabajador indefinido no fijo. B) Excedencia forzosa: cargos de confianza.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2006 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 1121 a J 1630).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Prescripción de una reclamación salarial. Necesidad de alegarla incluso en el escrito de impugnación del recurso

En el supuesto enjuiciado por la STSJ de Madrid de 24 de abril de 2006, I.L. J 1578, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se pronuncia sobre los siguientes extremos: el primero, el ámbito de aplicación de un determinado convenio colectivo; el segundo, las particularidades que reviste la prescripción (y que la diferencian de la caducidad), y el tercero, los requisitos necesarios para que pueda apreciarse el recargo por mora. A lo largo de las siguientes líneas, nos centraremos en el análisis de estos dos últimos, por cuanto son los que interesan desde la perspectiva salarial.

El trabajador prestaba servicios como peón de jardinería para el Ayuntamiento de Villanueva de Perales. Considerando que le era de aplicación el convenio colectivo de jardinería de ámbito estatal, presentó demanda en reclamación de cantidad, reivindicando la diferencia existente entre el salario que recibía y el que entendía que le correspondía según las tablas salariales del convenio citado, más el 10% de interés por mora.

La sentencia de instancia desestimó la demanda por entender que el actor no quedaba comprendido en el ámbito de aplicación de ese convenio colectivo. En consecuencia, no llegó a pronunciarse sobre la excepción de prescripción opuesta por la empresa demandada en el acto del juicio.

El actor recurrió en suplicación la sentencia de instancia y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso planteado. Con respecto a la prescripción de la acción, el Tribunal puso de manifiesto su incapacidad para apreciarla de oficio, por cuanto la empresa no había alegado tal excepción en el escrito de impugnación del recurso. En opinión del Tribunal, “la empresa pudo y debió plantear tal cuestión en su escrito de impugnación, y que de no hacerlo impide que esta Sala pueda ahora examinarla, ya que no hay argumento alguno en función del cual apreciar tal excepción y la Sala no puede construir tal argumento de oficio”. Así, absuelta totalmente en la instancia la parte demandada, el planteamiento de un ulterior recurso de suplicación por la parte actora permite que aquella pueda argüir en la impugnación del recurso todos los medios defensivos de los que ya había hecho uso en la instancia, para que los mismos puedan ser tenidos en cuenta al ser resuelto el recurso.

Por otro lado, el interés por mora también debía haber sido reclamado por el trabajador en el propio recurso de suplicación. Sin su petición expresa, la Sala del Tribunal no puede apreciarlo de oficio. A mayor abundamiento, para que se devengue el citado recargo es necesario que la deuda salarial sea exigible, vencida y líquida y que su cuantía sea pacífica y no discutida, siempre y cuando la controversia derive de una oposición empresarial razonablemente fundada y no de la mera negativa a abonar un salario sin base legal suficiente.

En aplicación de lo anteriormente expuesto, entiende el Tribunal que no procede el abono de intereses “no sólo porque no hay motivo de recurso en el que se haya planteado su reclamación, sino porque la deuda reclamada era objeto de razonable controversia”.

b) Devengo de las gratificaciones extraordinarias. Salvo pacto en contrario, no se devengan pagas extras durante la incapacidad temporal, la maternidad, etc.

La STSJ de Madrid de 19 de abril de 2006, I.L. J 1590, analiza el devengo de las gratificaciones extraordinarias y en qué medida afecta a su importe el hecho de que el trabajador se haya encontrado de baja por incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo, etc.

En el caso objeto de este comentario, la empresa venía abonando las pagas extras en su integridad, aun cuando el trabajador hubiera estado de baja durante el período de devengo. No obstante, en mayo de 2005, la empresa comunica por escrito a todo el personal su decisión de abonar las pagas extraordinarias en proporción al tiempo efectivamente trabajado. En consecuencia, no se tendría en cuenta en el devengo de las mismas el período durante el cual el trabajador permaneciera en situación de incapacidad temporal, maternidad, etc.

El delegado de personal de la empresa formuló demanda de conflicto colectivo en base a las siguientes alegaciones: En primer lugar, consideraba que la empresa estaba infringiendo lo previsto en el convenio colectivo de aplicación. Según lo establecido en el artículo 31 del Convenio del Metal, el devengo de las gratificaciones extraordinarias sería prorrateado por los semestres naturales del año y en proporción al tiempo efectivamente trabajado, “computándose por tal el correspondiente a la incapacidad temporal”. En segundo lugar, el delegado de personal entendía que se estaba vulnerando el principio de condición más beneficiosa, habida cuenta que la empresa había venido abonando a los trabajadores las pagas extraordinarias de forma íntegra.

Según lo establecido en el artículo 45 ET, las situaciones de maternidad, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, etc., constituyen supuestos de suspensión del contrato, durante los cuales cesan las obligaciones de trabajar y de retribuir el trabajo. Tales períodos no se consideran ni tiempo efectivo de trabajo, ni tiempo de descanso computable como tal. En consecuencia, no contabilizan en el devengo de las pagas extraordinarias, cuyo importe habrá de aminorarse en proporción al período de tiempo en el que el trabajador haya permanecido en esa situación. A mayor abundamiento, durante tales períodos, el trabajador percibe la correspondiente prestación económica a cargo de la entidad gestora, en la que ya va incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

No obstante lo anterior, cabe que por acuerdo colectivo o individual se establezca otra cosa y es eso, precisamente, lo que ocurre en el caso planteado. El propio convenio colectivo computaba como tiempo efectivamente trabajado el período durante el cual el

V. Dinámica de la Relación Laboral

trabajador se encontrara en situación de incapacidad temporal; guardando silencio, sin embargo, con respecto a otros supuestos similares como la maternidad, la adopción o acogimiento o el riesgo durante el embarazo. En palabras del Tribunal, “habrá que estar así a lo convenido y en sus propios términos, sin poder establecer diferencias en uno y otro supuesto, tanto por lo que se refiere al período de devengo como al cálculo de las mismas, por más que de ello pudiera derivarse efectos no del todo pertinentes, revisables en su caso por los propios negociadores, pero no por los Tribunales, dado que no corresponde a la Jurisdicción valorar la mayor o menor oportunidad o acierto de las normas colectivas, sino solamente verificar su encaje con el marco legal o su extralimitación y no puede estimarse que la norma convencional objeto del presente conflicto infrinja ninguna norma imperativa de derecho necesario”. En consecuencia, se computará como tiempo trabajado, única y exclusivamente, el correspondiente a la incapacidad temporal.

En relación con la segunda alegación, el Tribunal hace constar que el nacimiento de una condición más beneficiosa no depende del mero transcurso del tiempo, sino de la voluntad de atribución a los trabajadores de un derecho, y esta atribución debe provenir de una voluntad reflexiva y no de una voluntad equivocada.

c) Devengo del salario. El trabajo realizado por encima de lo autorizado y de lo necesario no genera derecho a recibir salario

La STSJ de Madrid de 24 de abril de 2006, I.L. J 1598, analiza el derecho al abono de unas horas de trabajo cuya realización ni deviene necesaria, ni ha sido autorizada por la empresa.

Se trata de un profesor de religión que imparte once horas lectivas a la semana, en dos Institutos Públicos de la Comunidad de Madrid. No obstante, el actor –considerando que trabajaba más horas que las que la empresa le reconocía– presentó demanda en reclamación de cantidad, reivindicando la diferencia entre el salario que percibía en función de una jornada a tiempo parcial y el salario que debería percibir por realizar una jornada –en su opinión– a tiempo completo.

Según las instrucciones del propio departamento de Recursos Humanos, era necesario trabajar doce horas lectivas, como mínimo, para entender que se realizaba una jornada a tiempo completo. El trabajador consideraba que su jornada superaba este umbral, en la medida en que prestaba servicios durante catorce horas semanales: doce de docencia directa a los alumnos y dos de jefatura de departamento en cada uno de los Institutos donde prestaba su actividad como profesor.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima la pretensión del trabajador en base a las siguientes consideraciones: El contenido del contrato de trabajo viene definido por el conjunto de cometidos que el trabajador se compromete a realizar en cumplimiento de lo expresamente pactado. Pues bien, es precisamente la ejecución de lo pactado la circunstancia que genera el derecho a recibir el salario. Por ello, habiéndose acreditado que la Comunidad de Madrid sólo había autorizado al actor la realización de once horas lectivas, esta orden empresarial es vinculante. Si el trabajador desempeña unas funciones

que no le han sido atribuidas, no puede computarse como parte de la jornada el tiempo dedicado a las mismas. Por otro lado, no constaba la necesidad de ejecutar tal cometido. Es más, el Tribunal duda de la razonabilidad de su realización “dada la escasa actividad que puede suponer la gestión académica de una asignatura que sólo requiere, sumando dos centros de enseñanza, 11 horas semanales y que, sin embargo, se pretende decir que exige 1 hora de gestión semanal en cada Instituto”.

En definitiva, fue el trabajador “quien, por su libre iniciativa y sin necesidad acreditada, ha asumido tales actividades en orden a acreditar el número de horas lectivas que le permitan alcanzar la jornada completa”, por lo que las horas de jefatura realizadas por el actor no pueden computarse como parte de la jornada.

d) Stock options. Ejercicio del derecho de opción por parte de un trabajador despedido de forma improcedente

Dos sentencias, de igual fecha, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid abordan el derecho a ejercitar la opción por parte de quien ya no se encuentra en la empresa. Concretamente, las **SSTSJ de Madrid 24 de marzo de 2006**, I.L. J 1130 y 1128. Analizaremos ambas sentencias de forma conjunta, en la medida en que enjuician un supuesto francamente similar: la posibilidad de ejercer la opción de compra de acciones, una vez que se ha extinguido el contrato de trabajo como consecuencia de un despido improcedente.

En uno y otro caso, se exigía la permanencia del trabajador en la empresa para poder ejercitar el derecho de opción. Y en uno y otro caso, se le había negado al trabajador ese derecho, con motivo de no estar en plantilla en la fecha prevista en el plan, al haber sido previamente despedido de forma improcedente.

Según la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, esta exigencia de ser trabajador de la empresa ha de ser matizada. La exclusión sólo puede alcanzar a quienes han cesado voluntariamente en sus servicios, pero no a quienes lo han hecho por un motivo a ellos no imputable. Si la empresa niega el derecho a quien ha sido improcedentemente despedido, está dejando sin efecto –por su propia voluntad– la obligación contraída en el momento de suscripción del contrato de opción. Y es obvio que la empresa no puede neutralizar, de forma unilateral, un contrato de opción válidamente suscrito; máxime cuando está prescindiendo improcedentemente de los servicios del trabajador.

La **STSJ de Madrid de 24 de abril de 2006**, I.L. J 1130, estima la pretensión del trabajador y no acoge la excepción de prescripción alegada por la empresa. En opinión de ésta, el trabajador debía haber ejercitado el derecho de opción dentro del año siguiente a la terminación de su relación laboral, ya que –según lo previsto en el artículo 59.1 ET– las acciones derivadas del contrato de trabajo prescribirán al año de su terminación.

El Tribunal, sin embargo, no comparte la tesis de la empresa. La regla del artículo 59.1 ET está prevista para aquellas acciones que no tengan señalado un plazo especial de pres-

V. Dinámica de la Relación Laboral

cripción. Lo que ocurre es que en el propio plan se había establecido un plazo para el ejercicio de la opción. Pues bien, el plazo de prescripción no empieza a computarse sino una vez transcurrido el plazo en que la acción pudo ser ejercitada y, de hecho, dicho plazo no había concluido cuando el actor interpuso la demanda. La excepción de prescripción, en consecuencia, no puede ser acogida, “pues no cabe entender que un derecho pueda extinguirse por prescripción antes de que haya transcurrido el plazo en que pudo ser ejercitado”.

La STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2006, I.L. J 1128, por el contrario, desestima la demanda. En tal caso, el contrato también se había extinguido por despido improcedente, con anterioridad al vencimiento del plazo establecido en el plan para ejercitar el derecho de opción. La diferencia con el supuesto anterior radica en que, en el presente, se había otorgado al trabajador un plazo para su ejercicio en caso de que el contrato se extinguiera por causa a él no imputable. Concretamente, el plan establecía: “si la relación laboral del titular de la opción con la sociedad se extinguiera por un motivo distinto a la extinción por parte de la sociedad o de una filial por justa causa, la opción no podrá ejercerse con posterioridad a los tres meses inmediatamente siguientes a la extinción del contrato o a la expiración de la vigencia de la opción si ésta expirara con anterioridad a la finalización del período de tres meses.”

Pues bien, de los términos del plan se deduce que la empresa –aun cuando despidiera improcedentemente al trabajador– no estaba dejando sin efecto las obligaciones contraídas en el contrato de opción. En consecuencia, como el titular de la opción no ejercitó su derecho en el plazo estipulado en el plan, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso formulado por el trabajador y confirmó la sentencia de instancia.

e) Absorción y compensación de salarios. No resulta de aplicación cuando lo prohíbe el convenio colectivo o el acuerdo individual

En el supuesto enjuiciado en la STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2006, I.L. J 1235, se analizan los requisitos que han de concurrir para que pueda aplicarse la absorción y compensación de salarios.

En aplicación de las tablas salariales del convenio, el trabajador reclama el pago de los pluses de antigüedad y de penosidad y las diferencias correspondientes al salario base y a las pagas extraordinarias. A ello se opone la empresa, alegando que el trabajador percibe, en cómputo global, una retribución superior a la prevista en el convenio colectivo, por cuanto cobra un complemento de empresa, de importe cercano a los 500 euros, durante doce pagas al año.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y condena a la empresa al abono del plus de penosidad, por cuanto el propio convenio colectivo prohíbe la compensación de tal concepto. Por el contrario, el importe correspondiente a la antigüedad y a las diferencias en el salario base y en las pagas extraordinarias quedarían compensadas con el complemento empresa que percibía el trabajador, cuyo importe era muy superior a las partidas reclamadas.

La absorción y compensación de salarios supone un mecanismo con el que evita la acumulación de mejoras originadas en fuentes obligacionales distintas y que se caracteriza por las siguientes notas: En primer lugar, porque no necesita ser alegado por el demandado. En segundo lugar, porque no opera de forma incondicional, sino sujeto a la concurrencia de determinados requisitos:

- Que los conceptos salariales sean homogéneos, “entendiendo este requisito no como exigencia de identidad de los conceptos retributivos en comparación sino como necesidad de que en ésta se excluyan las retribuciones que obedezcan a una especial contraprestación del trabajador (mayor rendimiento, condiciones especiales del trabajo prestado, etc.), respecto a las cuales ha de hacerse únicamente con las retribuciones singularmente destinadas a remunerar esas especiales condiciones de puesto de trabajo o de mayor o mejor actividad”.
- Que su uso no esté prohibido por lo previsto en la norma, en el convenio o en el acuerdo individual.

Pues bien, analizando el complemento de empresa que percibe el trabajador, el Tribunal llega a la conclusión de que el mismo: a) deriva de la común voluntad de empresa y trabajador; b) no obedece a ninguna contraprestación singular, ni retribuye condición específica alguna de su trabajo; c) no consta que se hubiese establecido su carácter no absorbible, y d) el convenio colectivo de aplicación sólo prohíbe la absorción con respecto al plus de penosidad. En consecuencia, una vez analizada esta partida salarial, “se revela plenamente viable para que opere con ella el juego de la compensación y absorción”, con respecto al plus de antigüedad y a las diferencias en salario base y pagas extras.

De hecho, aun cuando el convenio colectivo establece que “se respetarán las situaciones que, con carácter global, excedan del convenio, manteniéndose estrictamente *ad personam*”, el Tribunal entiende que este precepto impone el mantenimiento de las condiciones anteriores a la entrada en vigor del convenio, pero no reconoce el derecho a acumular las mejoras que el convenio establece a aquellas que se disfrutaban con anterioridad a su vigencia.

B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación

a) Convenio colectivo. Discriminación. Existencia. La existencia o no del complemento salarial de antigüedad depende de la fecha de entrada en la empresa. Inexistencia de justificación objetiva y razonable

La STSJ del País Vasco de 25 de abril de 2006, I.L. J 1408, analiza el carácter discriminatorio de la regulación que en materia de complemento salarial de antigüedad contienen los pactos económico-sociales suscritos por la representación unitaria de los trabajadores de la empresa y la empresa para los años 1998 a 2000 y para el período de 1 de octubre

V. Dinámica de la Relación Laboral

de 2001 a 31 de diciembre de 2005, respecto de los trabajadores contratados a partir del 1 de enero de 1998.

El 28 de septiembre de 1998, la Empresa y el Comité de empresa firmaron un acuerdo al que denominaron pacto económico social, en virtud del cual se pactó la desaparición del complemento de antigüedad a partir del 1 de enero de 1998, si bien los trabajadores de la empresa que en esa fecha ya percibieran este complemento continuarían percibiéndolo, con el carácter de condición personal más beneficiosa, y continuarían devengándolo en la misma cuantía y extensión que establezca el convenio para la industria siderometalúrgica de Guipúzcoa, estableciéndose también un denominado plus de vinculación, que se correspondía con el concepto de antigüedad en la empresa de procedencia. El pacto estuvo en vigor desde el 1 de enero de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2000, y durante la vigencia del mismo se contrató con carácter indefinido a un total de 22 trabajadores. En la actualidad de los 110 trabajadores de la empresa, 82 perciben el complemento de antigüedad, si bien bajo la denominación de plus de vinculación, siendo estos trabajadores los que venían prestando sus servicios con anterioridad al 1 de enero de 1998, y los 28 trabajadores restantes, que son los que comenzaron a prestar sus servicios para la empresa con posterioridad al 1 de enero de 1998, no perciben el complemento de antigüedad.

A mediados del año 2004 se denunció ante la Inspección de Trabajo de Guipúzcoa la existencia de una posible desigualdad de trato entre los trabajadores de la empresa y el 2 de junio del 2004 se giró visita de inspección a las instalaciones de la empresa y tras realizar las averiguaciones correspondientes la Inspección de Trabajo levantó acta de infracción en la que propuso la imposición a la empresa de una sanción de 6100 euros. La empresa recurrió el acta de infracción.

La Sentencia de instancia declaró que la conducta de la empresa, al establecer el abono del complemento de antigüedad, si bien denominándolo de otra forma, sólo para una parte de la plantilla constituye una vulneración del principio de no discriminación establecido en los artículos 17 ET y 14 de la CE.

En sede de recurso de suplicación tal pacto se estimó discriminatorio al no existir una causa objetiva y razonable para la diferencia de trato en materia de promoción económica consagrada por los mencionados pactos entre los trabajadores que ingresaron en la empresa antes del 1 de enero de 1998 y los que lo hicieron con posterioridad a esa fecha. En efecto, la disparidad de trato no se justifica por el mantenimiento de los derechos adquiridos o de las expectativas de derechos del colectivo favorecido, en la medida en que no se orienta al respeto de esos derechos, sino a la aplicación indefinida a los trabajadores más antiguos del régimen jurídico del complemento de antigüedad previsto en un convenio colectivo provincial, que no establece distinción alguna al respecto, y, a la exclusión, también *sine die*, del personal de nuevo ingreso. La adopción de medidas en materia de fomento del empleo estable tampoco legitima el tratamiento desigual como resulta de una doble consideración. Y tampoco se acredita la existencia de un nexo de causalidad adecuado entre la creación de empleo estable durante la vigencia del primer acuerdo y el sacrificio impuesto con carácter permanente y de manera exclusiva a quienes, en la fecha en que se suscribió, o bien se encontraban en una situación de especial debilidad

por la temporalidad de su relación y por ser minoría en la empresa, o bien no estaban en condiciones de hacer valer sus derechos al no haber ingresado en la misma, y en que no se estableciese medida compensatoria alguna a favor de los mismos. El segundo acuerdo no incluyó ninguna contrapartida en materia de empleo y la alegada por la recurrente, además de no haberse acreditado, tampoco justificaría el sacrificio de los trabajadores ingresados a partir del 1 de enero de 1998.

C) Fondo de Garantía Salarial

a) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar frente al FOGASA: incoación de expediente de suspensión de pagos

En STS de 21 de julio de 2006, I.L. J 1322, se reitera la doctrina de casación recogida en SSTs de 11 de julio de 2001 y de 3 de abril de 2003, en donde señaló el TS que “el hecho de que la suspensión de pagos sea un procedimiento preliminar no le priva de su naturaleza concursal (...) lo mismo que la quiebra es un procedimiento que surge en los supuestos de crisis económica del empresario, que tenía por finalidad un convenio con los acreedores evitando la quiebra, por tanto es uno de los supuestos contemplados (...), a efectos de interrumpir la prescripción de la acción del acreedor”.

b) Responsabilidad subsidiaria por salarios de tramitación: procede. Despido producido durante el lapso temporal en que estuvo vigente el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, tramitación de incidente de no readmisión y Auto que declara extinguida la relación laboral dictado tras la entrada en vigor de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre

En STS de 5 de mayo de 2006, I.L. J 1277, se cuestiona la responsabilidad del FOGASA por los salarios de tramitación devengados como consecuencia de un despido producido durante el período de tiempo en que estuvo en vigor el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, teniendo en cuenta que en el caso la sentencia declaró el despido improcedente, la empresa no ejerció su derecho de opción, y por ello se procedió a la tramitación del incidente de no readmisión, conforme indican los artículos 276 y siguientes de la LPL.

El TS indica que el momento clave a los efectos de determinar la normativa aplicable al caso es el momento en que se produjo la extinción del contrato de trabajo, según lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, momento que en el supuesto analizado se identifica con la fecha en que se dicta el Auto que pone fin al incidente de no readmisión, conforme indica el artículo 279.2.a) LPL, que impone que tal Auto “declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución”.

En consecuencia, y dado que en la fecha en que se dicta el Auto ya estaba plenamente vigente la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, hay que tener en cuenta en estos casos lo

V. Dinámica de la Relación Laboral

dispuesto en el artículo 33.1 ET, en la redacción del mismo establecida por esta última ley, y conforme a la cual el FOGASA volvió a responder de los salarios de tramitación devengados, con los límites y en los términos indicados en el precepto.

La STS de 26 de julio de 2006, I.L. J 1302, se pronuncia en idéntico sentido, al resolver un supuesto en que la empresa ejercitó la opción a favor de la readmisión, aunque después no la llevó a cabo realmente.

c) Responsabilidad subsidiaria por salarios de tramitación: procede. Declaración de insolvencia posterior a la entrada en vigor de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre

En STS del País Vasco de 11 de abril de 2006, I.L. J 1399, se cuestiona si el FOGASA debe responder por los salarios de tramitación por efectos de la fecha del despido o por efectos de la fecha de la declaración de insolvencia.

El TSJ del País Vasco indica que esta cuestión ya ha sido analizada por la Sala en varias ocasiones en el sentido de tener como fecha de referencia la del auto de insolvencia, con cita de la STS de 21 de marzo de 1988, en interés de la ley. Se señala que “la legislación aplicable para establecer la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial viene determinada por la fecha en que se declara la insolvencia del empresario (...) Esta doctrina parte de la afirmación de que, dado el carácter de la acción de dicho Organismo, la mencionada declaración se constituye en elemento decisivo para el nacimiento de la obligación a cargo del mismo; obligación que no deriva directamente del despido (...) sino que tiene su hecho causante en la indicada declaración que, en cuanto refleja la insuficiencia económica de la empresa, constata la producción de la contingencia protegida por el Fondo (...)”

La solución implica, también en este caso, que la legislación reguladora de la responsabilidad del FOGASA por los salarios de tramitación no sea la del artículo 33.1 ET en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 5/2002, sino la introducida por la Ley 45/2002, bajo cuya vigencia se declaró la insolvencia provisional de la empresa.

d) Responsabilidad subsidiaria. Salarios adeudados: sistema de cálculo

En STSJ de Murcia de 9 de mayo de 2006, I.L. J 1245, se cuestiona el sistema de cálculo para obtener el número de días de salario adeudados por la empresa y el criterio de dividir el importe total adeudado por el salario real del trabajador, una vez deducidos los conceptos extrasalariales.

El TSJ de Murcia reitera el criterio mantenido en su anterior Sentencia núm. 1345/2005, de 5 de diciembre, con cita de lo dispuesto en STS de 16 de mayo de 1995 seguida por la de 16 de marzo de 1998, en donde se señaló que:

“De lo expuesto infiere el TS la existencia de tres límites: ‘1) un tope máximo absoluto para la prestación de garantía en la medida en que no podrá exceder en ningún caso del

importe de 120 días del valor del duplo del salario mínimo interprofesional. 2) Un límite consistente en el resultado de multiplicar el duplo del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendiente de pago, y 3) otro límite determinado en función del importe del salario adeudado por el número de días de salario pendiente de pago; (siendo el primero) aplicable en todos los casos con independencia del vencimiento temporal de los créditos salariales de que se trate, mientras que los restantes, tienen que ponderarse cuando se trata de créditos garantizados que corresponden a retribuciones no periódicas o de periodicidad superior a la mensual, lo que sucede con las pagas extraordinarias que no corresponden a un número de días limitados, sino a la totalidad de los días que integran el año, por lo que la aplicación del límite tendrá que realizarse de forma proporcional ponderando su repercusión en las pagas extraordinarias, de tal manera que el 'crédito objeto de garantía no puede superar el límite temporal de los 120 días', lo que determina que debe éste (...) contener la prorrata de las pagas extraordinarias (...)' . En cuanto al número de días de deuda salarial pendiente (...), dado que aquella está integrada por conceptos no homogéneos en el tiempo (...), la forma adecuada y sencilla de calcularla es dividiendo el total de deuda pendiente de pago por el salario diario del trabajador (...)" .

Téngase en cuenta que la Sentencia se refiere a los límites existentes con anterioridad a modificarse el artículo 33 ET, tras el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, posteriormente la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo.

e) Responsabilidad directa. Sistema de cálculo de la indemnización que corresponde abonar al FOGASA

En STSJ de Extremadura de 6 de abril de 2006, I.L. J 1223, se cuestiona el sistema de cálculo del importe de la indemnización que corresponde abonar al FOGASA en los supuestos del artículo 33.8 ET.

El TSJ de Extremadura señala que como se establece en la STS de 31 de octubre de 1996, "lo que procede (...) no es calcular en primer lugar el sesenta por ciento de tal indemnización legal e imputar el cuarenta por ciento sin limitación alguna al FGS; sino calcular en primer lugar dicho cuarenta por ciento pero con las limitaciones previstas en la Ley, que es de lo que queda liberada la empresa, que debe satisfacer la diferencia resultante de restar la cuantía de dicho limitado porcentaje del total de la indemnización, pues en caso contrario el trabajador no percibiría la totalidad de la indemnización legal a que tiene derecho (...)" .

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Extraordinaria

a) **Cómputo. Distribución irregular de la jornada y criterio de anualización. La anualización de la jornada, contenida en el artículo 34.1 del Estatuto de los Trabajadores, impide contabilizar de forma automática como hora extraordinaria la que exceda de la pactada en cómputo semanal, mensual, trimestral o incluso semestral**

Ésta es la doctrina que contiene la STSJ de Navarra de 29 de mayo de 2006, I.L. J 1415, la cual analiza la reclamación de horas extraordinarias de un encargado de parque que finaliza su jornada laboral en junio del año en curso.

Esta línea jurisprudencial puede verse también en la STSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2002, I.L. J 2340.

b) **Retribución. Guardias de presencia física del personal laboral de hospitales concertados. Tienen la consideración de horas extraordinarias las que excedan de la jornada legal máxima, 1826 horas y 27 minutos**

Muchos han sido los pronunciamientos jurisprudenciales en torno a la retribución de la jornada extraordinaria del personal (estatutario y laboral) que presta servicios para la sanidad pública, contribuyendo de forma notable la jurisprudencia comunitaria en la resolución de las concretas cuestiones planteadas en estos ámbitos.

La STS de 26 de julio de 2006, I.L. J 1216, se pronuncia acerca de la retribución que corresponde al personal laboral que presta servicios en la red de hospitales concertados con la red hospitalaria pública, en el concreto aspecto de las horas de guardia en régimen de presencia física.

Citada Sentencia contiene un cuidado y pormenorizado análisis de los más importantes pronunciamientos existentes en la materia, para resolver la concreta cuestión planteada en el recurso: la retribución que corresponde al personal laboral que presta guardias de presencia física, una vez superada la jornada ordinaria legalmente prevista.

El pronunciamiento jurisprudencial, previo análisis de la jurisprudencia comunitaria sobre la materia, y con especial análisis de la STSJCE de 3 de octubre de 2000 (asunto SIMAP) y de la Directiva Comunitaria 93/104/CE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, concluye lo siguiente:

1º. Que el tiempo de presencia física constituye tiempo de trabajo efectivo a todos los efectos de la Directiva 93/104 (aun cuando durante el mismo se pueda descansar cuando el servicio lo permita).

2°. En consecuencia, si excede del máximo de jornada legal tiene la consideración de hora extraordinaria.

3°. Como hora extraordinaria y en virtud de la jurisprudencia del TS que interpreta el artículo 35 del ET, su retribución no puede ser inferior al valor de la hora ordinaria.

Un matiz importante de esta Sentencia descansa en la no consideración de hora extra respecto de la que excede de la jornada máxima pactada si la misma no excede del máximo legal previsto (40 horas semanales de promedio anual, es decir, 1826 horas y 27 minutos en cómputo anual).

En el concreto caso que se analiza en la Sentencia que comentamos, el dato tiene su trascendencia toda vez que la jornada pactada en el convenio colectivo de hospitales concertados en la red hospitalaria pública establecía una jornada anual de 1732 horas.

De ello se extrae que la diferencia de 94 horas que media entre la jornada legal máxima y la pactada máxima, no tendría la consideración de horas extraordinarias en la más reciente doctrina del TS.

Con esta doctrina el Alto Tribunal se aparta de la anterior doctrina plasmada en la Sentencia de 18 de septiembre de 2000 (recurso 1696/1999), (caso de los vigilantes de seguridad) donde se pronunció a favor de entender como hora extraordinaria la que se prestaba por encima de la máxima pactada, y no de la máxima legal.

Una aplicación de la doctrina que supera esta Sentencia del TS puede verse en la STSJ de Navarra de 29 de mayo de 2006, I.L. J 1415, la cual entiende que se consideran horas extraordinarias las que superen la jornada pactada y no la máxima legal.

c) Retribución de horas extras. Imposibilidad de compensación con otros conceptos salariales

En ocasiones la aceptación de un puesto de trabajo concreto, puede conllevar la aceptación de una jornada extraordinaria que se retribuye de forma estable y fija.

La jurisprudencia y más en concreto la **STS de 24 de julio de 2006**, I.L. J 1483, viene admitiendo la validez de esta fórmula retributiva, siempre que el número de horas extraordinarias se desarrolle dentro de los límites legales marcados por el Estatuto de los Trabajadores.

Ahora bien, citada fórmula de abono como sistema excepcional y subsidiario del legalmente previsto en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, exige prueba fehaciente (lo que generalmente exigirá forma escrita) de los términos concretos del acuerdo.

V. Dinámica de la Relación Laboral

Es por ello que los tribunales, y en concreto la Sentencia del TS arriba referenciada, vienen denegando la compensación de la retribución adeudada por horas extras con lo percibido bajo otros conceptos (bonus gerencial en el caso que nos ocupa) si no queda expresamente acreditado que la percepción de este concepto retribuía un exceso de jornada expresamente admitido por ambas partes.

3. PACTO DE PERMANENCIA

A) Requisitos. Especialización profesional. No es probada por la empresa. La cuantía adicional entregada al trabajador a estos efectos es una retribución salarial encubierta

En la STSJ del País Vasco de 11 de abril de 2006, I.L. J 1229, se analiza la legalidad de la cláusula de permanencia firmada por las partes.

El trabajador prestó sus servicios para la empresa “Greyhound, SL” desde el 2 de junio de 2003 como arquitecto mediante un contrato de trabajo de tiempo indefinido a tiempo completo. Con fecha 2 de junio de 2003 las partes firmaron unas cláusulas adicionales al contrato: 1ª. “Que dada cuenta los servicios de arquitecto que constituyen el objeto del contrato, y por el conocimiento que como consecuencia de los mismos tendrá el trabajador, de datos y materias de imprescindible reserva, el trabajador se compromete a prestar sus servicios en exclusiva reserva para la citada empresa, y en base al citado reconocimiento, faculta a la empleadora a proceder a la extinción unilateral del vínculo contractual, en el supuesto de que el trabajador diera por rescindido el presente acuerdo de prestación de sus servicios en régimen de exclusividad y no concurrencia”. 2ª. “Para los supuestos de cese voluntario por parte del trabajador, dada cuenta la naturaleza personalísima de la relación y los perjuicios evidentes para la empleadora, derivados de la dificultad de la sustitución del técnico en un plazo de tiempo breve, éste se compromete, en virtud de la presente cláusula de compromiso de permanencia en la empresa durante el tiempo de preaviso de tres meses previsto en el artículo 17 de Convenio de Aplicación (Convenio de Industrias de Construcción y Obras Públicas de Guipúzcoa), transmitiendo al técnico que lo sustituya la información y documentación necesaria para el desarrollo y continuación de dicho supuesto. En el caso de que el cese se realice en plazo inferior a los citados tres meses, el trabajador faculta a la empresa para proceder a los descuentos que por falta de preaviso establece el artículo 17 del antes citado Convenio”.

El 17 de agosto de 2004 el trabajador emitió burofax a la empresa comunicando en relación a las cláusulas adicionales que renunciaba según lo establecido en el artículo 4 a percibir la suma complementaria que se encuentra fuera del importe previsto del Convenio colectivo de aplicación de la Construcción. Y el 20 de agosto de 2004 envió un burofax a la empresa solicitando el cese voluntario en la empresa y notificando el preaviso a partir del día de hoy según lo establecido en el artículo 2 del contrato de cláusulas adicionales. Además, reclama el abono de los días trabajados durante el mes de septiembre, la parte proporcional de la paga de Navidad de 2004 y la parte proporcional de Vacaciones de 2004.

La empresa solicita al trabajador el abono de 17.983,66 euros en concepto de gastos y perjuicios por incumplir el contrato.

En primera instancia, se estima la demanda interpuesta por parte del trabajador y se condena a la empresa al abono de la cantidad rechazando la reclamación de la empresa por el carácter abusivo y, por ende, ilícito del pacto de permanencia suscrito con el trabajador.

La Sentencia de suplicación coincide con el criterio de instancia señalando la ausencia de prueba por parte de la empresa de aspectos de enorme relevancia. Así no consta que se le haya otorgado al trabajador formación de ninguna índole, de tal modo que la cuantía anual que se fija en la repetida estipulación adicional para que éste la destine a formación continua mediante cursos diversos encubre en realidad una retribución salarial con la apariencia de un pacto de permanencia. No ha proporcionado la empresa esa formación profesional que lleve a considerar que el trabajador ha incumplido la cláusula en cuestión, obligación que sólo a ella correspondía, quien debía haberle ofrecido los cursos especializados, facilitando esa formación con ulterior reflejo en el bagaje y trayectoria profesional del trabajador. Por todo ello, no cabe considerar válida la cláusula y, por ende, entender que la empresa se ha exonerado de esa obligación, por el hecho de figurar en ella que el dinero que se recibe tiene como finalidad la formación continua del trabajador, cuando de ninguna manera ha controlado la mercantil su destino, ni propiciado que fuera esa formación, considerando que en realidad encubría una retribución anual superior. De hecho, se entregaba al trabajador como “Comp. Especial” una cuantía prácticamente idéntica todos los meses y no sujeta a cotización. En suma, el Tribunal considera que no se trata de una cláusula válida de permanencia que faculte a la empresa para la aplicación del artículo 21.4 del ET, ni ante un enriquecimiento injusto o sin causa del trabajador, que no tiene obligación de indemnizar o resarcir de algún modo a la empresa, ni por la cantidad que reclama de modo principal, ni por la peticionada de modo subsidiario.

4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Alcance de la clasificación profesional. Proceso de clasificación profesional: objeto y recurso de suplicación

La modalidad procesal especial de clasificación profesional no admite recurso de suplicación. Sin embargo, esta materia puede acceder a las Salas de nuestros Tribunales Superiores de Justicia en función del contenido de la pretensión lo que determinará su calificación. Delimitar la pretensión y compararla con el objeto de la modalidad procesal de clasificación profesional es, en consecuencia, determinante a los efectos de elección de la vía procesal a seguir y consiguiente posibilidad de recurso. Así, transitarán a través de esta modalidad procesal de clasificación profesional las reclamaciones relativas al reconocimiento de una determinada categoría profesional o clasificación profesional en general del trabajador, pretensión que parte de la divergencia entre el encuadramiento profesional del trabajador y sus funciones (STS de 30 de diciembre de 1998). La normativa pro-

V. Dinámica de la Relación Laboral

cesal y sustantiva –artículo 39.4 ET–, permite acumular o no la pretensión económica por diferencias salariales a la de clasificación profesional, acción principal frente a la primera que debe considerarse como subordinada (STS de 2 de diciembre de 1999).

Pero, siguiendo la estela marcada por la STS de 2 de diciembre de 2002, I.L. J 2584 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1153/2002) en la tarea de delimitar el objeto del proceso especial de clasificación profesional, las SSTS 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, reafirman el criterio del Alto Tribunal al manifestar que la 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.

Es decir, no se seguirá esta modalidad procesal cuando la resolución judicial no “depende o al menos no depende ‘exclusivamente’ de los cometidos laborales realizados por la actora, sino que ha de tener en cuenta otras consideraciones ‘de derecho’ y no ‘de hecho’”. Consideraciones que se reproducen en las SSTS (4ª) de 27 de enero de 2004 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1903/2003), I.L. J 185, de 9 y 28 de septiembre de 2004 (recursos de casación para la unificación de doctrina 3802/2003 y 3631/2003), I.L. J 1195 y 1488, de 25 de enero de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 5515/2003), I.L. J 53, de 3 de mayo de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1648/2005), I.L. J 719 y de 26 de septiembre de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4642/2005), I.L. J 1491, caso este último de la reclamación planteada por un trabajador de la Confederación Higrográfica del Guadalquivir precisada de la aplicación del Convenio Colectivo Único de la Administración General del Estado.

Señala esta jurisprudencia como vía jurisdiccional adecuada la del proceso ordinario siendo en consecuencia la sentencia de instancia recurrible en suplicación. O, viceversa, reconociendo la acción ejercida como de clasificación profesional y pronunciándose consecuentemente por la inexistencia de acceso al recurso, caso de la STS de 30 de mayo de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2007/2005), I.L. J 917.

En aplicación de idéntica jurisprudencia la STSJ del País Vasco de 25 de abril de 2006 (recurso 2887/2005), I.L. J 1411, estima que una pretensión dirigida a la anotación de circunstancias varias relativas a la prestación de servicios de un técnico informático de la Delegación del Gobierno del País Vasco, circunstancias que han de ser producto de inscripción y registro en el correspondiente expediente personal sin más efectos directos, se corresponde con una acción meramente declarativa susceptible de recurso de suplicación. Acción que entiende el Tribunal carece de plazo concreto en la regulación legal, interpretando que al encontrarse el trabajador en situación de excedencia voluntaria “cualquier devengo de cómputo en plazo de prescripción tendría un *dies a quo* propio de la reincorporación”. Sentencia interesante, amén de lo anterior, porque nos acerca al

verdadero alcance del acto de clasificación profesional “que no se limita sólo a la fijación del contenido de esa prestación que configura la clasificación como mecanismo jurídico, sino que se une al mismo otras circunstancias como son la delimitación de la prestación, el tratamiento retributivo específico, el tiempo de prestación, el período de prueba, la cotización, prestaciones y otros derechos de representación colectiva”.

5. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Condición más beneficiosa para cuatro trabajadores. Supresión de la manutención. Necesidad de prueba sobre incidencia en la empresa de la supresión o el gravamen que supone su mantenimiento

Cuatro trabajadores de la empresa dedicada a hostelería venían disfrutando del derecho a la manutención descontándoseles la suma anual que prevé el Convenio Colectivo, ello fue suprimido por la empresa, lo que fue revocado por sentencia remitiéndola al procedimiento del artículo 41 ET y ello al entender que se trataba de una condición más beneficiosa. La empresa así lo llevó a cabo justificándolo en razones económicas, importante costo económico, y razones de producción, sólo lo utilizan 4 trabajadores.

La STSJ del País Vasco de 4 de abril de 2006, I.L. J 1403, conoce del recurso y señala que:

“Ni consta cómo incide en la marcha de la empresa la eliminación de la manutención de los cuatro trabajadores que la ostentan como condición más beneficiosa, ni se constata que emplee específicamente a una persona en la confección de comidas para éstos, puesto que no se prueba que lo realice distinta empleada que la que se ocupa de realizar los pinchos que se sirven en la cafetería ni se prueba, en fin, una variación de las circunstancias que motivaron la concesión de la mejora de tal entidad que permita a la mercantil desvincularse de lo asumido.

Respecto de este último extremo, la supresión del restaurante no se constituye en motivo capaz de entrañar esa variación de las circunstancias, dado que lo que ha quedado huérfano de prueba es que suponga a la mercantil un gravamen el mantenimiento de la manutención con repercusión en su posición en el mercado, o que entorpezca de alguna manera la eficacia del servicio ofrecido.”

B) Conflicto colectivo. Desestimación. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. No se aprecian: La decisión empresarial de cambiar de uno a dos turnos diarios mejora las condiciones laborales de los trabajadores. Decisión razonable y proporcional a las obligaciones mercantiles de la empresa

Por la empresa se comunicó intención de establecer dos turnos de 12 horas de presencia en la base, en lugar del único de 24 horas disponible mediante buscapersonas, a tal efecto abrió período de negociaciones. Después del período de negociaciones la empresa comunicó su decisión cambiando el turno de 24 horas de localización (15 minutos en

V. Dinámica de la Relación Laboral

jornada diurna y 45 minutos en nocturna, como máximo lapso temporal para la efectiva presencia) por dos turnos de 12 horas de presencia (8 horas de trabajo efectivo y 4 activables con permanencia física) con la finalidad, derivada de las condiciones técnicas de la concesión administrativa, de garantizar un tiempo mínimo de respuestas. La empresa en las bases de Las Palmas, Almería y La Coruña ha sustituido el único turno de 24 horas de disponibilidad por el doble turno de 12 horas (8 de trabajo efectivo y 4 de disponibilidad con presencia en el centro o base) por haber contratado ya otra tripulación al efecto y queda pendiente de aplicación el doble turno en otras bases a expensas de la contratación de la segunda tripulación para duplicar el turno. La empresa y el Sindicato SEPLA habían suscrito en el año 1995 convenio colectivo, abarcando a todos los tripulantes pilotos. Dicho convenio fue denunciado meses después por el SEPLA. Con fecha de 2005 se publicó el I Convenio Colectivo para el Sector del Transporte Aéreo y Trabajos Aéreos con Helicópteros y su mantenimiento y reparación (en cuyo ámbito funcional se incardina la actividad de la empresa demandada) suscrito por la Asociación Española de Compañías Aéreas, CCOO y UGT.

Los trabajadores plantean conflicto colectivo lo que es conocido por la **SAN de 13 de junio de 2006**, I.L. J 1419, la cual destaca respecto a la nulidad por modificación de lo pactado en el Convenio de 1995 que “La naturaleza implícita del citado Convenio Colectivo lo sitúa en principio como Convenio de franja, esto es, para un grupo profesional y no para la generalidad de los trabajadores de la Empresa” y una vez denunciado el mencionado Convenio Colectivo por el SEPLA se plantea la voluntad de este Sindicato (manifestada en diversas resoluciones judiciales precedentes) de negociar tal Convenio, sin embargo se evidencia que la voluntad empresarial era regirse para todo su personal por el Convenio Colectivo del Sector, que suscribieron la Asociación Patronal, CCOO y UGT de quienes consta indubitadamente su capacidad negocial para culminar con toda legitimación un Convenio Colectivo estatutario. Por tanto, encontrándose la empresa incardinada en el ámbito del Convenio del Sector (BOE de 22 de noviembre de 2005) y dado el carácter estatutario de éste ha de concluirse que es el aplicable y que no lo es el publicado en el BOE de 7 de abril de 1995, “que no se encuentra en ultraactividad sino sustituido por el Convenio de Sector y en referencia a él hay que determinar si la decisión empresarial contradice o no lo pactado en Convenio Colectivo”.

La otra cuestión que se plantea la sentencia es si “la limitación del poder de dirección engloba o no la adopción de una medida *in bonus* o lo que es lo mismo si una modificación sustancial más beneficiosa debe seguir los cauces propios como si de una decisión *in peius* se tratara”, pues la situación anterior se centraba en un turno de 24 horas, con 15 minutos de respuesta diurna y 45 minutos de respuesta nocturna como máximo, cubierto por una única tripulación, mientras que la actual se fija en dos turnos de 12 horas (8 imputable a trabajo efectivo y 4 a trabajo de presencia en la base) con tiempo de respuesta inmediato y cubierto por dos tripulaciones. Por tanto, ahora todos los trabajadores gozan de 12 horas libres sin estar en ellas a disposición de la empresa y sus emergencias se asumen de inmediato sin los apresuramientos derivados de la demora de tiempo de respuesta ni la fatiga propia de una disponibilidad continuada en las 24 horas, “al margen de toda consideración subjetiva, objetivamente la decisión empresarial no es más perjudicial u onerosa porque mejora y no empeora las condiciones laborales de los trabajadores”. Así

pues, a la luz de los elementos objetivos, “queda probado que el 26% de la facturación de la empresa depende de su contrata con SASEMAR. Queda probada por las condiciones técnicas de la contrata que Helicsa asume la obligación de respuesta a la emergencia en el menor tiempo posible. Queda, por lógica, deducido que estando de presencia física en la base toda la tripulación el tiempo de respuesta puede ser inmediato (su sujeción a los tiempos de presentación de todos y cada uno de los tripulantes en posición de disponibilidad localizada) y queda asentado que la decisión empresarial libera de disponibilidad al personal de 12 horas –que pasan a ser absolutamente libres para la plantilla– y, finalmente la existencia de dos turnos implica una carga para el empresario (contratación de otra tripulación) que precisamente asume para cumplir con el compromiso de la contrata administrativa y no por alarde de benevolencia contractual laboral”, por ello existe causa, es proporcional, racional y no contraria al Convenio Colectivo del sector.

C) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Conversión del contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial: nulidad. Inexistencia de consentimiento del trabajador y en ausencia de éste, falta de regulación de empleo

La trabajadora venía prestando servicios para el Ayuntamiento como bibliotecaria, en jornada completa. Por el ayuntamiento se notificó a la trabajadora que por condiciones económicas, deficiencias en las instalaciones puestas de manifiesto por la Inspección de Trabajo, y descenso de matrículas y usuarios, a partir del 1 de julio de 2004 el horario de apertura de la biblioteca sería de lunes a viernes de 5 a 9’30 de la tarde y sábados de 10 a 13’30. Por lo que el contrato pasó a ser de tiempo parcial de 20 horas semanales (reducción 43’24%). La *STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de mayo de 2006*, I.L. J 1564, examina en primer lugar la competencia, por lo que es rechazada ya que se trata de una acción derivada del contrato de trabajo (artículo 9.6 LOPJ y artículos 1 y 2 LPL).

Entrando después de diversas excepciones planteadas (litispendencia, cosa juzgada) y rechazadas, en el fondo de la litis, señala la sentencia que “regulándose en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores el contrato de trabajo a tiempo parcial junto al contrato de relevo, en el apartado e) del número 4 de dicho artículo se establece una serie de reglas sobre la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial, imponiéndose en primer término el carácter voluntario de dicha conversión, ya que ésta ‘no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41’, y no sólo eso puesto que ‘el trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) de esta Ley, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción’.

De forma que no es posible la conversión del contrato si no media el consentimiento del trabajador, aunque, como excepción, se permite la utilización de las medidas previstas en los antecitados artículos 51 y 52.c) ET, con lo que cabría la conversión unilateral del contrato a través de un expediente de regulación de empleo o, de forma individual, acordar las

V. Dinámica de la Relación Laboral

medidas contempladas en el apartado c) del artículo 51, que regula el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, lo que conlleva que en ambos casos (expediente de regulación de empleo o despido individual por dichas causas), habría de seguirse necesariamente el procedimiento legalmente establecido al efecto”. En el presente supuesto, no existió consentimiento de la trabajadora a la conversión del contrato ni se ha seguido el procedimiento que, conforme a lo expuesto, permitiría la conversión unilateral del contrato, acudiendo al correspondiente expediente de regulación de empleo o acordando las medidas procedentes conforme a lo establecido en el artículo 52.c) ET.

D) Extinción contractual (artículo 41 ET). Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Doctrina del TS

El trabajador venía prestando servicios 35 horas semanales siendo su jornada, con los descansos legales, de lunes a domingo en franja horaria de 16 horas a 24 horas. Éste recibió la comunicación de la Empresa, por la cual y con base al artículo 41.a) del ET se le modifica su horario, pasando a ser de 9 horas a 14 horas y de 15 horas a 18 horas de lunes a viernes, este día la finalización será a las 17 horas (doc. 13 demandada). Ante ello éste puso en conocimiento de la Empresa su decisión de extinguir su relación laboral y recibir la indemnización de 20 días/año, sin que la Empresa haya contestado a ello.

La STSJ Madrid de 18 de abril de 2006, I.L. J 1574, ante el recurso formulado por la empresa, examina si la variación del horario introducida unilateralmente por la empresa tiene o no la condición de modificación sustancial y reiterando la doctrina jurisprudencial (STS de 10 de octubre de 2005, la cual invoca las anteriores de 11 de noviembre de 1997, 17 de julio de 1986 y 3 de diciembre de 1987), esto es, “por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista *ad exemplum* del artículo 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del *ius variandi* empresarial.”. Por tanto señala la sentencia comentada que “la modificación impuesta al trabajador, consistente en una modificación de su jornada de trabajo que se desarrollaba de lunes a domingo, de 16 a 24 horas (Hecho Probado Cuarto), por una jornada de trabajo de lunes a viernes, de 9 a 14 horas y de 15 a 18 horas, salvo el viernes, que la jornada acaba a las 17 horas (Hecho Probado Cuarto), ha de ser calificada como sustancial, pues se transforma sensiblemente el contenido de la obligación laboral, y objetivamente ello implica una mayor onerosidad en la prestación del trabajador afectado, a quien además, y como consecuencia de tal medida, se le ha suprimido el abono del denominado plus de domingo y plus de nocturnidad”.

E) Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Existencia. Cambio del sistema de remuneración de las pagas extras previsto en el Convenio Colectivo. Caducidad de la acción. Inexistencia. Modificación que no ha seguido los trámites del artículo 41 ET. Proceso ordinario. Acción no sujeta a plazo de caducidad

La empresa se subrogó en la anterior adjudicataria del servicio, subrogándose en las demandantes y a partir de la nómina de enero de 2005 procedió a prorratear las pagas

extras de todo el personal. Asimismo se modificaron las vacaciones en razón a períodos de cierre. La STSJ de Madrid de 26 de abril de 2006, I.L. J 1585, señala respecto a la caducidad, reiterando la doctrina que si no se cumplen por el empleador las exigencias formales del precepto (artículo 41 ET): apertura del período de consultas, acuerdo a favor de la mayoría de los representantes de los trabajadores y notificación a éstos de la medida aprobada con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad, en el caso de las modificaciones colectivas, o notificación de la medida a los trabajadores y sus representantes legales en el plazo citado cuando se trata de modificaciones individuales, “no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida y no el especial del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral, o el de conflicto colectivo si es que se impugna la práctica empresarial por ese cauce, pero en tal caso sin sometimiento a plazo de caducidad”. Por tanto, el plazo de impugnación y el proceso es el de un año y proceso ordinario. Respecto a las pagas extras, partiendo que la norma convencional prevé el pago el 20 de junio y 20 de diciembre, ésta debe ser cumplida a tenor de lo establecido por el artículo 37 de la Constitución que establece la fuerza vinculante de los Convenios en relación con lo dispuesto en el ET. Respecto a las vacaciones, la norma colectiva las fija como mínimo de un período de vacaciones de treinta días naturales al año, “Interpretando tal artículo según el sentido de sus palabras, (...) ‘ese cierre no autoriza a la empresa demandada a fragmentar el período de vacaciones (30 días ininterrumpidos o dos períodos de 15 días) ya establecido en el convenio’.”

F) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Estimación. Contrato de trabajo a tiempo parcial. Reducción del número de horas, prevista expresamente en convenio para la jornada a tiempo completo, pero no a parcial. Restitución a la jornada pactada en contrato

La STSJ de Extremadura de 9 de junio de 2006, I.L. J 1625, examina el supuesto de trabajadoras a tiempo parcial que venían prestando servicios en cuyo contrato figura una jornada de trabajo semanal de 20 horas, quedando reducida a 19,52 horas, las de 24 horas se reduce a 23,50 horas y las de 36 horas semanales a 35,46 horas. El Convenio Colectivo de limpiezas estableció en su artículo 20 una jornada laboral de 37,45 horas semanales frente a las 38 horas fijadas en el anterior Convenio, éste no diferencia entre contratos a tiempo total o parcial. La Sala recoge la doctrina de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco (7 de mayo de 2002 y 28 de septiembre de 2004) donde se destaca que “el centro neurálgico de la cuestión litigiosa radica en determinar cómo incide, en los trabajadores contratados a tiempo parcial la reducción de la jornada anual máxima establecida para el año (...) repercutirá en reducción de jornada siempre que el convenio haya dispuesto que tenga esa incidencia o cuando, sin haberlo establecido así, la jornada pactada de un determinado trabajador esté fijada en función de un determinado porcentaje sobre la jornada anual máxima que en cada momento establezca el convenio, y también cuando las partes, tras el convenio, convengan que esa reducción de jornada incida de esa forma; de no estar ante cualquiera de esos casos, la incidencia consistirá en un posible incremento del salario”. En el presente supuesto de los hechos probados no modificados, al no contener el Convenio ninguna referencia sobre que la jornada parcial se hubiera fijado en un

porcentaje determinado sobre la ordinaria, ni estableciéndose en él que también implicara la de los trabajadores a tiempo parcial que tuvieran concertado un número concreto de horas de trabajo, no puede afectar a la jornada de las demandantes. También desde otra perspectiva “pues el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores considera modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a la jornada de trabajo y, si en el contrato de trabajo se ha pactado una consistente en un determinado porcentaje de la jornada ordinaria, la reducción de la que realiza el trabajador a tiempo parcial en función de la operada en el convenio para el trabajador a tiempo completo, no significa modificación alguna, ni sustancial ni de otra clase, pues el porcentaje sigue siendo el mismo, aunque el resultado final sea un número inferior de horas al aplicarse a una jornada completa también inferior. En cambio, si la jornada a tiempo parcial se ha pactado estableciendo un número determinado de horas, la reducción de horas supone una modificación sustancial porque, sea cual sea la nueva que establece el convenio para la jornada a tiempo completo, se habrá modificado la pactada en el contrato y para acordar esa modificación, como sustancial que es, se exige, según el mencionado precepto, que existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que la justifique, lo cual no se ha alegado en este caso y, menos aún, probado”.

6. EXCEDENCIAS

A) Excedencia voluntaria por incompatibilidad: no se aplica a trabajador indefinido no fijo

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 17 de abril de 2006, I.L. J 1371, analiza la cuestión consistente en determinar si un trabajador que tiene reconocida la condición de indefinido no fijo, tiene derecho a obtener la excedencia voluntaria.

El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que sería incompatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas.

Según la sentencia “La dificultad de aplicar la excedencia voluntaria a los trabajadores indefinidos que no son fijos de plantilla (o a los interinos) radica en que la excedencia voluntaria no da derecho a la conservación del puesto de trabajo sino únicamente, ex artículo 46.5 del ET, un derecho preferente al reingreso en vacantes de la empresa de igual o similar categoría. Ello conlleva que, de aplicarse esta institución a los trabajadores indefinidos, se rompería la vinculación entre el trabajador indefinido y la concreta plaza que ocupa, pues el reingreso no tendría por qué producirse en la misma plaza que ocupaba antes, sino en cualquier otra vacante de la empresa de igual o similar categoría, lo que supondría mutar la naturaleza del vínculo del trabajador, caracterizado nítidamente por la vinculación del mismo a una concreta plaza, cuyas vicisitudes afectan al trabajador indefinido que la ocupa, y obligaría a plantearse cuál sería la naturaleza del vínculo que unía al trabajador con la nueva plaza vacante ocupada tras la excedencia, para la que no ha sido contratado.”

De esta manera este Tribunal concluye que la propia naturaleza del contrato de carácter indefinido impide que se pueda acceder a esa excedencia voluntaria.

B) Excedencia forzosa: cargos de confianza

La STSJ de Madrid de 10 de abril de 2006, I.L. J 1581, analiza un supuesto en el que una trabajadora es nombrada para un puesto como personal eventual de confianza y asesoramiento especial, habiendo solicitado por error la declaración en situación de excedencia voluntaria, habiendo declarado la sentencia recurrida que lo procedente era la declaración en situación de excedencia forzosa por ocupar cargo público.

Según la sentencia la finalidad de esta figura estriba en facilitar la participación de los trabajadores en la vida pública, evitando el riesgo de que, finalizado el mandato conferido si se trata de elección, o producido el cese del cargo político que le nombró personal de confianza eventual si sucedió con motivo de designación, pueda quedar en paro al serle denegada la reincorporación al puesto de trabajo que ocupaba con anterioridad.

Para la citada sentencia, que se trató de nombramiento para cargo público es algo innegable, tal como en supuestos similares tiene declarado la jurisprudencia, de la que, cita la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2000, dictada en función unificadora, a cuyo tenor: "(...) En el presente caso dados los hechos probados debe estimarse el recurso. Si de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal (Sentencia de 7 de marzo de 1990), que cita la de 23 de diciembre de 1987, aunque se trate de supuestos no extrapolables a efectos del artículo 46 del ET, la excedencia forzosa se concederá por la designación o elección para cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo, entendiéndose por cargo público no el permanente burocrático de carrera, sino el político temporal o amovible al que se accede por elección o por designación o nombramiento de la autoridad competente (...)"

Por otra parte, tampoco el hecho de que su primera petición guardara relación con la concesión de una excedencia voluntaria puede entenderse como acto propio de la trabajadora que imposibilitase toda suerte de variación posterior, siempre que concurrieran los requisitos necesarios para causar derecho a otra modalidad de excedencia, en este caso la forzosa, cuyos efectos difieren radicalmente de los de la voluntaria.

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 supuestos determinantes de la improcedencia. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.

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 9 a 12 del año 2006.

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas

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

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

Numerosas resoluciones judiciales al analizar la dimisión del trabajador como causa de extinción de la relación laboral determinan cómo para que pueda considerarse existente la misma es necesaria una actuación clara que demuestre el propósito de dar por terminado el contrato.

Así, las SSTSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de abril de 2006 (recurso 411/2006), I.L. J 1244, de Navarra de 30 de junio de 2006 (recurso 231/2005), I.L. J 1252, de Madrid de 21 de marzo de 2006 (recurso 298/2006), I.L. J 1348, y de Extremadura de 11 de mayo de 2006 (recurso 175/2006), I.L. J 1567, razonan cómo para que pueda considerarse existente la dimisión de un trabajador es necesaria una actuación clara que demuestre el propósito de dar por terminado el contrato, y declaran su inexistencia en el supuesto de abandono del trabajador, consistente en una conducta de omisión de acudir al puesto de trabajo durante varios días consecutivos, por un despido previo.

Justifican el fallo en que:

“la inexistencia más o menos prolongada no es algo que mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión, sino que, y éste sería el resultado unificador de la presente resolución, se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante que el empleado desea terminar el contrato. Es evidente que en el presente supuesto en que las mismas se basan precisamente en la afirmación, aceptada por la sentencia de la instancia, de un despido previo, no pueden ser expresivas de un abandono unilateral del trabajador (...) dado que la situación de suspensión procede de una situación legal de obligado cumplimiento para el trabajador”.

La STSJ de Madrid de 18 de abril de 2006 (recurso 252/2006), I.L. J 1593, versa sobre un supuesto de extinción de contrato de trabajo por voluntad de un trabajador. El mismo alega ser objeto de *mobbing* al ser destinatario de un correo electrónico en lenguaje soez. La Sala deniega la calificación de despido.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La sentencia, en su FJ 2º argumenta:

“El que la empresa demandada tenga una política de personal con los jefes de sección en el que la flexibilidad de horario se vuelve una espada de Damocles contra el trabajador, si bien autoriza a efectuar las protestas oportunas en la medida en que el horario efectivamente realizado excede de los mínimos o máximos legales, ello no puede implicar que exista un incumplimiento grave susceptible de motivar la extinción de la relación laboral por el citado artículo 50 ET. En este supuesto estamos ante una movilidad funcional que no ha conllevado (al menos al momento de ejercitar la acción) un cambio de condiciones de trabajo que altere lo antes obtenido por la vía de la concertación entre las partes, pues no puede hablarse de un traslado forzoso a la necesidad de realizar un curso de formación, aunque sea fuera de su localidad de origen y de trabajo, salvo que se acreditara una evidente mala fe en su ubicación, lo que no consta; tampoco puede estimarse que una conversación fuera de tono e irrespetuosa, como lo fue la realizada, suponga la manifestación de una situación de acoso moral, pues consta su condición de extraordinaria y puntual, lo que no puede incluirse dentro del concepto doctrinal de *mobbing* a que antes se ha hecho mención. Por ello y con independencia de las posibles acciones que pueda conservar el actor en el ejercicio de sus derechos laborales, al igual que el resto de sus compañeros afectados por similar problemática, no puede considerarse que exista una especial situación de discriminación o afectación especial del actor, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de la instancia”.

B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica

En el análisis judicial del despido se observan diversas resoluciones que analizan la naturaleza jurídica de la relación de trabajo, valorando en su caso los distintos requisitos necesarios para la existencia de una relación laboral. Así, las **SSTSJ de Castilla-La Mancha de 25 de mayo de 2006** (recurso 360/2006), I.L. J 1562 y **de Baleares de 12 de mayo de 2006** (recurso 190/2006), I.L. J 1525, resuelven sendos supuestos de desestimación de despidos. El primero de ellos, debido a la amortización de la plaza en la administración pública. El segundo supuesto falla la extinción del contrato por no superar el examen del Médico Interno Residente. Las Salas resumen los requisitos y características que deben estar presentes en esta relación laboral en los siguientes términos:

“Aún cuando se formalizó perfectamente el contrato de trabajo entre las partes se condicionó su efectividad y el desenvolvimiento de todas sus consecuencias a la obtención del permiso de trabajo, sin que conste que la actora se hubiere dirigido a la empresa para darle a conocer, bien su obtención o bien que hubiera formulado la solicitud de la tarjeta de residente comunitario –ya bastante para el trabajo–. Consecuentemente nos encontramos que el contrato no cobró efectividad o vigencia efectiva y que tampoco se manifestó por la empresa su voluntad de no incorporar a la trabajadora (...) Y la conclusión debe ser, en definitiva, la confirmación de la sentencia de instancia, en desestimación de la acción de despido, puesto que se aprecia que no se dio.”

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

Al incumplimiento contractual consistente en la “desobediencia a una orden de la empresa”, como causa de despido disciplinario [artículo 54.2.a) ET], se refiere la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de abril de 2006** (recurso 566/2006), I.L. J 1538. Resuelve sobre el despido de una trabajadora de la Comunidad Autónoma debido a su enfermedad mental. La Sala declara la procedencia del despido disciplinario efectuado, frente a la sentencia de instancia que lo declaró improcedente.

La Sala de lo Social del TSJ de Extremadura, en su FJ 2º, expone que el trabajador está en la obligación de cumplir la orden y después formular la reclamación procedente:

“El trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones, sino que, ante una orden emanada de la empresa, lo primero es cumplirla, salvo que la misma pueda comportar riesgos inminentes para el operario, pudiendo éste, tras ejecutar lo mandado, formular la reclamación que procediera y, por eso, el Tribunal Supremo ha declarado que la desobediencia determina el despido cuando se ofrece como una directa contradicción a una orden del empresario, dada en base al poder directivo que le reconoce el artículo 5.c) ET, pues no constituyendo el cumplimiento de lo obligado riesgo de un perjuicio grave e irreparable para el trabajador, viene obligado a efectuar el trabajo, pudiendo aducir con posterioridad las razones que tuviere, con objeto de que la situación no pueda repetirse caso de que la orden no sea ajustada a derecho o bien para la indemnización de los perjuicios causados.”

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 de la causa de despido económico o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) ET] se plantea en la **STSJ de País Vasco de 21 de febrero de 2006** (recurso 2930/2005), I.L. J 1232. Frente a la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante fundado en causas objetivas, la Sala declara la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por dichas causas, debido a la pérdida de los cuatro clientes que la empresa tenía en la provincia, la disminución importante de la facturación, el descenso del número de trabajadores dados de alta y dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa.

Para ello, la Sala razona:

“Debe entenderse que han quedado constatadas las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a las que alude el artículo 52.c) ET como requisito de aplicación de la figura del despido objetivo (...) De modo que como se ha señalado también con reitera-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

ción, el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva basada en alguna de las causas mencionadas, debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegar a la convicción de que las medidas empresariales adoptadas son, razonablemente interpretadas, necesarias para la consecución de los fines pretendidos por el empresario. Y en el presente supuesto (...) la medida adoptada no puede calificarse de irrazonable o arbitraria pues (...) la decisión de amortizar el único puesto de trabajo que la empresa tenía dedicado a la gestión administrativa en esa provincia se vislumbra como una decisión razonable en cuanto apoyada en las circunstancias descritas (...) Lo expuesto conduce a la estimación del recurso interpuesto por la empresa en el sentido de declarar la procedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante”.

Por el contrario, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de marzo de 2006** (recurso 1737/2006), I.L. J 1381, 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 sus contratos. Para ello fundamenta el fallo, en su FJ 1º, que los empleados no fueron contratados para la actividad de investigación que fue suprimida, ni se dedicaban a ella, sino que realizaban tareas ordinarias que continúan desarrollándose y sin que en esa actividad exista necesidad alguna de amortizar puestos de trabajo.

B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación

La **STSJ de Extremadura de 6 de abril de 2006** (recurso 83/2006), I.L. J 1223, analiza la legitimación del FOGASA para denegar la prestación del 40% de indemnización si constata la inexistencia de despido objetivo del artículo 52.c) ET, al no haber acreditado el empresario la decisión extintiva en los términos previstos legalmente, y por ello estar en presencia de un fraude de ley, en cuyo caso, “las consecuencias económicas no deben recaer sobre el Fondo de Garantía Salarial como responsable directo”.

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

La **STC de 11 de septiembre de 2006** (recurso 5455/2004), I.L. J 1310 y la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 17 de abril de 2006** (recurso 95/2006), I.L. J 1372, desestiman la excepción de caducidad de la acción de despido. La primera de ellas al tratar el principio *pro actione*, determina que para establecer la fecha de efectividad del despido, comenzará a computar el plazo desde la segunda carta de despido recibida por el trabajador, que subsanará la primera y desde cuya fecha es efectivo el despido. Por tanto, la acción ejercitada no ha caducado.

En la segunda de las sentencias citadas se analiza el supuesto de un trabajador que tras disfrutar de su mes de período vacacional y al reincorporarse a su puesto de trabajo, observa que ha sido dado de baja en la Seguridad Social mientras se encontraba de vacaciones; hecho por el que interpone demanda por despido.

A este respecto la Sala desestima la excepción de caducidad de la acción en el cómputo del plazo, alegando para ello:

“que el actor se fue de vacaciones, y una vez cumplido el mes de vacaciones al reincorporarse al trabajo, comprobó que había sido dado de baja en la Seguridad Social, por lo que es a partir de dicha fecha, mejor dicho desde el día siguiente, cuando debe comenzar a computarse el plazo de caducidad establecido legalmente”.

Por el contrario, la **STS de 25 de julio de 2006** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2026/2005), I.L. J 1294, estima la excepción de caducidad en el cómputo del plazo, en el supuesto en el que dos trabajadores deciden interponer demanda por despido.

En el supuesto analizado, la Sala estima la excepción de caducidad fundamentando el fallo en que:

“ya se había superado el plazo de 20 días hábiles que para la caducidad de la acción de despido se establece en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores”.

B) El procedimiento por despido

La **STS de 12 de julio de 2006** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2048/2003), I.L. J 1202, y la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de abril de 2006** (recurso 17/2006), I.L. J 1240, con ocasión de la infracción de las normas esenciales del procedimiento de despido, analizan los requisitos necesarios del mismo.

La Sala argumenta:

“Es preciso recordar que, como constante doctrina emanada del Tribunal Supremo ha establecido, para que pueda tener viabilidad el motivo basado en la infracción de normas esenciales del procedimiento es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: A) Que se haya infringido una norma procesal. B) Que se cite por el recurrente el precepto que establece la norma cuya infracción se denuncia. C) Que el defecto no sea invocado por la parte que lo provoca, pues sólo el perjudicado puede denunciar el defecto. D) Que la infracción de la norma procesal haya producido indefensión. E) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma, pidiendo la subsanación de la falta, con el fin de que no pueda estimarse consentida.”

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de despidos disciplinarios por ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos [artículo 54.1.c) ET]. Las **SSTSJ de Castilla-La Mancha**

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

de 27 de abril de 2006 (recurso 45/2006), I.L. J 1553 y de Madrid de 25 de abril de 2006 (recurso 500/2006), I.L. J 1576 y de 4 de abril de 2006 (recurso 883/2006), I.L. J 1597, confirman la declaración de procedencia de los despidos de sendos trabajadores que profieren ofensas verbales a su empresario en un lugar público. Para las Salas es un hecho probado la conducta llevada a cabo por el trabajador. El motivo alegado en la carta de despido es suficiente, por su gravedad, para motivar el despido.

Para las Salas:

“Entraña no sólo una ofensa dirigida al empresario, al llamarle ‘ladrón’, sino también unos daños en las propiedades de éste, dado que la pintada escribiendo tal expresión fue realizada tanto en el domicilio del empresario como en una de sus tiendas, sin que pueda entenderse que ello encierra un mero ‘deslucimiento’, dada la dificultad y trabajos precisos para borrar tal en las fachadas.”

Asimismo, numerosas resoluciones judiciales, como las SSTSJ de Navarra de 30 de junio de 2006 (recurso 129/2005), I.L. J 1253, de Castilla y León (Valladolid) de 22 de mayo de 2006 (recurso 798/2006), I.L. J 1276, de Madrid de 27 de marzo de 2006 (recurso 6130/2005), I.L. J 1350, y finalmente, de Extremadura de 13 de junio de 2006 (recurso 261/2006), I.L. J 1624, estiman la procedencia de los despidos efectuados a varios trabajadores basados, todos ellos, en la falta de asistencia reiterada e injustificada a su puesto de trabajo, al incurrir en transgresión de la buena fe contractual. En todos los casos las Salas determinan la procedencia de los despidos disciplinarios efectuados:

“considera incumplimientos contractuales susceptibles de ser sancionados con el despido disciplinario, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, c) las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa y d) la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. El actor ha incurrido en tales incumplimientos y los hechos que la sentencia declara probados tienen por sí solos entidad y gravedad suficientes como para ser sancionados con el despido disciplinario”.

La STSJ de Extremadura de 18 de mayo de 2006 (recurso 339/2006), I.L. J 1226, declara la procedencia del despido disciplinario, basado en la desobediencia a una orden de la empresa, de un trabajador que, pese a tener pactado verbalmente con la empresa que debe impartir unas determinadas clases, se negó a llevarlo a cabo.

La Sala expone que:

“El trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones, sino que, ante una orden emanada de la empresa, lo primero es cumplirla, salvo que la misma pueda comportar riesgos inminentes para el operario, pudiendo éste, tras ejecutar lo mandado, formular la reclamación que procediera y, por eso, el Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo, en SS de 8 de julio de 1986 y 25 de junio de 1987, entre otras, que la desobediencia determina el despido cuando se ofrece como una directa contradicción a una orden del empresario, dada en base al poder directivo que le reconoce el artículo 5.c)

ET, pues no constituyendo el cumplimiento de lo obligado riesgo de un perjuicio grave e irreparable para el trabajador, viene obligado a efectuar el trabajo, pudiendo aducir con posterioridad las razones que tuviere, con objeto de que la situación no pueda repetirse caso de que la orden no sea ajustada a derecho o bien para la indemnización de los perjuicios causados.”

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

Un significativo número de resoluciones analiza la improcedencia de los despidos efectuados en supuestos de contratación temporal sucesiva:

– La STSJ de Murcia de 25 de abril de 2006 (recurso 419/2006), I.L. J 1142, falla a favor de la conversión de la relación de trabajo en indefinida, en el caso de varios contratos temporales sucesivos debido a que “un contrato temporal inválido por infracción de los límites establecidos en su regulación propia con carácter necesario, constituye una relación laboral indefinida y no pierde esa condición por novaciones aparentes con nuevos contratos temporales ni se rompe por cortas interrupciones que buscan parecer una nueva”.

– La STSJ de Madrid de 18 de abril de 2006 (recurso 579/2006), I.L. J 1573, ante la existencia de los contratos temporales sucesivos por circunstancias de la producción, celebrados en fraude de ley, analiza, en el supuesto de contrato de puesta a disposición, las responsabilidades de un grupo de empresas. Según la Sala:

“La responsabilidad de las codemandadas, por cuanto la responsabilidad solidaria que se establece en el artículo 16.3 de la Ley 14/1994, cuando el contrato de puesta a disposición, que existió en todos los casos, incumpla lo dispuesto en los artículos 6º y 8º de la propia ley, atinentes a los supuestos en los que cabe su celebración, está limitada a las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, sin que por ello pueda extenderse a responsabilidades de otra naturaleza, como las indemnizatorias derivadas del despido, e incluidos por tal razón los salarios de tramitación, sin que sean de aplicación las previsiones del artículo 43.2 ET para los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, pues no tiene tal consideración la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa cuando ésta se ha llevado a cabo a través de una empresa de trabajo temporal, debidamente autorizada para ello.”

Las SSTSJ de Extremadura de 25 de mayo de 2006 (recurso 191/2006), I.L. J 1621, y de 25 de mayo de 2006 (recurso 207/2006), I.L. J 1622, al declarar la improcedencia del despido de dos trabajadores en situación de incapacidad temporal por estrés debido a la acumulación de tareas, analizan el principio de proporcionalidad en el supuesto de unas ofensas verbales proferidas al empresario en su puesto de trabajo.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Las sentencias razonan que no

“Es competencia de este Tribunal analizar jurídicamente cómo incide ese error en la contratación de la recurrente. Para que un error invalide el consentimiento según el artículo 1266 del Código Civil debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto de contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Cuando se den estos requisitos el contrato será nulo. Es nulo el negocio jurídico cuya ineficacia es intrínseca, es decir, cuya carencia de efectos negociales ocurre sin necesidad de una previa impugnación del negocio (De Castro). En este caso el contrato, según el artículo 1261.1 del Código Civil, no habría contrato cuando faltara el consentimiento de los contratantes. Aplicado todo lo anterior al presente supuesto no se puede apreciar nulidad del contrato porque ambas partes prestaron el consentimiento, sobre un objeto cierto, la prestación de servicios de la recurrente. Por todo lo dicho el error no puede invalidar el consentimiento prestado. Debemos concluir que el contrato es válido. En consecuencia, debemos estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia declarando el despido de la recurrente improcedente.”

En el mismo sentido, la **STSJ de La Rioja de 6 de abril de 2006** (recurso 121/2006), I.L. J 1248, al enjuiciar el supuesto de un trabajador, despedido disciplinariamente por falta de asistencia al trabajo, estando en una situación de baja médica, confirma la sentencia de instancia que desestimaba la improcedencia de despido. Niega la Sala la existencia de un desistimiento del trabajador, a la vez que analiza los requisitos que deben concurrir en una dimisión voluntaria del trabajador:

“La dimisión voluntaria de su puesto de trabajo decae, asimismo, por los propios términos de la doctrina jurisprudencial, que acepta la posibilidad que el propio trabajador manifieste su voluntad de mantener la vigencia del vínculo contractual cuando no puede reincorporarse por continuar en situación de baja médica, tal y como acontece en el supuesto de autos, dado que para que concurra abandono del puesto de trabajo es necesario, cuando no se hace de forma expresa, que derive de forma inequívoca de conductas, acciones u omisiones que rotundamente evidencien la voluntad en tal sentido del aplicado –Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 27 de junio de 1983 y de 3 de junio de 1988–, esto es, y dicho de otro modo, que el consentimiento claro de causar baja voluntaria ha de evidenciarse –SSTS de 29 de junio de 1989 y de 2 de enero de 1990– o ha de constar una conducta que manifieste un deliberado propósito de dar por terminado el contrato –STS de 7 de mayo de 1990– y la actitud de la actora no puede tildarse de concluyente en cuanto a su voluntad de romper el nexo, sino todo lo contrario: lo quiso mantener vigente como demuestra el hecho de su intento de reincorporación.”

Asimismo, la **STSJ del País Vasco de 7 de marzo de 2006** (recurso 3154/2005), I.L. J 1359, declara la improcedencia del despido disciplinario efectuado a un trabajador, al confirmarse que la riña no fue provocada por él sino por otro compañero, por considerarse en tal supuesto “que la sanción de despido excede de la gravedad que exige el convenio colectivo en la previsión transcrita, cuando se refiere a originar riñas o pendencias con los compañeros basta una sola vez cuando se produzcan lesiones”.

En sentido análogo, la STSJ de Madrid de 7 de marzo de 2006 (recurso 261/2006), I.L. J 1123, estima la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, que incide en una irregularidad al comprar un artículo de la empresa, “al no suponer tal actuación deslealtad a la empresa, ni trasgresión de la buena fe contractual, porque su actuación no ha repercutido en absoluto de forma negativa en la empresa, no habiendo, ni se imputa ninguna operación que haya dado lugar a descubiertos, desaparición, ni malversación de productos, etc., sino simplemente una mala disposición del producto empresarial, por lo que no hay por parte del trabajador incumplimiento grave y culpable alguno que pueda justificar el despido”.

De otro lado, las SSTSJ de Madrid de 23 de mayo de 2006 (recurso 1567/2006), I.L. J 1629, de Castilla-La Mancha de 24 de mayo de 2006 (recurso 337/2006), I.L. J 1561, y de Madrid de 4 de abril de 2006 (recurso 631/2006), I.L. J 1594, declaran la improcedencia de los despidos efectuados a tres trabajadores, en un supuesto en el que éstos son declarados en situación de incapacidad temporal, pero desarrollan una actividad laboral durante solamente un día para otro empresario.

Según las Salas:

“Todo evidencia que hubo un primer período, y otro segundo siendo cualquiera de ellos de suficiente duración como para desvirtuar cualquier razonamiento dirigido a justificar, en base a la necesidad de liquidar un pequeño negocio familiar que emplea a un único trabajador, la licitud del transcurso desmesurado de tiempo habido hasta el cese del actor.”

La STS de 16 de junio de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina 5306/2004), I.L. J 1312, ante el supuesto de un trabajador que en situación de incapacidad temporal ingresa en prisión provisional, no comunicándosele al empresario, declara el despido improcedente, por considerar inexistente, en tal supuesto, una trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el cometido de sus trabajos.

Para la Sala:

“Tal conducta no alcanza a tener la gravedad (y entidad) suficientes para entenderla incardinable en el citado artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores.”

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La STSJ de Extremadura de 5 de mayo de 2006 (recurso 150/2006), I.L. J 1227, revoca la sentencia de instancia y desestima la nulidad de un despido, calificándolo de improcedente en un supuesto de sucesivos contratos temporales celebrados en fraude de ley, al

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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, como además y como tiene declarado reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (STC 7/1993, de 18 de enero), 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 de Navarra de 27 de junio de 2006** (recurso 232/2005), I.L. J 1250, 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:

“(…) habiendo sido iniciado expediente de invalidez permanente, el cual había manifestado a sus compañeros de lista y a algún encargado de la empresa que iba a dejar su cargo, 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”.

También, la **STSJ de Cantabria de 24 de abril de 2006** (recurso 245/2006), I.L. J 1526, 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; 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 aquel 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 nulos alcanzados por aquellas 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.”

En el mismo sentido, las **SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de abril de 2006** (recurso 565/2006), I.L. J 1540, de **Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2006** (recurso 274/2006), I.L. J 1557, y de **Madrid de 3 de mayo de 2006** (recurso 420/2006), I.L. J 1628, fallan a favor de la inexistencia de nulidad de los despidos efectuados, al no concurrir el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de discriminación.

Las Salas argumentan:

“(…) habiendo sido iniciado expediente de invalidez permanente, el cual había manifestado a sus compañeros de lista y a algún encargado de la empresa que iba a dejar su cargo, 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”.

Por el contrario, la **STSJ de Navarra de 30 de junio de 2006** (recurso 248/2005), I.L. J 1251, determina la nulidad del despido efectuado a una trabajadora, al estar embarazada, debido a la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo. La empresa no acredita, ni lo intenta, las razones alegadas en la carta de despido

Las Salas fundamentan el fallo en sus Fundamentos Jurídicos:

“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

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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 despidiera 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, arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales’. Es evidente por tanto, que con la reiteración normativa sobre los mismos conceptos, lo que en realidad se protege en este caso no es la igualdad de sexos, sin más, sino la maternidad, poniendo a la mujer a salvo de decisiones empresariales motivadas, directa o indirectamente, por su embarazo, evitando con ello la finalización de su relación laboral en conexión con su estado de gravidez. Por tanto, a la vista de cuanto se ha probado en este caso, no es procedente plantear el problema que se puede suscitar por el desconocimiento por la empresa del embarazo, como de seguido se razonará.”

Asimismo, la **STSJ del País Vasco de 7 de marzo de 2006** (recurso 91/2006), I.L. J 1361, desestima la nulidad del despido efectuado, por causas objetivas, a un trabajador cuando tras superar un período de incapacidad temporal se reincorpora a su puesto de trabajo, pues “la enfermedad no es un supuesto discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, y por consiguiente no puede reputarse como trato discriminatorio, el hecho que se despidiera al amparo de causas objetivas a la trabajadora transcurridos siete días de la reincorporación a su puesto de trabajo tras un corto período de incapacidad temporal”.

Finalmente, la **STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2006** (recurso 426/2006), I.L. J 1630, argumenta la nulidad de una cláusula convencional que regula la edad de jubilación forzosa de los trabajadores de una empresa, al declarar la nulidad del despido efectuado a una trabajadora, por haber superado la edad de jubilación regulada en dicho convenio, por discriminación por razón de la edad.

Al efecto la Sala resuelve que

“el convenio colectivo puede mejorar las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, que es una norma de mínimos, pero no cercenar o rebajar los derechos reconocidos en él, no pudiendo, por tanto, regular ni limitar derecho fundamental alguno. Está vedado a los convenios el establecimiento de una edad de jubilación forzosa de la misma manera que lo está el determinar cuál sea la edad mínima para acceder al mercado de trabajo”.

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) Régimen jurídico de los sindicatos. B) Actividad sindical. C) Contenido de la libertad sindical y proceso especial de tutela. D) Libertad sindical, mayor representatividad y principio de igualdad. E) Secciones y delegados sindicales. F) Asamblea sindical. G) Estatuto jurídico del afiliado. **2. Representación unitaria.** A) Facultades y garantías de los representantes legales de los trabajadores. B) Impugnación de acuerdos. C) Mandato. **3. Conflictos colectivos.** A) Requisitos del procedimiento. B) Legitimación. C) Otras cuestiones procesales suscitadas por la modalidad de conflicto colectivo. **4. Derecho de huelga.** A) Alcance del derecho de huelga. Los actos de acompañamiento. B) Los efectos del ejercicio del derecho a la huelga.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las sentencias sobre libertad sindical, representación en la empresa, conflictos colectivos y huelga que aparecen en los números 9 a 12 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia correspondiente al año 2007.

Se trata de materias relativamente estables doctrinalmente hablando. De modo que tanto la jurisprudencia como la práctica judicial ordinaria, e incluso la doctrina constitucional, suelen resolver los conflictos actuales acudiendo a los criterios interpretativos ya existentes. Si acaso, vale la pena llamar la atención sobre alguno de los supuestos de hecho litigiosos dirimido, como el referido a la posible dimisión anticipada del integrante de una candidatura sindical para el caso de causar baja en la organización promotora de la misma o de cambio de adscripción sindical, que sí introduce una novedad en la forma de abordar este tipo de situaciones. O el referido a la reclamación de daños incoada por una empresa frente al comunicado realizado por los sujetos convocantes de una huelga. Aunque quizá la resolución con mayor carga doctrinal del período acotado sea la que el Pleno de la Sala

Cuarta del Tribunal Supremo ha dictado con fecha 14 de julio de 2006 en relación con el ámbito del proceso de tutela de la libertad sindical, cuya atenta lectura se recomienda.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Régimen jurídico de los sindicatos

De nuevo la STS de 18 de julio de 2006, I.L. J 1432, se ocupa de resolver un conflicto relativo al uso de la denominación sindical, que en este caso concreto no es exactamente coincidente con la de la organización promotora del proceso de impugnación de los estatutos sindicales, cuyo depósito fue admitido por la Autoridad laboral competente.

B) Actividad sindical

Es de sobra conocido que el derecho a la negociación colectiva es parte integrante del derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional o de posibilidad de desarrollar actividad sindical, de manera que la privación injustificada del derecho a formar parte de una concreta negociación a un sindicato con legitimación suficiente constituiría una conducta lesiva del derecho fundamental contemplado en el artículo 28.1 CE. Sin embargo, también es doctrina suficientemente reiterada y conocida, por tanto, que si es el sindicato el que de manera voluntaria se automargina de la negociación, ello no lesiona su derecho. Ésta es la solución que se mantiene en la STS de 20 de septiembre de 2006, I.L. J 1455, a propósito de un supuesto en el que el sindicato demandante, tras haber participado e intervenido en las sesiones de la negociación del convenio, y estando la gestación de éste ya muy avanzada, decidió apartarse.

Por otra parte, la determinación del alcance del derecho de los sindicatos a participar en las comisiones creadas en convenio colectivo, como derecho o facultad integrante de la libertad sindical, se lleva a cabo en virtud de un operativo criterio, según el cual hay que partir de la distinción entre las comisiones que tienen atribuidas facultades de negociación –derecho que integra el contenido del de libertad sindical– de aquellas otras comisiones u órganos paritarios, cualquiera que sea la denominación otorgada a los mismos por el propio convenio, que agotan su función en la interpretación o ejecución de lo negociado. La exclusión de un sindicato con legitimación para negociar de una comisión del primer tipo, las que tienen facultades de negociación o creación de nuevas reglas, constituiría una lesión de su libertad sindical.

Pero la distinción entre uno u otro tipo de comisiones ha de llevarse a cabo en cada caso, y atendiendo a las atribuciones que el convenio les otorgue. Buen ejemplo de ello es la STSJ del País Vasco de 28 de abril de 2006, I.L. J 1413, recaída en un procedimiento promovido por una organización sindical que reclamaba como parte de su derecho a la libertad sindical la participación en una comisión creada en convenio denominada “comisión de valoración paritaria”, con facultades de resolver las solicitudes de ascenso

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

directo de los trabajadores fijos de la empresa demandada, para lo cual se le reconocían facultades para la convocatoria de pruebas, la realización de entrevistas, el establecimiento de equivalencias de titulaciones, o, en fin, la adopción de otros criterios de valoración que permitieran verificar si se reunían las condiciones para consolidar la categoría superior, decidiendo incluso la forma de ocuparse interinamente la vacante, si no se producía el ascenso. La Sala estima parcialmente la demanda del sindicato actuante, con presencia tanto en el comité intercentros como en los comités de empresa constituidos en los centros de trabajo, y declara la existencia de lesión del derecho fundamental razonando que efectivamente se trataba de una comisión con facultades negociadoras o de decisión. No obstante, la pretensión indemnizatoria derivada de la lesión del derecho se rechaza, por falta de acreditación de las bases y elementos clave para la cuantificación del importe de la indemnización.

En otro orden de cosas, debe tenerse en cuenta también que entre las funciones de los sindicatos se encuentra la defensa de los intereses de los trabajadores y la tutela de la legalidad siempre que muestren vinculación con la problemática en cuestión. Particularmente resulta llamativa, en este sentido, la **STS de 5 de julio de 2006**, I.L. J 1314, en la que se reconoce la legitimación procesal del sindicato USO para impugnar un Convenio colectivo de empresa, a pesar de que no ostentaba representatividad alguna ni acreditaba afiliación en ese ámbito empresarial, estimando como indicio de su implantación procesalmente legitimadora su participación en las elecciones a representantes de los trabajadores y la obtención de cierto número de votos, aun escaso, sin que por ello se convierta al sindicato, por el mero hecho de serlo, en un “guardián abstracto de la legalidad”.

C) Contenido de la libertad sindical y proceso especial de tutela

La complejidad que en los últimos tiempos, gracias en buena medida a la labor jurisprudencial, ha ido adquiriendo el contenido de la libertad sindical no deja margen para la discusión, de ahí que no siempre resulte sencillo acotar el alcance del proceso judicial específicamente diseñado para su defensa (y la del resto de derechos fundamentales). Por ello resulta singularmente interesante la **STS de 14 de julio de 2006**, I.L. J 1307, del Pleno de la Sala de lo Social, que, con ocasión de una demanda relativa al reconocimiento del crédito horario de un delegado sindical, delimita claramente el ámbito material y objetivo de la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical (artículo 176 LPL). A tal efecto, y tras dar cuenta de la no uniforme evolución de su doctrina precedente en relación con esta cuestión, esta importante sentencia delimita el ámbito de aplicación del proceso especial de tutela de la libertad sindical a partir de su contenido constitucional y no del carácter de la lesión. A este respecto y desde el punto de vista material, diferencia entre el contenido esencial, el contenido histórico y el contenido adicional de la libertad sindical, y desde la perspectiva formal o del sistema de fuentes, entre el reconocimiento constitucional, que alcanza a la Ley Orgánica de desarrollo del derecho fundamental, y el infraconstitucional, que abarca otras normas legales, reglamentarias y convencionales colectivas.

Combinando ambos planos de análisis, entiende por contenido esencial aquel indispensable para el reconocimiento del derecho, mínimo, permanente e indisponible para el

legislador, contemplado en la propia Constitución (artículo 28.1) o derivado de ésta y expresado en la Ley Orgánica de Libertad Sindical (derechos de fundación, afiliación, libertad sindical negativa, derechos de actividad, garantía de autonomía, prohibiciones de injerencia y discriminación, etc.) Por contenido histórico, integrante también del contenido constitucional, pero no del esencial, otros derechos y garantías reconocidos en la norma habilitada y de desarrollo directo del artículo 28.2 de la Constitución, la Ley Orgánica de Libertad Sindical, considerados en determinado momento y en función de un contexto político y social plural como necesarios para el adecuado ejercicio del derecho fundamental, aunque de contenido variable (excedencias, permisos, crédito horario, etc.) Unos y otros son, en principio, los derechos cuya eventual vulneración delimita el objeto de la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical, diferente, por lo demás, del ámbito de acceso al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, más amplio desde este punto de vista.

No obstante, también se estima que a estos derechos deben añadirse otros previstos expresamente en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, pero no en la Constitución, y desarrollados por otras normas legales, como la negociación colectiva, la adopción de medidas de conflicto colectivo o la presentación de candidaturas para elecciones a representantes unitarios de los trabajadores [artículo 4.2.d) LOLS], cuyo contenido constitucional o de legalidad ordinaria debe ponderarse caso por caso a efectos de su eventual articulación en el proceso especial de tutela de la libertad sindical, sin que su sola mención en la repetida Ley Orgánica implique “la constitucionalización de todo el Derecho Colectivo del Trabajo”.

En cuanto al contenido adicional del derecho de libertad sindical, aclara la Sala que en sentido estricto lo constituyen aquellos otros derechos y garantías no previstos en la Constitución ni en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, pero reconocidos en otras normas infraconstitucionales (leyes, reglamentos, convenios colectivos). Tales derechos quedan “fuera del ámbito de regulación del artículo 53.1 y 81.1 de la Constitución”, y también del ámbito de la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical, sin perjuicio de que su lesión pueda implicar la de la libertad sindical, y que, en todo caso, puedan obtener la correspondiente protección jurisdiccional sustantivamente reforzada, incluido el amparo constitucional, aunque no a través del cuestionado proceso especial ante la jurisdicción social, con la sola exclusión de su tratamiento sumario y preferente, y de la intervención del Ministerio Fiscal.

Esta sentencia puede completarse con la **STS de 14 de julio de 2006**, I.L. J 1256, en la que la Sala estima, *obiter dicta*, que la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical no es la adecuada para el cuestionamiento de derechos sindicales previstos en Convenio colectivo, sin perjuicio de que puedan suscitarse en otra modalidad procesal, con las mismas garantías sustantivas. No obstante, no declara la inadecuación parcial del procedimiento (en lo que se refiere a la alegación de la regulación convencional), tanto por no haberse alegado de parte tal infracción procesal, como por no tener ninguna consecuencia práctica, más allá de la no tramitación preferente o de la no intervención del Ministerio Fiscal, e implicar tan sólo un innecesario retraso en la tramitación y resolución del procedimiento.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

En esta línea también puede hacerse mención a la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de marzo de 2006**, I.L. J 1384, en la que se cuestiona por la vía de este proceso especial, la existencia de una conculcación de la libertad sindical como consecuencia de la privación del uso de una vivienda en la sede de la empresa (una residencia de mayores) a un trabajador elegido miembro y presidente del comité de empresa. A partir de los distintos hechos concurrentes y de su sucesión temporal, la Sala descarta la conexión pretendida por el actor entre su elección como miembro y presidente del comité de empresa y su cese en el uso de la vivienda de la empresa, y, consecuentemente, la alegada vulneración de su derecho de libertad sindical. En este sentido, se tiene en cuenta el relativamente dilatado período transcurrido entre ambos acontecimientos (elecciones el 4 de abril de 2005 y requerimiento de abandono de la vivienda de 2 de junio de 2005), y, por el contrario, la proximidad temporal entre el cambio de director del centro de trabajo (1 de junio de 2005) y el referido requerimiento, junto con el hecho de que ningún otro trabajador ocupaba ni ocupa viviendas en la empresa, lo que para la Sala reorienta la cuestión hacia el simple ejercicio del poder directivo y a sus límites de legalidad ordinaria, no enjuiciables en la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical.

Igualmente interesante sobre el alcance de este proceso resulta el supuesto de la **STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2006**, I.L. J 1352, en la que se cuestiona el ámbito de aplicación y conocimiento del proceso de tutela de la libertad sindical, y el alcance de su sentencia y fallo cuando no se entiende acreditada la vulneración de tal derecho constitucional, en relación con una pretensión relativa al crédito horario de dos delegados de prevención de riesgos laborales que no ostentan simultáneamente la condición de representantes unitarios del personal, en este caso civil no funcionario en un establecimiento militar, rechazado por la empresa.

Por los actores y recurrentes se cuestiona en primer lugar la incongruencia de la resolución de la instancia precedente, toda vez que desestimó la excepción de inadecuación del proceso de tutela de la libertad sindical entonces opuesta de contrario, para finalmente desestimar la demanda por no verse afectados derechos de libertad sindical. La sentencia de suplicación ratifica este pronunciamiento y rechaza la alegada incongruencia, por estimar que la adecuación del proceso de tutela de la libertad sindical viene condicionada formalmente por el planteamiento de una demanda en la que se afirma la vulneración del derecho fundamental, procediendo su desestimación si no se acredita la afectación del contenido constitucional del derecho de libertad sindical o su lesión.

A este respecto, entiende que los delegados de prevención de riesgos no realizan en el desempeño de esa función actividades sindicales, especialmente cuando, como ocurre en el caso de los actores afectados por la actuación empresarial, no ostentan simultáneamente la condición de representantes sindicales o del personal, por lo que el debate sobre su crédito horario, no encuadrable en el contenido de la libertad sindical (ni esencial ni adicional), constituye una cuestión de legalidad ordinaria, no susceptible de conocimiento en la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical.

Por último, conviene recordar que una de sus singularidades más reseñables de este proceso especial es la inversión relativa de la carga probatoria que en él se prevé, analizada en

la STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2006, I.L. J 1607, que una vez rechazada la nulidad de actuaciones y la mayor parte de la extensa revisión fáctica postulada por el actor, concluye descartando la pretensión de fondo deducida, por entender que no se acredita el panorama indiciario necesario para hacer sospechar que la empresa demandada le discriminó por razones sindicales. En concreto, en este caso el actor, integrante del comité de empresa y afiliado a un sindicato, considera que no ha sido promocionado profesional y económicamente como consecuencia del uso de crédito de horas sindicales. Pero la Sala rechaza el valor de la prueba indiciaria que pretende, por un lado, y en relación con la discriminación indirecta que dice sufrir el colectivo de miembros del comité integrantes de su mismo sindicato, porque consta probado que buena parte de ellos han accedido a cargos directivos en la entidad después de constituirse el órgano de representación. Y respecto de la discriminación, esta vez directa, de que dice ser objeto por referencia a los demás trabajadores de su misma promoción, porque de un total de veinticuatro, sólo dos han sido favorecidos por el sistema de promoción discrecional a cargos de jefatura, lo que difícilmente puede interpretarse como indicio de la existencia de un panorama de discriminación. Por fin, un único informe referido a una sola persona de las 71 integrantes del primer colectivo delimitado, que además se confeccionó hacía diez años, carece para la Sala de la fuerza necesaria como principio de prueba de la vulneración del derecho fundamental. Lo mismo que la eventual negativa empresarial a aportar unos documentos solicitados por el actor, que hubiera podido constituir una infracción procesal, susceptible de combatir oportunamente en suplicación, pero que carece de virtualidad como indicio de lesión de la libertad sindical del demandante.

D) Libertad sindical, mayor representatividad y principio de igualdad

La noción de mayor representatividad que se acoge en la LOLS y, sobre todo, la atribución de derechos, facultades o ventajas que en virtud de la misma se lleva a cabo a favor de ciertos sindicatos viene provocando ya desde la gestación y promulgación de aquella disposición no pocas dudas y conflictos, lo que ha dado lugar a un acervo jurisprudencial y de doctrina constitucional de suficiente entidad como para dirimir las controversias que en la actualidad se puedan producir.

No obstante, aún plantea algún litigio los términos en que debe medirse esta representatividad y las consecuencias, en cuanto al ejercicio de derechos, que la misma conlleva. Así, en la STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2006, I.L. J 1124, se desestima la pretensión del Sindicato “Confederación Sindical Independiente-Confederación Sindical Independiente de Funcionarios” de reconocimiento de lesión de su libertad sindical, formulada porque no se le proporcionaban determinados medios materiales e información para el ejercicio de la acción sindical. El sindicato sólo había obtenido un 14,6% en los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas en todo el territorio nacional, habiéndose entendido en instancia que tal porcentaje atribuía a la organización la condición de más representativo, debiendo por ello reconocérsele las prerrogativas sindicales reservadas a tal clase de sindicatos. En suplicación aclara la Sala que el porcentaje señalado se ha obtenido únicamente en los órganos de representación de las Administraciones Públicas

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

y no consta implantación alguna en los órganos de representación unitaria del personal laboral, de modo tal que no es posible que esta organización se considere sindicato más representativo a nivel estatal, pues para ello el artículo 6.2.a) LOLS requiere la obtención en el citado ámbito “del 10% o más del total de delegados de personal de los miembros de los Comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas”. Y en la medida en que disfruta de la simple representatividad que contempla el artículo 7.2 LOLS, tendrá derecho a las prerrogativas legalmente reconocidas a estos otros sindicatos, entre las que no figuran ninguna de las pretendidas en este caso, a saber: local sindical propio, dotado del pertinente material, y tablón de anuncios.

Por su parte, en la **STS de 4 de julio de 2006**, I.L. J 1449, el sindicato promotor del conflicto colectivo que en la misma se resuelve solicitó el reconocimiento en proporción a su implantación de los beneficios que el convenio de la empresa demandada atribuía a los sindicatos más representativos. El proceso presenta cierta singularidad, por cuanto ya había recaído una sentencia anterior en un proceso de impugnación del convenio colectivo de referencia, de fecha 17 de junio de 2003, que declaró la legalidad de las correspondientes cláusulas convencionales, que no se consideraron atentatorias del principio de igualdad y no discriminación, pues la diferencia de trato introducida era acorde con la finalidad promocional que la cualidad de la mayor representatividad tiene encomendada. Sobre la base de ese pronunciamiento llega la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a la conclusión de que no es posible atender la pretensión articulada por el sindicato demandante.

E) Secciones y delegados sindicales

La interpretación judicial del artículo 10.1 LOLS en relación con el ámbito en que han de cumplirse los presupuestos para la designación de los delegados sindicales no ha sido uniforme. Tras una interpretación inicial más flexible y proclive a la autonomía sindical, la doctrina unificada se ha decantado por un criterio que acomoda esa concreta manifestación de la acción sindical en la empresa al ámbito propio de los órganos de representación unitaria, de modo que tanto el nivel de implantación del sindicato como el umbral numérico de la plantilla que el precepto aludido exige para que el delegado sindical lo sea en sentido propio, con todas las atribuciones y garantías que la ley le otorga, se medirán en cada centro de trabajo, y no en toda la empresa. La aplicación de este criterio al caso concreto llevada a cabo por la **STS de 5 de septiembre de 2006**, I.L. J 1514, determina la estimación del recurso empresarial, y la consiguiente negativa a que a la actora se le reconozca en plenitud la condición de delegada sindical, pues aunque el convenio aplicable en la empresa rebaja el número de trabajadores con que ha de contar la plantilla del centro de trabajo a 125, en ese concreto supuesto el centro donde se habían celebrado elecciones para el comité de empresa cuenta sólo con 77 trabajadores. Por otra parte, el hecho de que la empresa le haya proporcionado a la demandante alguna documentación e información, y concedido horas para el desempeño de sus labores de representación, constituye una mera liberalidad o situación tolerada, pero no puede afirmarse que ello haya supuesto la consolidación de un derecho adquirido.

Respecto a esta problemática, puede hacerse mención igualmente a la **STS de 14 de julio de 2006**, I.L. J 1256, en la que se cuestiona, en un proceso de tutela de la libertad

sindical y con ocasión de la negativa empresarial a la concesión de un crédito horario a un representante de sindicato CSI-CSIF en una empresa de vigilancia y seguridad, el ámbito de designación de un delegado sindical, conforme a la regulación establecida en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y en el Convenio colectivo aplicable (nacional de empresas de seguridad). La Sala estima el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por la empresa demandada, puesto que el sindicato del actor no reúne las condiciones establecidas en la LOLS para la designación de éste como delegado sindical (su centro de trabajo tiene menos de 250 trabajadores), ni las previstas en Convenio a tal efecto, como mejora de derechos sindicales (10% de representatividad en la totalidad de la empresa). En este sentido, por el demandante se había pretendido, con éxito parcial en los grados jurisdiccionales precedentes, una combinación o “espigueo” fraccionado de los requisitos de una y otra norma (unidad de designación de la LOLS: centro de trabajo, y plantilla del Convenio: 150 trabajadores), que no admite el Tribunal Supremo, para el que la “aplicación del criterio de la norma más favorable ha de hacerse respetando la unidad de regulación de la materia”.

De otro lado, una sentencia de interés en relación con las condiciones y consecuencias del ejercicio por los delegados sindicales de sus facultades de representación es la **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de mayo de 2006**, I.L. J 1559, en la que se reconoce el derecho del delegado a disfrutar de un día alternativo de descanso semanal, por haber coincidido el que le correspondía con el de asistencia a una reunión del comité de empresa. Asistencia amparada por el derecho que se reconoce a los delegados sindicales que no formen ya parte del comité en el artículo 10.3 LOLS. Conviene retener, no obstante, que sobre la interesante cuestión relativa a si la empresa ha de compensar con el día completo o estrictamente con el tiempo dedicado a asistir a la reunión y, en su caso, con el invertido en los desplazamientos, la Sala no se pronuncia por falta de elementos de juicio. No se contiene, por consiguiente, en relación con este concreto aspecto del problema criterio interpretativo alguno.

F) Asamblea sindical

Las asambleas sindicales deben ajustarse a las reglas de convocatoria y celebración establecidas al efecto en los Estatutos de la organización. Ahora bien, ciertas condiciones de ejercicio de este derecho resultan de la exigencia constitucional de funcionamiento democrático del sindicato, de modo que deben observarse debidamente aun cuando no aparezcan expresamente reguladas en la normativa interna correspondiente. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con la publicidad, tal como se advierte en la **STS de 3 de julio de 2006**, I.L. J 1146, en un asunto en el que se promueve una asamblea para la renovación de delegados sindicales, sin convocatoria pública a todos los afiliados, de hecho no consta ni que se convocase a los delegados que iban a ser sustituidos, ya que la misma se iba a celebrar exclusivamente en tres locales, que son las sedes del sindicato, cuando afectaba a todos sus afiliados de la Región de Murcia; se hizo en el mes de agosto para

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

celebrarla en día 2 de septiembre, y el acto careció de las más esenciales formalidades legales, como es la relación de asistentes y el examen de un censo.

Este mismo Tribunal declara, no obstante, en **STS de 11 de julio de 2006**, I.L. J 1148, conforme a la legalidad y no lesiva del derecho fundamental de libertad sindical una asamblea sindical en un supuesto en el que se adelantó la celebración de la misma en tres días respecto de la fecha inicialmente prevista debido a que el Ayuntamiento no podía ceder en tal fecha el local para su celebración y a que el día programado era festivo en diversas localidades de la zona, circunstancias estas que llevaron a la Comisión Ejecutiva del sindicato a acordar la modificación de la fecha inicial. Razona la Sala para llegar a esta conclusión que a la asamblea acudieron 75 afiliados, siendo el promedio de participantes en asambleas de esta naturaleza inferior al de 75, y que en la misma no se verificó protesta alguna ni manifestaciones acerca de su celebración, debiendo por ello presumir que las citaciones enviadas por correo surtieron efecto.

G) Estatuto jurídico del afiliado

La incorporación de un trabajador como afiliado a un sindicato supone la aceptación por éste de ciertas reglas e imposiciones, pero también el reconocimiento de algunos derechos, cuyo ejercicio acontece en ocasiones “frente” a la organización sindical. Aunque con carácter general la jurisprudencia ha venido entendiendo que no se trata de una relación de libertad sindical sino meramente asociativa la que une al sindicato con el afiliado, de manera que la infracción o no de las normas estatutarias que rigen el funcionamiento interno de la organización es algo que excede de la tutela de los derechos fundamentales, esta regla tiene excepciones cuando por las circunstancias concurrentes el derecho fundamental resulta flagrantemente conculcado. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el asunto de la **STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2006**, I.L. J 1121, en el que el afiliado había sido sancionado con la exclusión de la vida orgánica del sindicato y con la separación de cargos electos. En este caso al afiliado había llegado de forma anónima una información muy comprometedoras de la gestión económica del sindicato, y sin difundirla ni hacerla pública en vías externas, la retuvo durante unos días con el propósito de cerciorarse, recabando la oportuna información de expertos contables, de la existencia de indicios reales de tales irregularidades, y una vez ratificada por los expertos la existencia de las señaladas irregularidades envió un escrito al Secretario de Organización del sindicato informándole de la situación. Entiende la Sala que su actuación fue la de una persona honesta, que no trataba de perjudicar al sindicato, y que actuó de forma responsable y leal, sin que en ningún momento la información se difundiera externamente, por lo que la sanción sindical resulta desproporcionada al ser claramente una represalia hacia la denuncia presentada, en vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad de expresión y libertad sindical. En esta sentencia se reconoce también al afiliado el derecho a una indemnización por entender que aunque ésta no es automática, el actor había alegado adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la misma y había acreditado, cuando menos, mediante indicios o puntos de apoyo suficientes la existencia de un daño moral indemnizable.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Facultades y garantías de los representantes legales de los trabajadores

La libertad de expresión es por excelencia uno de los derechos integrantes del estatuto jurídico de los representantes de los trabajadores en la empresa. Pero incluso esta versión funcionalmente reforzada o especialmente tutelada del derecho a expresar libremente opiniones o ideas, críticas o juicios de valor, no está exenta de límites en su ejercicio. Los que impone la propia configuración constitucional del derecho, que impiden proferir frases objetivamente injuriosas o faltar al honor de las personas, o intentar dañar la imagen y prestigio de la empresa, protegidos constitucionalmente; pero también los que vienen impuestos por el propio contrato de trabajo y el deber de buena fe que ha de presidir las recíprocas relaciones entre las partes del mismo.

En la **STSJ de Madrid de 4 de abril de 2006**, I.L. J 1597, que de nuevo se apoya abundantemente en la doctrina constitucional sobre la materia, se confirma el pronunciamiento de instancia, que había declarado la procedencia del despido del presidente del comité de empresa de una empresa adjudicataria del servicio de transporte de viajeros en Iberia LAE, SA, como consecuencia del comunicado remitido por el mismo a los representantes sindicales de esta última. Interesan algunas de las circunstancias concretas del supuesto, como el hecho de que la comunicación referida se enviase a los representantes de la empresa para la que la demandada prestaba el servicio, justo en el momento en que éste iba a ser nuevamente adjudicado, hasta el punto de haber recabado Iberia información sobre el particular. Y que la veracidad de las irregularidades o incumplimientos que se denunciaban no llegara a demostrarse en el proceso. Así las cosas, la Sala de Madrid considera que ha habido una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión, con ánimo de dañar la imagen y el prestigio de la empresa, y que la conducta del demandante fue desleal y contraria a la buena fe. De ahí la confirmación de la calificación del despido de que aquél fue objeto como despido procedente.

Pero la posibilidad de colisión de las libertades de expresión e información de los representantes legales de los trabajadores con otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos no se agota con los propios de la empresa. También puede afectar a la intimidad de los trabajadores representados. Ese conflicto latente ya se puso de manifiesto a propósito del contenido de la copia básica, y particularmente, respecto de la materia retributiva.

En este sentido, la **SAN de 7 de junio de 2006**, I.L. J 1418, resuelve una demanda de conflicto colectivo incoada por un comité intercentros frente a una entidad aseguradora, para el reconocimiento del derecho de dicho órgano de representación a que con carácter anual le fuera remitido por la empresa una relación de todos los trabajadores que prestasen servicios en la misma, con expresión del grupo, nivel, fecha del último cambio, antigüedad en la empresa y en el grupo, y conceptos económicos percibidos, desglosados e individualizados. Con la única excepción del personal del Comité Ejecutivo. La empresa

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

opuso al reconocimiento de esa facultad el derecho a la intimidad de los afectados, y lo dispuesto en la Ley 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, sobre la necesidad del consentimiento individual para revelar ciertas informaciones.

En síntesis, la Audiencia Nacional recoge la doctrina constitucional sobre el alcance del derecho a la intimidad, y más en concreto sobre la denominada “intimidad retributiva”, a partir de si los datos referidos a la retribución forman parte de la privacidad. Y, frente a ello, toma en cuenta el reforzamiento de las facultades de información de los representantes legales, en colaboración al mismo tiempo con las autoridades competentes. Colaboración que redundará a su vez en una mayor efectividad de la actuación de estas últimas, incluida la Inspección de Trabajo, con el resultado de un más exacto cumplimiento de las normas laborales, como corresponde a un interés público relevante, que admite intromisiones en la esfera personal del tipo de la que se analiza en el supuesto litigioso enjuiciado. Por otro lado, el interés particular del trabajador queda garantizado mediante el deber de sigilo sobre los datos facilitados, que incumbe a los representantes de los trabajadores. Por fin, no se trata de datos sensibles especialmente protegidos, resultando en cambio de aplicación lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, sobre la excepción a la regla general del consentimiento cuando los datos se refieran a las partes de un contrato o precontrato, de una relación negocial, laboral o administrativa, y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; y su comunicación a terceros —entre los que es dudoso se incluyan a los representantes legales— pueda venir amparada por la existencia de una obligación legal, como es el caso.

Por su parte, en relación con el uso del tablón de anuncios, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de junio de 2006**, I.L. J 1480, recuerda que no toda ingerencia empresarial —habría que matizar, intervención empresarial— en el uso del mismo constituye un atentado contra la libertad sindical. En el caso concreto, que la empresa hiciera ciertas advertencias en el sentido del uso correcto de dicho medio material y de transmisión de información, y pidiera explicaciones sobre la publicación de los datos bancarios de una trabajadora en el mismo, en absoluto suponen un entorpecimiento ilegítimo del uso del tablón. Además, la Sala recuerda la doctrina sobre la procedencia y fijación de las indemnizaciones derivadas de la lesión de los derechos de libertad sindical, incluido el carácter no revisable en suplicación del importe fijado por el juzgador de instancia, salvo que las pautas empleadas resulten arbitrarias, inadecuadas o irracionales.

B) Impugnación de acuerdos

En la **STSJ de Murcia de 25 de abril de 2006**, I.L. J 1141, la Sala se pronuncia en suplicación sobre el modo en que debe impugnarse un acuerdo adoptado por mayoría del comité de empresa cuando la reclamación proviene de una serie de representantes que constituyen minoría en dicho órgano, y el acuerdo atacado les perjudica directamente. En este caso la mayoría del comité alegaba la falta de litisconsorcio pasivo necesario, sosteniendo que no se podía demandar al comité de empresa del que los actores demandantes formaban parte. Argumento que rechaza el Tribunal razonando que lo que se ataca no es la actuación del comité como tal sino la de alguno de sus miembros, los demandados, consistente en la exclusión de un sindicato, al que pertenecen los demandantes, de las co-

misiones creadas por un pacto que no ha firmado y al que no se ha adherido. Concluye la sentencia entendiendo que la exclusión sufrida por unos miembros del comité de empresa por decisión de otros miembros del mismo comité de la comisión de productividad, que no es meramente informativa sino negociadora y que influye en las condiciones de trabajo, vulnera su derecho a la libertad sindical, conforme a los artículos 28.1 y 14 CE y 2.1.d) y 2.2.d) LOLS. Y que los afectados están legitimados para atacar el acuerdo aunque formen parte del órgano que lo adoptó.

C) Mandato

Es doctrina unificada del Tribunal Supremo que el cambio de afiliación de quien fue nombrado miembro del Comité de Empresa no conlleva la pérdida de la condición de representante. No obstante, esta regla puede desplazarse excepcionalmente. Así en la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 31 de mayo de 2006**, I.L. J 1389, sostiene la Sala que no merece tacha alguna como conducta lesiva de la libertad sindical de los afectados, que interpusieron demanda de tutela con la pretensión de que así se calificara la actuación del sindicato, el hecho de que los integrantes de la candidatura sindical suscribieran en el momento de la formación de la misma, y como condición impuesta por la propia organización, una declaración jurada en la que se comprometían a dimitir de su cargo en caso de causar baja en el sindicato, y al mismo tiempo firmaron en blanco la correspondiente carta de dimisión. La organización sindical demandada hizo valer en su momento tales declaraciones, fechando las cartas y presentándolas a la Autoridad Laboral, que tuvo a los demandantes por dimitidos.

La sentencia dictada en suplicación, que confirma la solución desestimatoria de la demanda de tutela adoptada por el juzgador de instancia, otorga plena virtualidad a la aceptación voluntaria y libre de la condición impuesta por la organización sindical promotora de la candidatura, consistente en la dimisión como representante en caso de causar baja en el sindicato o cambiar de adscripción sindical. Se trataría así de tutelar el interés de la organización, que puede legítimamente imponer ese tipo de condición a sus afiliados en el momento de formar las candidaturas para las elecciones de las representaciones unitarias. A fin de cuentas, al tratarse de listas avaladas por unas determinadas siglas sindicales, el dato de la afiliación es el que ha de primar.

Por lo demás, como se advierte en la **STSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006**, I.L. 1233, esta regla de no pérdida de la condición de representante no alcanza al suplente, pues si bien el artículo 67.4 del ET prevé la cobertura automática de la vacante que se produzca por el siguiente trabajador de la lista a la que pertenezca el sustituido, si ambos han abandonado el sindicato por el que se presentaron y se han incorporado a uno diferente, que en este caso ni tan siquiera se había presentado a las elecciones, no cabe entender que la dimisión del primero dé derecho al suplente a ocupar su puesto.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) Requisitos del procedimiento

Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que el proceso de conflicto colectivo se define por la concurrencia de un doble elemento, a saber: el subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, “entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad”; y el objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como “un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros” o como “un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general”. Ahora bien, como se recuerda en la **STS de 28 de junio de 2006**, I.L. J 1175, retomando doctrina de este mismo Tribunal, esta doble exigencia no significa que un litigio que tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no pueda canalizarse por este procedimiento especial. En efecto, el proceso de conflicto colectivo podrá utilizarse cuando exista este interés individualizable si el origen de la controversia se sitúa en la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecta de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores.

La aplicación de esta doctrina a los casos concretos, conlleva la admisión de este procedimiento para supuestos como el planteado en esta sentencia, en el que se reclamaba un incremento del 3,1% de la retribución salarial para el personal reglamentario fijo de la empresa. Entiende la Sala, a estos efectos, que concurre el elemento de pluralidad subjetiva en la configuración del conflicto, al afectar al personal reglamentario fijo de la demandada, y el requisito objetivo derivado de la existencia de un interés que aunque puede concretarse en un derecho de titularidad individual, tiene su origen en la interpretación de un reglamento que vincula de manera homogénea e indiferenciada al citado personal, con abstracción de las particulares circunstancias concretas de sus componentes.

No obstante, como se recuerda en esta resolución, es doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia 178/1996), que este procedimiento es útil para ejecutar acciones declarativas y de condena, pero no para demandar, como se pretendía en el asunto de la señalada sentencia del Supremo, una condena consistente en el abono de cierta cantidad, pues la pretensión de condena en el proceso colectivo tiene que respetar la exigencia de generalidad que es propia del objeto de esta modalidad procesal.

Por lo demás, la Sala puede examinar de oficio la adecuación o inadecuación de este procedimiento (**STS de 29 de junio de 2006**, I.L. J 1164). Han entendido los Tribunales que no puede emplearse, por ejemplo, para solicitar que ciertas categorías profesionales particularmente identificadas se declaren inexistentes de acuerdo con la regulación convencional y en consecuencia nulas de pleno derecho. Así se señala en esta sentencia, que indica que con independencia de los aspectos colectivos que esta pretensión pueda presentar,

tiene un carácter o condición marcadamente individual, pues en realidad se trata de unos puestos de trabajo singulares y determinados, cada uno con una denominación propia que no encuentra fácil encaje en las categorías profesionales que prevén los convenios colectivos de la compañía, puestos que además tienen una ubicación geográfica concreta, estando situados cada uno de ellos en una dependencia o centro diferente de empresa.

Igualmente resulta inadecuado este procedimiento para solicitar la nulidad o declaración de ser contraria a norma colectiva de una decisión empresarial, en materia de contratación temporal, que ya ha sido actuada y afecta, consistente en emplear temporalmente a personas no integrantes de la bolsa de empleo. Tal como se advierte en **STSJ de Cantabria de 27 de marzo de 2006**, I.L. J 1218, la estimación de tal pretensión afectaría no sólo a los integrantes de la bolsa de empleo o a quienes pudieran integrarla, sino también a quienes se han visto contratados sin integrar dicha bolsa de empleo por lo que este proceso resulta inadecuado, debiendo en su caso canalizarse esta pretensión por el cauce procesal del proceso ordinario, que permita la llamada a la litis de los trabajadores afectados por la declaración pretendida.

B) Legitimación

La **STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2006**, I.L. J 1347, declara la falta de legitimación de un sindicato (CCOO), demandado conjuntamente con otra organización sindical y con una empresa en un proceso de conflicto colectivo, para recurrir una sentencia de instancia desestimatoria de la demanda, toda vez que no sufre gravamen alguno derivado de tal pronunciamiento judicial absolutorio (artículo 448 LEC). Añade la Sala que no obsta a ello el hecho de que al sindicato demandado le hubiera podido convenir la estimación de la demanda interpuesta por otro sindicato, para lo que habría sido procedente su comparecencia como codemandante, pues lo relevante a estos efectos es la posición procesal asumida en la instancia.

C) Otras cuestiones procesales suscitadas por la modalidad de conflicto colectivo

En ocasiones en el proceso especial de conflicto colectivo se plantean otras cuestiones procesales que por las singularidades de este proceso conviene analizar. Tal es el caso de la **STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2006**, I.L. J 1354, en la que en el marco de una demanda de conflicto colectivo relativa a la interpretación y cumplimiento de determinadas previsiones del Convenio colectivo del Ente Público Radio-Televisión Madrid, en materia de régimen de disponibilidad y rotación de trabajadores para la cobertura de situaciones no previstas y planificadas en la programación ordinaria, se plantean tres cuestiones procesales a través de las correspondientes excepciones, a saber: inadecuación de procedimiento, falta de agotamiento de la conciliación previa y falta de acción.

Respecto de la primera, se desestima afirmándose la dimensión colectiva del conflicto, tanto desde el punto de vista subjetivo (afectación de un grupo genérico de trabajadores), como desde el punto de vista objetivo (conurrencia de un interés genérico y homogéneo). Mayor interés tiene el planteamiento y resolución de la segunda excepción y, especialmente,

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

de la tercera. La falta de agotamiento de la conciliación previa, preceptiva para la presentación de la demanda ante la jurisdicción social (artículo 63 LPL), o caducidad de la instancia, se alega por la empresa teniendo en cuenta el prolongado período transcurrido desde la presentación de la papeleta de conciliación (el 8 de marzo de 2005) y la presentación de la demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (el 19 de enero de 2006). Partiendo del principio *pro actione*, que impone una flexible interpretación de los requisitos procesales (y preprocesales) en el primer grado de la jurisdicción, esta Sala desestima la excepción opuesta, por entender que no existe plazo legal para presentar la demanda desde el intento de conciliación previa (a diferencia de lo que ocurre en relación con la reclamación administrativa previa, *ex* artículo 69.3 LPL). Por otra parte, estima que el intento de conciliación planteado en relación con una demanda anterior con el mismo objeto y partes, incorrectamente presentada ante los Juzgados de lo Social e inadmitida por auto de incompetencia objetiva (el conflicto afecta a centros de trabajo ubicados en localidades diferentes de la misma Comunidad Autónoma), sirve igualmente a los efectos de la segunda demanda, planteada en instancia ante el Tribunal Superior de Justicia.

En cuanto a la falta de acción, objeto de análisis más pormenorizado, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2002 y a las del Tribunal Constitucional 71/1991, 210/1992, 20/1993 y 65/1995, la Sala restringe el uso de esta compleja excepción, no regulada legalmente, a los supuestos de ausencia de un “interés litigioso actual y real” o de un “derecho insatisfecho”. A continuación, examina su eventual concurrencia en relación con las distintas pretensiones articuladas en la demanda, y estima la excepción, al verificar que se corresponden casi literalmente con lo establecido sobre el particular en el Convenio colectivo y que, por tanto, no existen derechos insatisfechos o desconocidos, sino, a lo sumo, concretos incumplimientos empresariales en la puesta en práctica de tales reglas pactadas colectivamente, susceptibles, en su caso, de articularse a través de acciones ordinarias e individuales.

4. DERECHO DE HUELGA

A) Alcance del derecho de huelga. Los actos de acompañamiento

En el marco del ejercicio del derecho de huelga se suelen poner en juego otros derechos fundamentales, que conforman lo que se ha dado en llamar “actos de acompañamiento” de la huelga. El ejercicio de esos derechos forma, en realidad, parte indisoluble del derecho mismo a adoptar esta singular medida de presión. Y puede suscitar, como es bien lógico, conflictos al margen de los que de por sí la puesta en marcha y desarrollo de una huelga comporta. Buena muestra de ello es la **STSJ de Cantabria de 10 de mayo de 2006**, I.L. J 1534, cuyo interés es aun mayor por cuanto la misma se dicta en un proceso iniciado por demanda de la empresa, reclamando una indemnización en compensación por los daños supuestamente irrogados como consecuencia del ejercicio ilegítimo de las libertades de información y expresión por parte del comité de empresa y secciones sindicales que decidieron convocar la huelga.

El litigio se inicia a partir de la emisión por el comité y las secciones de un comunicado, con motivo de la convocatoria de la huelga, en el que se daba cuenta a los clientes de la

empleadora del cierre de dos centros de trabajo con los consiguientes despidos del personal de la plantilla, manifestando el temor ante la adopción en el futuro de medidas análogas. Por la empresa se pone en cuestión la veracidad de las informaciones y la intención de dañar los intereses empresariales con la puesta en circulación de las mismas.

Frente a las alegaciones de la empresa la sentencia comentada, con amplio acopio de doctrina constitucional sobre el alcance y límites de las libertades públicas concernidas, considera que el ejercicio de las mismas no desborda los límites del contrato ni del deber de buena fe. Por de pronto, se valora que el comunicado lo que contiene esencialmente son las reivindicaciones y temores que expresan los representantes de los trabajadores que deciden promover la medida de conflicto, ante las decisiones de cierre y despidos adoptadas por la empresa. Lo que no deja de ser consustancial a las competencias y facultades que se atribuyen legalmente a dichos representantes, y que se desenvuelve asimismo dentro de los márgenes propios del ejercicio del derecho a la huelga, que comprende —conviene recordarlo— el derecho a hacer publicidad de la misma y de sus motivaciones (artículo 6 RDLRT 1977). No hay, por otro lado, invitación al boicot o solidaridad de los clientes. Y la tacha de falsedad de las informaciones queda además desmentida por la existencia de un informe financiero en el que se contemplan futuros cierres. Junto a ello, se valora que los representantes actúan también frente a la falta de negociación, información y diálogo por parte de la entidad. En definitiva, se considera que los demandados se han conducido en todo momento dentro del marco del ejercicio legítimo de su actividad sindical, en defensa de los puestos de trabajo, expresando libremente las razones de la convocatoria de la huelga, y sin que se pueda entender vulnerado, por todo lo dicho, el deber de sigilo.

B) Los efectos del ejercicio del derecho a la huelga

En ocasiones, la concreción de los efectos de la interrupción de la actividad que de por sí supone el ejercicio del derecho de huelga en las retribuciones del trabajador huelguista no resulta tarea fácil. Menos aún delimitar lo que son efectos naturales de la no prestación de servicios de las denominadas “primas antihuelga”, que penalizan más allá de lo que impone la sinalagmaticidad propia del contrato de trabajo el ejercicio legítimo de dicho derecho fundamental.

Las doctrinas constitucional y ordinaria han intentado establecer criterios más o menos claros sobre el particular, que en buena medida recoge la **STSJ de Madrid de 26 de abril de 2006**, I.L. J 1587, en la que se afirma que no serán computados los días de huelga para determinar el índice de absentismo utilizado para el cálculo del devengo del “plus voluntario” regulado en el convenio de aplicación en el supuesto litigioso. Máxime cuando el propio convenio no dispone medida alguna en tal sentido.

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario:

1. Legitimación para negociar. 2. Procedimiento de negociación. 3. Contenido “normativo” del convenio colectivo. Límites. 4. Ámbito funcional. 5. Determinación del convenio colectivo aplicable. 6. Impugnación “directa” del convenio colectivo. 7. Administración del convenio colectivo. A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales laborales.

Todas las sentencias reseñadas, cuya reproducción figura en los números 8 a 12, ambos incluidos, de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, 2007, Lex Nova, no abordan cuestiones nuevas ni se apartan de las pautas seguidas por las que con anterioridad han tenido oportunidad de pronunciarse sobre casos de naturaleza similar.

1. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

La legitimación condiciona directamente el posible ámbito del convenio colectivo a negociar. Aunque corresponde a las partes negociadoras determinar el ámbito de aplicación de éste (artículo 83.1 ET), tal libertad no es absoluta y se encuentra supeditada a que posean legitimación para negociar en aquél. Por lo tanto, es nula la cláusula que incluye en el ámbito de aplicación del convenio a una actividad que excede de la representatividad ostentada por los sujetos negociadores (STS de 21 de septiembre de 2006, I.L. J 1458).

2. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

La ausencia de un sindicato en el momento final de la negociación del convenio no constituye lesión de la libertad sindical cuando se debe a la exclusiva voluntad de aquél, que decide apartarse de dicha negociación (STS de 20 de septiembre de 2006, I.L. J 1455).

3. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO. LÍMITES

Respeto del principio de igualdad. Vulnera dicho principio la cláusula del convenio colectivo que establece un complemento de antigüedad de diferente importe atendiendo,

“exclusivamente”, a la fecha de ingreso en la empresa. Así, **STS de 5 de julio de 2006**, I.L. J 1314, con cita de la de igual Tribunal y Sala de 25 de julio de 2002 (recurso 1281/2001) y de las SSTC 27/2004 y 177/1993; también **STSJ de Murcia de 6 de marzo de 2006**, I.L. J 1139, con cita de la de igual Tribunal y Sala de 16 de mayo de 2005, así como, de nuevo, la STC 27/2004, de 4 de marzo.

4. ÁMBITO FUNCIONAL

Ha de ajustarse a la representatividad ostentada por los sujetos negociadores. No puede extenderse a una actividad en la que éstos carecen de representatividad para negociar (**STS de 21 de septiembre de 2006**, I.L. J 1458).

5. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

En el caso de las empresas que prestan a otras servicios auxiliares de diferente naturaleza, en virtud de la correspondiente contrata, la determinación de que se trata permanece sujeta al conocido como principio de unidad de empresa, de acuerdo con el cual, siendo varias las actividades cubiertas por ésta, el convenio aplicable será aquél en el que quede comprendida la actividad principal o preponderante. Si dicha actividad principal resulta ser la de servicios de guarda, custodia o vigilancia de inmuebles, comprobación del estado y funcionamiento de las instalaciones, portería y conserjería, control del tránsito de personas, limpieza y otras tareas relacionadas con ellos o, si se prefiere, la de servicios auxiliares en inmuebles, no cabe pretender la aplicación del convenio colectivo en el que quede comprendida la empresa para la que se presten en cada caso los mencionados servicios. En concreto, si éstos se realizan para una empresa dedicada a la actividad de aparcamiento público de vehículos, no resulta de aplicación un convenio colectivo de garajes, estaciones de lavado, engrases y aparcamientos (**STSJ de Cantabria de 31 de mayo de 2006**, I.L. J 1616).

6. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

Plazo para el ejercicio de la acción. “La impugnación de la cláusula de un convenio colectivo no está sometida al plazo de prescripción del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, prevista para el contrato de trabajo. La instancia ‘directa’ de la impugnación de una cláusula de un convenio colectivo debe permanecer abierta, como es lógico si se tiene en cuenta la función depuradora de esta modalidad procesal, durante todo el tiempo de vigencia del mismo” (**STS de 5 de julio de 2006**, I.L. J 1314). Dicho tiempo de vigencia comprende, en su caso, según tiene oportunidad de señalar la **STS de 21 de septiembre de 2006**, I.L. J 1458, el correspondiente al período de ultraactividad:

“Teniendo en cuenta que no hay precepto legal alguno que establezca un plazo para el ejercicio de la acción de impugnación directa de un convenio colectivo, debe entenderse

VIII. Negociación Colectiva

que es posible accionar en todo el tiempo en el que el pacto mantenga vigencia, aunque sea prorrogado, como en este caso, situación en la que el convenio mantiene vigencia en sus cláusulas normativas, según el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores.”

Legitimación. La que corresponde al sindicato, para la impugnación por ilegalidad, no se supedita a que éste cuente con presencia en los órganos de representación de los trabajadores o con un mayor o menor número de afiliados entre los trabajadores incluidos en el ámbito del convenio de que se trate. Lo que se exige es que dicho sindicato acredite un interés concreto en la impugnación [artículo 163.1.a) LPL]. Tal interés no se encuentra vinculado, necesariamente, a la audiencia electoral o representatividad en el ámbito del convenio. Puede venir dado por la “implantación” con que cuente el sindicato en dicho ámbito, cuya apreciación cabe establecer reparando, además de en el número de afiliados o en la audiencia electoral o representatividad que se tenga en el sector o empresa afectados, en la participación y obtención de votos en las correspondientes elecciones a representantes de los trabajadores. Basta con que concurra la indicada participación para que pueda apreciarse la implantación, aunque aquélla sea minoritaria. Aparece el razonamiento expuesto en la **STS de 5 de julio de 2006**, I.L. J 1314:

“La alegada falta de legitimación de USO para ejercitar la acción, que la entidad demandada argumenta sobre la base de que este sindicato no está presente en los órganos de representación de los trabajadores en la empresa y no acredita tampoco afiliados en ella, no puede prosperar porque (...) la cualidad que legitima para impugnar un convenio no es sólo la ‘representación’ sino también la ‘implantación’ en el ámbito del convenio, o condición de un sindicato o asociación empresarial que acreditan un ‘interés’ concreto en el asunto controvertido (...). Tal cualidad de implantación puede derivarse de muy diversas circunstancias, como son, sin duda, la representatividad o representación en el sector o empresa afectados, y también la constancia de afiliados en el ámbito del litigio. Pero en un sistema de representación sindical como el español, en el que el estatus de los actores depende de resultados electorales, la implantación puede acreditarse también a través de la participación y obtención de votos, aunque sea claramente minoritaria, en las elecciones de representantes de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo afectados por el proceso. A este criterio de implantación sí puede acogerse el sindicato actor.”

7. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por las comisiones paritarias

Sobre la distinción entre comisiones de negociación y comisiones de interpretación y la posibilidad de excluir de estas últimas al sindicato no firmante del convenio colectivo, **STS de 6 de julio de 2006**, I.L. J 1466, en relación con el convenio de “Telefónica de España, SA U, de 2003, y reproduciendo la abundante doctrina sentada tanto por igual Sala y Tribunal como por el Tribunal Constitucional. El hecho de que una comisión que tiene encomendadas funciones que no exceden de la administración del convenio adopte decisiones que implican el ejercicio de facultades negociadoras permite la impugnación de éstas “por cualquier persona o entidad legalmente legitimada”.

B) Por los Tribunales laborales

Criterios de interpretación. Ha de estarse tanto a las reglas de interpretación de las leyes como de los contratos. Debe prevalecer la interpretación resultante de atender al sentido literal de las cláusulas cuando los términos de éstas son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de las partes (STS de 19 de julio de 2006, I.L. J 1433).

JAVIER GÁRATE CASTRO

IX. SEGURIDAD SOCIAL**Sumario:**

1. Fuentes. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento. 4. Gestión. 5. Financiación.
6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
A) Concepto de accidente. B) Recargo de prestaciones. C) Indemnización por daños
y perjuicios. D) Enfermedad profesional. 9. Régimen económico, responsabilidad y
garantía de las prestaciones. 10. Asistencia sanitaria. 11. Incapacidad temporal.
12. Maternidad. 13. Regímenes especiales. 14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos
de Seguridad Social. A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción 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

No existe jurisprudencia en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

Alta tardía posterior al momento del hecho causante. Fecha de efectos del alta: alcance de la retroactividad a efectos de la responsabilidad del empresario. La **STS de 26 de septiembre de 2006**, I.L. J 1158, juzga en unificación de doctrina un supuesto en que la empleadora, Servicio Vasco de Salud, había solicitado el alta para la trabajadora con posterioridad al momento del hecho causante de incapacidad temporal, habiendo ingresado las cotizaciones, en cambio, en plazo reglamentario. La sentencia recurrida por el INSS absolvió a la empleadora de la responsabilidad por las prestaciones pues entendió que el retraso en el alta se subsanaba “porque el efecto retroactivo previsto en el artículo 35.1.1º del Real Decreto 84/1996 en relación al alta se produce, no desde el ingreso de las cotizaciones, sino desde el momento a que tales cotizaciones se refieren”. A la hora de determinar el alcance del artículo 35.1.1º citado, el Tribunal Supremo parte de la propia literalidad del precepto cuando señala que el alta formulada fuera de plazo “sólo tendrá efectos desde el día en que se formula la solicitud, salvo que se haya producido el ingreso de cuotas en plazo reglamentario en cuyo caso el alta se retrotraerá a la fecha en que se hayan ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate”. Entiende el Tribunal que cuando el ingreso de las cuotas, aun dentro del plazo reglamentario, es posterior a la formalización del alta, no entra en juego su eficacia retroactiva por lo que declara la responsabilidad en orden a las prestaciones de la empleadora y estima la pretensión planteada por el INSS.

Exigencia de los requisitos del hecho causante de la prestación de incapacidad temporal en el segundo proceso de recaída y no inicial. Requisito de alta o situación asimilada en el RETA y subsidio de Incapacidad Temporal. En la **STS de 28 de junio de 2006**, I.L. J 1175, el demandando, trabajador autónomo, inició un proceso de incapacidad temporal de 18 de noviembre de 2001 hasta el 15 de noviembre de 2001, fecha en que el INSS le denegó la pensión de incapacidad permanente. Se da la circunstancia de que el recurrente había solicitado la baja del RETA a los pocos días de la baja médica. Tres meses más tarde, al trabajador le es concedida de nuevo la baja médica por enfermedad y el INSS le deniega la pensión de incapacidad permanente el 26 de junio de 2006. Solicitada a la Mutua el pago del período de incapacidad temporal, ésta le deniega el subsidio porque en la segunda baja el actor no se hallaba en alta o situación asimilada al alta. En sede judicial el TSJ dio la razón al trabajador con el argumento de que al tratarse el segundo proceso de incapacidad temporal de una recaída por deberse a las mismas dolencias y no superar el intervalo de seis meses entre una y otra baja, esta última debería ser considerada como una reanudación de la baja anterior por lo que el requisito de alta o su asimilación debería referirse a la fecha de iniciación de la primera baja de 18 de septiembre de 2000.

El Tribunal Supremo –en su interpretación de los artículos 128.2 LGSS y 9.1 de la OM de 13 de octubre de 1967, sobre incapacidad temporal– entiende que “al considerar como hecho causante de la incapacidad temporal el de la dolencia inicial, únicamente lo es a efectos de cómputo conjunto de los períodos de incapacidad subsidiada, que es una ficción legal encaminada a evitar una prolongación excesiva del subsidio de incapacidad

temporal en los supuestos de enfermedades recidivantes, limitando su duración máxima en el tiempo mediante su consideración de una sola enfermedad, siempre que no media situación de alta y reincorporación al trabajo por más de seis meses”. Conforme a esta interpretación, la consideración conjunta de las dos bajas en situaciones de recaídas sólo cabe a efectos de duración del subsidio pero no cara a la exigencia de los requisitos del hecho causante los cuales deben apreciarse en el momento de la recaída y no en la baja inicial que dio origen a la prestación primera. En base a esta interpretación, el Tribunal Supremo estima el recurso planteado por la Mutua.

7. RECAUDACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

Según la STS de 29 de junio de 2006, I.L. J 1177, constituye accidente de trabajo el acontecido al trabajador que desempeñaba la actividad de recogida de basuras y limpieza viaria, cuando fue atropellado por una motocicleta, sufriendo fractura en una pierna y dando lugar ello al diagnóstico de fractura luxación compleja del tobillo derecho.

La STS de 14 de julio de 2006, I.L. J 1447, concluye que el trabajador, al encontrarse en los vestuarios de la empresa y antes del inicio del trabajo, ni se encontraba en el puesto de trabajo ni en tiempo de trabajo cuando se sintió indispuerto para que la presunción del artículo 115.3 LGSS pudiese operar, al no vincularse el episodio con esfuerzo o actividad o alteración de clase alguna, en persona nacida el 1 de julio de 1956, fumadora de 40 cigarrillos diarios. Así pues, según dicha resolución, no basta para que actúe la presunción de laboralidad prevista en aquel precepto con que el trabajador se halle en los vestuarios de la empresa cuando ocurre el episodio vascular o la enfermedad que origina la contingencia, sino que el término legal “tiempo de trabajo” contiene una significación más concreta, equivalente a la del artículo 34.5 ET referida a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto de trabajo.

B) Recargo de prestaciones

Según la STS de 9 de octubre de 2006, I.L. J 1502, el plazo máximo en que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. En este caso es el previsto en el artículo 14 de la OM de 18 de enero de 1996, que aplica y desarrolla el RD 1300/1995, de 21 de julio, el cual cumple con el parámetro de legalidad que le impone el antes mencionado artículo 42 LPC, puesto que señala un plazo máximo para resolver de 135 días. El efecto de haber dejado transcurrir ese plazo sin dictar la resolución que corresponda es el propio del silencio administrativo negativo, pues una vez cumplido ese plazo sin resolución la solicitud podrá entenderse

desestimada, en cuyo caso el interesado podrá ejercitar las acciones que le confiere el artículo 71 LPL. Por tanto, no estamos ante la caducidad alegada por la recurrente.

En la **STSJ de Cantabria de 29 de marzo de 2006**, I.L. J 1219, se analiza si es nulo el expediente administrativo sustanciado a propósito de un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. En la sentencia se señala el procedimiento administrativo a seguir, regulado en la Orden de 18 de enero de 1996, siendo necesarios como actos de instrucción más relevantes el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y otro del Equipo de Valoración de incapacidades, con carácter previo a la fase de audiencia y alegaciones. En el presente caso no se produce indefensión, ya que una vez incoado el procedimiento a instancia de la ITSS e incorporados al expediente el acta de infracción con la propuesta de recargo y el dictamen del EVI, se dio traslado del mismo a la empresa, para que pudiese efectuar las correspondientes alegaciones, dando así cumplimiento a lo previsto en el artículo 11.2 de la citada Orden. Por otra parte, entra a analizar si procede la responsabilidad solidaria por contratas y subcontratas del empresario que supuestamente tendría la consideración de empresario principal, concluyendo que no, ya que ostenta la condición de tercero respecto del trabajador accidentado.

En la **STSJ del País Vasco de 11 de abril de 2006**, I.L. J 1405, se pone de relieve que el accidente no se debió a un salto del trabajador, sino a la conducta empresarial omisiva de las medidas de seguridad necesarias, consistentes en el mal estado y defectuoso apoyo de la rejilla que cedió bajo el peso del trabajador, en la colocación de un medio inadecuado de acceso a la válvula averiada (un bidón de 90 cm de altura) que obligaba a que la bajada desde el mismo supusiera un mayor impacto sobre la rejilla de la pasarela (su inadecuación viene corroborada por el hecho de que con posterioridad al accidente se ha colocado una escalera de mano para tener acceso a la válvula), en no haber evitado el uso de ese medio inadecuado cuando se procedió a la reparación de la válvula, y en no haber previsto, valorado ni analizado el riesgo del acceso a la zona de esa válvula en relación al puesto de trabajo de contramaestre. Así pues, entre las omisiones empresariales y el siniestro sufrido por el trabajador existe el nexo causal necesario para la imputación del recargo del 30%.

La **STSJ de Cantabria de 9 de mayo de 2006**, I.L. J 1217, desestima la aplicación del plazo de caducidad de la Ley 30/1992 en el expediente seguido en el recargo por falta de medidas de seguridad. Y ello porque el mismo día del siniestro se detectaron problemas en el funcionamiento de la prensa por parte del trabajador accidentado, avisando a su jefe superior, sin que éste avisase al de mantenimiento ni detuviese la producción.

El recargo de prestaciones es desestimado en la **STSJ de Cantabria de 15 de mayo de 2006**, I.L. J 1535, dado que el artículo 123 LGSS precisa la prueba, por quien pretende el recargo, de la conexión del accidente con una infracción concreta de medidas de seguridad, aquí inexistente, por lo que no se prueba la relación de causalidad.

En la tramitación del expediente del recargo contemplado en la **STSJ de Extremadura de 18 de mayo de 2006**, I.L. J 1570, se rechaza la excepción de caducidad, porque lo que se

produce es una desestimación por silencio administrativo de las pretensiones del interesado, en virtud del RD 1300/1995 y de la Orden de 18 de enero de 1996.

C) Indemnización por daños y perjuicios

El presente recurso de casación (u.d.) es desestimado por la **STS de 4 de julio de 2006**, I.L. J 1330, que tiene por objeto fijar el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción ejercitada por el trabajador frente a su empleadora, de reclamación de daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo. Es cuando se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de invalidez cuando el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir y los perjuicios que de ellas se van a derivar. Por tanto, debe ser el momento de conocimiento de esta resolución el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios. Esta tesis viene reforzada también por el hecho de que los daños derivados de un accidente de trabajo son únicos, de modo que del importe total de los daños han de deducirse las cantidades que, por prestaciones de la Seguridad Social, haya podido percibir el beneficiario y éstas cantidades no son conocidas hasta tanto sea firme la resolución que declara la invalidez del beneficiario (STS de 20 de marzo de 2002).

La **STSJ del País Vasco de 18 de abril de 2006**, I.L. J 1231, concluye que no procede la indemnización de daños y perjuicios porque se da una ausencia de conducta dolosa o culposa del empresario, y no consta incumplimiento del deber de seguridad. Según la sentencia, el accidente acaeció en una vía abierta para el tráfico de los operarios, que reunió condiciones para transitar adecuadamente por ella, sin confluir circunstancias constitutivas de riesgos para la conducción.

Respecto a la cuantía de la indemnización, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 2006**, I.L. J 1249, recuerda la doctrina según la cual, en los supuestos de incapacidad temporal, se valora el lucro cesante, entre lo percibido por el subsidio de incapacidad temporal y lo que hubiera percibido por los salarios durante los días de baja. Por lo que respecta a la indemnización por incapacidad permanente total, ha de valorarse el daño emergente, esto es, el daño sufrido por el trabajador en su calidad de vida como consecuencia de las secuelas del accidente. En este sentido, se recuerda que la STC de 29 de junio de 2000 introdujo el sistema de valoración de la Ley 39/1995, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, sirviendo como criterio de orientación.

En el ámbito laboral y a falta de forma legal expresa que contenga un baremo con las indemnizaciones o establezca topes a su cuantía, la indemnización procedente deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daños emergentes, lucro cesante, daños materiales y morales) derivados del accidente de trabajo y sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social. Por ello, la **STSJ de Cantabria de 7 de junio de 2006**, I.L. J 1618, señala que los parámetros para el cálculo de la indemnización responden, por un lado, a la necesaria deducción del importe de la prestación de Seguridad Social reconocida al actor, pero valorando también la circunstancia del incumplimiento de medidas de protección y seguridad como causa exclusiva del siniestro con los citados parámetros jurisprudenciales (daños emergentes,

lucro cesante, daños materiales y morales) derivados del accidente de trabajo y que se acreditan sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social del trabajador.

La **STSJ de Extremadura de 29 de junio de 2006**, I.L. J 1623, señala que la imprudencia profesional del trabajador no elimina el concepto de accidente de trabajo, pero sí impide la indemnización. Así, la causa eficiente del accidente lo fue la incorrecta manipulación de la motosierra por parte del trabajador, siendo que el empleo de los guantes de protección, cuyo uso no vigiló la empresa, únicamente hubiera producido una disminución del daño, disminución a la que no contribuyó el accidentado al prescindir de ellos.

D) Enfermedad profesional

Según la **STS de 12 de julio de 2006**, I.L. J 1286, se da la existencia de un nexo causal entre el trabajo ejecutado y los elementos externos que ocasionan la enfermedad. En el supuesto de hecho. Además, el síndrome subacromial no es extraño a la lista que denomina el Decreto “enfermedades por fatiga de las vainas tendinosas, de los tejidos peritendinosos, de las inserciones musculares y tendinosas”.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

La **STS de 5 de julio de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 1200, resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina, recuerda que es el INSS el responsable directo del pago del subsidio de incapacidad temporal iniciado por un trabajador en momento posterior al día de su despido, cuando la empresa procede en esa fecha a darle de baja en la Seguridad Social y dejar de cotizar por él, si con posterioridad, se reconoce judicialmente la improcedencia del despido optándose por la indemnización, circunstancia esta que lleva a dar de alta nuevamente al trabajador por ese tiempo y a cotizar por él durante el período en que se percibieron salarios de tramitación.

En la **STS de 19 de junio de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 1207, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la Sala con apoyo en su anterior doctrina, entiende ajustada a derecho la sentencia impugnada por la Mutua (Cyclops) en la que se establece que es quien cubra el riesgo en la fecha del hecho causante la responsable de abonar las prestaciones por IT después de extinguido el contrato de trabajo respecto al trabajador que se encuentre ya de baja antes de dicha extinción, y ello con independencia de las variaciones en la cobertura del riesgo que se produzcan con posterioridad a la extinción del contrato de trabajo tal como se recuerda en las **STSS de 12 de junio de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 1212 y de **2 de septiembre de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 1328.

En la **STS de 11 de octubre de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 1506, dictada a raíz de un recurso de casación para la unificación de doctrina, reitera la responsabilidad empresarial, y no de la entidad gestora, en el pago de una prestación de incapacidad temporal

IX. Seguridad Social

por enfermedad común reconocida a una trabajadora en un supuesto de cotización por la empleadora (ICS) dentro del plazo legal pero después de acaecido el hecho causante, siendo el alta en la Seguridad Social posterior al inicio de la prestación de servicios y al inicio de la incapacidad temporal.

Finalmente la **STS de 6 de julio de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 1296, resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina planteado respecto a la posible responsabilidad de la ONCE y del INSS, en cuanto a la diferencia resultante en la pensión de jubilación de uno de los vendedores de la ONCE, como consecuencia de haber cotizado la empleadora por dicho vendedor como si se tratara de un representante de comercio, habiendo sido lo procedente hacerlo sin el tope de cotización previsto para tales representantes. Al respecto la Sala mantiene que en los supuestos en los que la ONCE ha venido cotizando en todo momento en los términos resultantes de los sucesivos convenios colectivos y con la plena anuencia de la Administración de la Seguridad Social, no debe alcanzar a dicha empresa responsabilidad alguna en cuanto a las diferencias de pensión resultantes, sino que tal responsabilidad ha de asumirla el INSS. Ello sin perjuicio del posible derecho de éste a reclamar de aquéllas las correspondientes diferencias de cuotas, en la parte prescrita.

10. ASISTENCIA SANITARIA

No existe jurisprudencia en la materia.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

La **STS de 30 de junio de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 1158, en un supuesto en el que un trabajador es dado de alta en la Seguridad Social en fecha posterior a aquella en la que causó la prestación de incapacidad temporal, siendo una empresa que ingresó después, en plazo reglamentario, las cotizaciones correspondientes al período trabajado, resuelve y estima un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS, cassando y anulando la sentencia recurrida por la que se condenaba al INSS y a la Tesorería de la Seguridad Social del País Vasco al pago de la prestación. El TS entiende que la sentencia recurrida quebranta la doctrina unificada de la Sala, recogida en la sentencia de contraste, por la cual, cuando el ingreso de cuotas, aun dentro del plazo reglamentario, es posterior a la formulación del alta, ya no entra en juego ese efecto retroactivo porque los efectos del alta juegan desde una fecha más favorable, el alta anterior, que si se efectuó fuera de plazo, no puede quedar convalidada para que surta efectos a la fecha del hecho causante por el simple hecho de ingresar cuotas en plazo reglamentario pero en fecha posterior al alta.

La **STS de 26 de junio de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 1173, casa y anula una sentencia del TSJ de la Comunidad de Murcia. En esta última, se entiende ajustado a derecho que ante un supuesto de un trabajador afiliado al régimen de Trabajadores Autónomos, que sufre una baja por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, sin estar al corriente en el pago de sus cotizaciones, por lo que al solicitar el abono del subsidio le es denegado, y que nuevamente es declarado en situación de incapacidad temporal por

recaída en la misma dolencia, sin que se hubiese llegado a reincorporar al trabajo, se le deniegue de nuevo el pago de subsidio por no hallarse en el momento del hecho causante, la fecha de la primera baja, al corriente en el pago de las cotizaciones. Al respecto, el TS, con apoyo en la sentencia de contraste, determina que si en el inicio de la segunda situación de baja el actor reunía los requisitos exigibles para causar el derecho, puesto que las cuotas debidas habían sido abonadas con anterioridad, tiene derecho a obtener el subsidio postulado, con independencia de que su duración máxima quede limitada en los términos establecidos para las situaciones de recaída en el artículo 128.2 LGSS.

En otro supuesto de proceso con recidivas, la **STS de 27 de junio de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 1174, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por la Mutua Patronal, dirigido a determinar si la recaída sufrida en el proceso de enfermedad común que motivó la baja del trabajador demandante, después de que causó baja en el RETA y de que se declaró en alta por resolución del INSS que puso fin a la declaración de incapacidad permanente al expediente al efecto incoado, supone una continuación del primer episodio a efectos de determinar los requisitos que han de concurrir en la concesión de la prestación reclamada, o por el contrario, es el momento de la segunda o ulterior baja por recaída la que determina la necesidad de examinar en ese momento la concurrencia de los requisitos para la concesión de la prestación, entendiéndose que es esta segunda tesis la que debe prosperar. Por ello considera ajustada a derecho la denegación por la Mutua Patronal de la prestación al trabajador en el caso concreto por no estar en situación de alta o asimilada en el RETA en el momento de la recaída. Idéntica doctrina es mantenida en la **STS de 6 de julio de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 1300.

En cuanto a la extinción de la incapacidad temporal la **STS de 19 de septiembre de 2006**, Sala de lo Social, I.L. J 1496, ante un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS, la Sala entiende que agotado el período máximo de 18 meses, existiendo una resolución administrativa dictada por el INSS en la que se declara a la beneficiaria no afecta de invalidez permanente en grado alguno, y produciéndose la ausencia de previsión de demora en la calificación, se produce la imposibilidad de continuar en IT aun cuando la trabajadora precise ultimar su tratamiento, no siendo posible ninguna prórroga.

12. MATERNIDAD

Según la **STJCE de 18 de julio de 2006**, I.L. J 1123, el artículo 33.1 del Reglamento 1408/1971 no se opone a la hora de determinar las bases de la cotización al seguro de enfermedad, aplicables en el Estado miembro de residencia, se incluyan además de las percibidas en ese Estado las abonadas por otro país siempre que éstas no superen las otorgadas en el país de residencia. El artículo 39 CE se opone, en cambio, a que se tengan en cuenta pensiones percibidas en otro Estado miembro, si ya se abonaron cotizaciones en este otro Estado sobre los ingresos procedentes del trabajo, correspondiendo a los interesados determinar la existencia de dichos pagos anteriores.

13. REGÍMENES ESPECIALES

Régimen Especial Agrario

La STS de 17 de julio de 2006, I.L. J 1289, analiza el supuesto de un trabajador por cuenta propia al que, al agostarse el período máximo de Incapacidad Temporal, la Entidad Gestora –de oficio– dio de baja en el REA, tras ello, el trabajador solicitó el mantenimiento de su situación de alta, y tras optar por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales (MATEP), abonó las cuotas correspondientes al período de actividad y reclamó el pago de un nuevo proceso de Incapacidad Temporal, a lo que inicialmente fue condenada la Entidad Gestora y no la MATEP.

Es este supuesto –al que, dado que se trata de un trabajador por cuenta propia, podemos anticipar que se le aplicó la misma doctrina que el Tribunal había elaborado para supuestos similares en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos– lo que se discute esencialmente es si el agotamiento del período máximo de Incapacidad Temporal permite que, de oficio, sea dado de baja en el régimen en el que se hallaba encuadrado. Por ello, debe notarse que la presente actuación de oficio es un supuesto sustancialmente distinto a aquellos en los que es la propia persona interesada quien se da de baja en el régimen, y después –al amparo de las normas establecidas para la duración máxima en caso de recaídas en la misma dolencia– solicita el pago de una prestación prescindiendo de tal baja voluntaria.

Considera el Tribunal, al igual que –entre otras– en la STS de 20 de enero de 2004, I.L. J 188 y la STS de 28 de mayo de 2004, I.L. J 1733, que la aplicación del artículo 131 bis.2 de la LGSS, una vez agotada la duración máxima de la Incapacidad Temporal, crea una situación de asimilación al alta, lo que no impide la baja y excluye la obligación de cotizar, salvo que quiera mantenerse por el trabajador, y además no afecta a la continuación de la prestación; así pues, en la segunda ocasión en la que el trabajador solicitó la prestación por Incapacidad Temporal no era cierto que el trabajador autónomo no se hallase en situación de alta o asimilada, motivo por el cual se le denegó la prestación; y, por consiguiente, se declara el derecho a percibir el subsidio correspondiente con cargo a la Mutua con la que había suscrito la cobertura de las contingencias comunes.

Régimen Especial de la Minería del Carbón

La STS de 18 de julio de 2006, I.L. J 1443, resuelve formalmente que no se dan las identidades necesarias con la sentencia de contraste para realizar la unificación de doctrina solicitada, a pesar de reconocer que se trata de supuestos especialmente casuísticos, en los que el papel de la jurisprudencia debe limitarse a señalar los criterios generales de decisión. Sin embargo, antes de llegar a dicha conclusión desestimatoria, se realiza una reiteración de la jurisprudencia establecida en la STS de 3 de marzo de 1997, y reiterada en la STS de 17 de junio de 1998, en las que se determina que la categoría profesional a tener en cuenta es aquella en la que se contrajo la enfermedad, no la que se desempeñaba en el momento en el que formalmente se reconoce o evalúa la incapacidad; que cuando es difícil precisar el momento en el que se contrae una enfermedad –como la

silicosis— debe utilizarse un criterio de mayor probabilidad atendiendo al tiempo en el que se han realizado las diversas tareas, y entre ellas las que presentan riesgo pulvígeno; y que no es razonable optar por la última categoría desempeñada —siguiendo literalmente la norma— si en la misma las probabilidades de contraer la enfermedad invalidante eran menores o nulas.

Todo ello en el marco de la posibilidad regulada en la OM de 3 de abril de 1973, en sus artículos 22.2.1ª y 20.2.1ª (las mínimas diferencias entre ambos artículos se declaran irrelevantes por la jurisprudencia citada) de que los pensionistas por incapacidad permanente de este régimen especial puedan acceder a la pensión de jubilación al llegar a los 65 años de edad, edad real o ficticia por aplicación de los coeficientes reductores (la edad ficticia sólo si se trata de un pensionista: STS de 3 de mayo de 2002, I.L. J 1082, y precisamente por incapacidad de este régimen especial STS de 16 de septiembre de 2003, I.L. J 1537). Ésta es una transformación de pensión que deviene irreversible —y por ello debe ser cuidadosamente valorada antes de solicitarse—, ya que posteriormente, aunque se produjera un agravamiento de la enfermedad invalidante, no podría revisarse la pensión de incapacidad concedida en su día, puesto que aunque en este régimen especial no existe límite de edad para tal revisión, el pensionista ya no lo sería por incapacidad permanente sino por jubilación, como se recuerda en la STS de 3 de febrero de 2005, I.L. J 183.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social

Para la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2006, I.L. J 1122, el orden jurisdiccional social es competente para conocer del caso enjuiciado. El trabajador está legitimado para postular la revisión de la base reguladora de la pensión de jubilación que le fue declarada en vía administrativa, pretensión para la que ostenta un interés legítimo y directo, y si ello requiere valorar la corrección o no de las cotizaciones ingresadas por su empleador durante el período que la Entidad Gestora tomó en consideración para su cálculo, no por ello deja de ser competente el orden social, ni, mucho menos, el suplico de la demanda adolece de defecto alguno por no interesarse en él un encuadramiento diferente.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ

NURIA PUMAR BELTRÁN

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA

IGNASI AREAL CALAMA

EUSIBI 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. **4. Muerte y supervivencia.** A) Requisitos del sujeto causante. B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos.

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

- 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 9 a 12 de 2006 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1121 a 1630).

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

e) Supuestos especiales

La STS de 29 de junio de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina), I.L. J 1163, resuelve el recurso planteado por una trabajadora que trata de acceder a la prestación por desempleo de nuestro país, en base a las cotizaciones correspondientes al período trabajado en otro Estado, sin haber acreditado período alguno de seguro o empleo en España. Para ello pretende la aplicación de la excepción que recoge el artículo 71.1.b), apartado ii), en relación al artículo 67.3 del Reglamento 1408/1971 de CE.

En virtud del citado artículo 67.1, será la institución competente del Estado que subordine la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de haber cubierto determinados períodos de seguro, la que decida sobre los términos necesarios para el acceso a la prestación por desempleo; es decir, si computan o no los períodos de seguro o de empleo cubiertos como trabajadores por cuenta ajena bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratase de períodos de seguro cubiertos bajo la legislación aplicada por ella, a condición de que los períodos de empleo hubieran sido considerados como períodos de seguro en el supuesto de haber sido bajo dicha legislación.

Teniendo en cuenta el número 3 del artículo 67 y la interpretación que del mismo realiza la STJCE de 20 de febrero de 1997, para entender computables los períodos cubiertos en otros Estados miembros, es necesario que se haya cubierto en último lugar períodos de seguro con arreglo a la legislación del Estado donde se solicita la prestación por desempleo.

La sentencia recurrida, en aplicación de lo anterior, deniega la prestación por desempleo a la actora por entender que si bien ha cotizado desde el 26 de marzo de 2001 hasta el 31

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

de diciembre de 2002 en Gran Bretaña, adolece de cotizaciones en España como requiere el artículo 67.3 del Reglamento 1408/1971.

Tampoco es de aplicación en este caso la excepción contenida en el artículo 71.1.ii) del citado Reglamento, porque el mismo se refiere a supuestos distintos, concretamente: al disfrute de prestaciones que no se hubiesen comenzado a percibir, en cuyo caso se disfrutará de la prestación con arreglo a la legislación del Estado donde se resida, que no es el caso de autos, al tener la residencia en los dos últimos años en Gran Bretaña; y otro, cuando ya se hubiera comenzado a disfrutar la prestación con cargo a la Institución del Estado miembro a cuya legislación ha estado sometido en último lugar, que tampoco es el caso de autos.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b) Beneficiarios

b') Subsidio de prejubilación

La cuestión debatida en la **STS de 26 de septiembre de 2006** (recurso de casación para la unificación de doctrina), I.L. J 1440, consiste en determinar si la actora, que tiene cotizados en Suiza 362 meses, puede acceder con esa cotización al subsidio asistencial de desempleo para mayores de 52 años, que le ha sido denegado por no reunir el período de cotización genérico, ni el específico, ni la carencia de seis años de cotización al desempleo.

La sentencia recurrida, revocando la solución estimatoria otorgada en instancia, confirma la denegación de la gestora por entender que las cuotas a las que se refiere el artículo 215.1.2 LGSS, son únicamente las realizadas en España, sin que puedan computarse las realizadas en Suiza.

El recurso denuncia infracción del artículo 51 del Convenio Europeo de Seguridad Social, que en su número 1 establece la totalización de los períodos cotizados en Suiza y en España a efectos de las prestaciones de desempleo.

Por tanto, se estima el recurso presentado por la actora contra el Instituto Nacional de Empleo y se confirma la sentencia de instancia.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

- Jubilación forzosa

Nuevamente la **STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2006**, I.L. J 1630, se pronuncia sobre la validez de las cláusulas de los convenios colectivos que establecen una jubilación forzosa por

razón de edad. Se reitera la doctrina del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, respecto a la aplicación de las reglas de retroactividad que se contienen en la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre la posibilidad de pactar jubilaciones forzosas en los convenios colectivos. Se pronuncia, así, en el sentido de que la Disposición Transitoria Única de esta Ley, que establece que las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, no es aplicable con un proceso iniciado ya, en tanto en cuanto aplicar a dicha situación la norma nueva supondría tanto como modificar el objeto del proceso creando la consiguiente indefensión entre las partes contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la Constitución, sin que por otra parte quepa pensar que el legislador haya querido ir más allá en su retroactividad de lo que el derecho constitucional permite.

b) Contenido de la prestación

b') Cuantía de la prestación

– Trabajadores migrantes

Las SSTs de 11 y 21 de julio de 2006, u.d., I.L. J 1189 y 1209, se pronuncian sobre la cuestión, siempre litigiosa, de la determinación de la cuantía de la prestación de los trabajadores migrantes que acreditan una carrera de seguro en varios países, así como la determinación de la *pro rata temporis*. Se plantea nuevamente la cuestión relativa al cálculo de la pensión de jubilación a cargo de la Seguridad Social española (*pro rata temporis*) respecto de trabajadores que tienen acreditadas cotizaciones a nuestro sistema de Seguridad Social (Régimen del mar) y también a la Seguridad Social de otros países (Holanda, Alemania). Se reitera la doctrina unificada del Tribunal Supremo que declara que para el cálculo de la *pro rata temporis* han de computarse todas las cotizaciones efectuadas en España y en otro país comunitario.

Por otro lado, también es doctrina unificada, que se recoge en las SSTs de 5 y 24 de julio de 2006, u.d., I.L. J 1445 y 1331, que para el cálculo de la base reguladora de una pensión de jubilación a cargo de la Seguridad Social española, calculada mediante el procedimiento *pro rata temporis*, que se reconoce a un asegurado que acredita períodos de trabajo y cotización en España y en otros países (en este caso España y Andorra, con aplicación del Convenio Hispano-Andorrano de Seguridad Social), la base de cálculo de la prestación reconocida es el límite mínimo o “base mínima” de la base individual de cotización que hubiera correspondido al trabajador de haber trabajado en España. Además, se declara que las cotizaciones presuntas establecidas en la Disposición Transitoria Segunda núm. 3 de la OM de 18 de enero de 1967 se toman en consideración a los efectos de determinar

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

la porción de la pensión de jubilación que ha de ser asumida por la Seguridad Social española.

e) Jubilación anticipada

-Prejubilaciones

La naturaleza de las prejubilaciones, la determinación de su cuantía y el modo de cálculo de la cantidad que deban recibir los trabajadores en concepto de prejubilación siguen siendo cuestiones que generan una gran conflictividad y numerosos pronunciamientos jurisprudenciales.

En cuanto a su naturaleza, las **SSTS de 4 de julio de 2006** y **de 22 de junio de 2006**, I.L. J 1254 y 1162, recogen la doctrina unificada en el sentido de que las decisiones de los trabajadores de cesar en la empresa, acogiéndose al sistema de prejubilación establecido en la misma, han de incardinarse en la causa de extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso o mutuo acuerdo extintivo de la relación de trabajo prevista en el artículo 49.1.a) del ET, sin que la concurrencia de razones económicas y profesionales más o menos poderosas que impulsan al trabajador a aceptar el ofrecimiento de la empresa pueda desvirtuar la bilateralidad característica de esta causa de extinción. En consecuencia, en cuanto derivada de un acuerdo extintivo de la relación de trabajo adoptado por voluntad conjunta del empresario y el trabajador, la jubilación anticipada de éste tras el agotamiento de la situación contractual de prejubilación no puede considerarse forzosa sino voluntaria, y el tipo anual reductor del porcentaje de la pensión aplicable a la misma es del 8%.

Varias sentencias se pronuncian sobre el plazo de prescripción extintiva de las reclamaciones relativas a las percepciones de los trabajadores en situaciones de prejubilación acordadas con la empresa. Conforme a la reiterada doctrina unificada del Tribunal Supremo, se declara en las **SSTS de 14 de junio de 2006**, u.d., I.L. J 1171; **8 de junio de 2006**, I.L. J 1170; **7 de junio de 2006** I.L. J 1169; **12 de julio de 2006**, I.L. J 1183; **20 de julio de 2006**, I.L. J 1204; **17 de julio de 2006**, I.L. J 1208; **19 de septiembre de 2006**, I.L. J 1489; **29 de septiembre de 2006**, I.L. J 1495; **18 de septiembre de 2006**, I.L. J 1513; **19 de mayo de 2006**, I.L. J 1279; **29 de junio de 2006**, I.L. J 1284; **21 de julio de 2006**, I.L. J 1305; **24 de julio de 2006**, I.L. J 1323 y **24 de julio de 2006**, I.L. J 1324, que el precepto aplicable es el artículo 59.2 ET puesto que la acción se ejercita para exigir percepciones económicas, con base al Acuerdo de prejubilación, que se concreta en la modificación de la cantidad asignada anualmente (mediante la integración de dos pagas extraordinarias) y en el abono de los atrasos correspondientes a dicha actualización. Se debe aplicar el artículo 59.2 ET, y la prescripción de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse, cuya determinación ha de hacerse teniendo en cuenta que el devengo es mensual, puesto que el abono se hace por meses vencidos. Ello comporta que el ejercicio de la acción –vigente todavía el Acuerdo y, por lo tanto, devengándose mensualmente la cantidad a percibir– no ha de producir otro efecto prescriptivo que el de las cantidades concretamente reclamadas correspondientes a los atrasos causados mensualmente, en el sentido de que no podrán ser reconocidas las devengadas más allá del período del año anterior a la fecha de la reclamación.

En relación con la posible modificación de los acuerdos que establecen la situación del prejubilado, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 8 de mayo de 2006**, I.L. J 1544, establece que sí “es posible que mediante acuerdos posteriores se modifiquen los acuerdos alcanzados en su día en un expediente de regulación de empleo, que se encuentren vigentes, por venir desplegando sus efectos a lo largo del tiempo en concreto respecto a los derechos reconocidos a los trabajadores prejubilados”. Sin embargo, no cabe que en un acuerdo, en el que se suprime el beneficio de transporte colectivo, que venía reconocido en el Convenio Colectivo, y se acuerda su compensación con una cantidad en metálico, se pueda excluir unilateralmente del derecho a dicha compensación a los trabajadores prejubilados, sin modificar los acuerdos del expediente de regulación de empleo en los que se reconocía a los prejubilados los mismos beneficios sociales y en los mismos términos y condiciones que el personal en activo.

– Condiciones de la jubilación anticipada

En cuanto a las condiciones exigidas para tener derecho a la jubilación anticipada y a las condiciones de disfrute de la misma, la **STS de 22 de septiembre de 2006**, u.d., I.L. J 1486, se pronuncia sobre la procedencia de la jubilación anticipada a los 64 años, al amparo de lo establecido en el RD 1194/1985. Dicha jubilación anticipada a los 64 años se autoriza siempre que simultáneamente al cesado por jubilación se le sustituya por otro trabajador que se haya inscrito como desempleado en la correspondiente Oficina de Empleo, bajo cualquier modalidad de contratación vigente, excepto la contratación a tiempo parcial y la modalidad prevista en el artículo 15.1.b) del ET, formalizándolo por escrito y con una duración mínima de un año. La sentencia declara que las posibles irregularidades de la contratación entre la empresa y el sustituto podrán originar los perjuicios correspondientes para ambas partes contratantes, pero no se proyectan a la jubilación anticipada del trabajador sustituido, salvo en el caso de que se alegue y pruebe su participación en tales irregularidades.

D) Previsión social voluntaria

A) Mejoras voluntarias

A la determinación del supuesto concreto a que se refiere una Mejora Voluntaria de la Seguridad Social acordada en el convenio colectivo se refiere la **STSJ de Extremadura de 22 de junio de 2006**, I.L. J 1627. La cuestión que se debate es si la jubilación parcial puede determinar la gratificación prevista en el convenio colectivo, como mejora voluntaria, para la jubilación anticipada. La sentencia declara, al respecto, que, en virtud de lo establecido en el artículo 161 LGSS, la jubilación puede ser a los 65 años de edad o anticipada, antes de esa edad, y tanto una como otra pueden ser total, alcanzando a toda la jornada de trabajo, o parcial, que opera sólo sobre parte de esa jornada, regulada en el artículo 166, que distingue entre los trabajadores que hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación y aquellos que reúnan las condiciones para tener derecho a la pensión con

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

excepción de la edad, que también pueden acceder a la parcial. De esta forma, a la hora de acordar la mejora voluntaria, si no excluyeron la jubilación parcial, no puede decirse que fuera su intención hacerlo, de acuerdo a las reglas de la interpretación que establece el Código Civil.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

a') Criterios de valoración: los baremos

Debe tenerse en cuenta que la determinación del grado de la incapacidad es una materia poco proclive o propia para la unificación de doctrina, tanto por la dificultad para establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por regla general, de supuestos en que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general, **STS de 20 de julio de 2006**, u.d., I.L. J 1257 (en esta misma dirección, entre otras, cfr. SSTS de 7 de octubre de 2003, u.d., I.L. J 1972, de 28 de julio y 27 de octubre de 2003, u.d., I.L. J 1530 y 1516).

b) Requisitos del beneficiario

La **STS de 21 de septiembre de 2006**, u.d., I.L. J 1337, confirma la línea jurisprudencial donde se establece que, en caso de que existan cotizaciones en diferentes regímenes de Seguridad Social y en ninguno de ellos por separado se reúnan los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión, se sumarán a tal efecto las cotizaciones correspondientes a todos (cómputo recíproco de cotizaciones), y en tal caso se otorgará por el régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones (ex artículo 35 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del RETA; criterio que posteriormente fue extendido a todo el sistema de la Seguridad Social por Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre).

c) Prestaciones económicas

a') Clases y cuantía de las prestaciones

Por lo que respecta a la cuantía de las prestaciones reconocidas es muy interesante la Sentencia que no considera que incurra en incongruencia procesal cuando postulada una IPT por quien, en el momento de su solicitud, reúne todos los requisitos para poder optar a ese grado de invalidez con la cualificación derivada de lo previsto en el artículo 139.2, párrafo 2º, LGSS, pero sin hacer referencia expresa y postulación a tal incremento; la

sentencia que la reconoce contempla el abono de la prestación incrementada con el porcentaje reglamentario del 20%. El TS considera que solicitada una prestación de IPT, esta postulación procesal debe conllevar consigo todos los pedimentos adherentes a las circunstancias personales de quien solicita dicho grado. Ello porque no se da incongruencia cuando el órgano judicial aplica por derivación las consecuencias legales de una petición que, aunque no haya sido solicitada expresamente por las partes, sí vienen impuestas en normas de derecho necesario o, que se concedan efectos no pedidos por las partes siempre que se ajusten al objeto material del proceso, **STS de 28 de septiembre de 2006**, u.d., I.L. J 1494 (en idéntico sentido, **STS de 11 de mayo de 2006**, u.d., I.L. J 894).

b') Base reguladora de las prestaciones

El artículo 140.4 LGSS ha de interpretarse de modo que se obvien –doctrina “del paréntesis”, como excepción al criterio general de del recurso a las bases mínimas para la integración de las lagunas de cotización en la fijación de la base reguladora– los períodos sin obligación de cotizar debidos a invalidez provisional (IPV), o IT en régimen de pago directo por finalización del contrato de trabajo, o prórroga de IT, debiendo calcularse la base reguladora a partir del mes inmediatamente anterior a producirse la situación que dio lugar a la exención del deber de cotizar. Ahora bien, la técnica del “paréntesis” no es de aplicación cuando la IPV no opera como situación de tránsito desde la IT a la IP, sino que a ésta se llega tras reanudar –después de la IPV– la actividad laboral y una situación de desempleo que no tiene conexión con la IPV terminada hacía años. La IPV no se inserta en una sucesión de situaciones protegidas que han llevado a la IP, ya que se produjo en el marco de un proceso anterior que se cerró con una reanudación de la actividad que se mantuvo durante varios años hasta que se produce la actual IP. En estos casos, la laguna de cotización no responde simplemente a una situación de suspensión del contrato de trabajo en la que no existe obligación de cotizar (**STS de 21 de septiembre de 2006**, u.d., I.L. J 1508).

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

C) Cuantía de las pensiones

La vida en común en los supuestos de separación o divorcio afecta a la cuantía de la pensión de viudedad, y ésta, que se presume por el matrimonio, se suspende con la sentencia de separación (artículos 69 y 83 del Código Civil); pues bien, una posterior reanudación de la vida en el mismo domicilio no supone “vida en común” o “tiempo vivido con el cónyuge”, que es la expresión utilizada por el artículo 174.2 de la LGSS. En efecto, como reitera el **STS de 25 de septiembre de 2006**, I.L. J 1519 (en un supuesto en que la convivencia de hecho continúa desde la sentencia de separación), para dejar sin efecto –a efectos de la cuantía de la prestación de viudedad– el procedimiento de separación, es necesario que los cónyuges lo pongan en conocimiento del juez civil, mientras esto no

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

se produzca no es posible hablar de convivencia con relevancia jurídica a los efectos de la cuantía de la pensión de viudedad; en conclusión, la reconciliación no comunicada, aunque supone una reanudación de la convivencia y tiene efectos ante los cónyuges, no produce efectos ante terceros, condición que tiene obviamente la Entidad Gestora de la Seguridad Social —el INSS— y es que por seguridad jurídica la reconciliación tiene que estar vinculada a un reconocimiento oficial.

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. 3. Derecho administrativo sancionador.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

El objetivo de esta crónica está dirigido a dar cuenta de los pronunciamientos judiciales que en relación con el Derecho Administrativo Laboral se han dictado en los últimos meses, los cuales aparecen reproducidos en los números 9, 10, 11 y 12 (2006) de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*. Por otra parte, en este terreno de la administración laboral, interesa destacar por su trascendencia dos importantes novedades normativas que repercuten en esta materia, ya que modifican la LISOS y la LPL.

Así, en primer lugar, hay que mencionar el RD 306/2007, de 2 de marzo (BOE del 19), por el que se actualizan las cuantías de las sanciones establecidas en la LISOS. Esta actualización se efectúa en ejercicio de la autorización contenida en la Disposición Adicional Primera LISOS, que permite al Gobierno llevar a cabo una acción de este tipo, teniendo en cuenta la variación de los IPC.

En segundo lugar, debe aludirse a la LO 3/2007, de 22 de marzo (BOE del 23), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Y es que, por un lado, su Disposición Adicional Decimocuarta también procede a introducir modificaciones en la LISOS –en este caso, de mayor calado–. En efecto, de entrada, se añade un nuevo apartado –el 13– al artículo 7 sobre infracciones graves; por otra parte, en sede de infracciones muy graves en materia de relaciones laborales, se modifican los apartados 12 y 13 bis del artículo 8, al que además se le añade un nuevo apartado –el 17–; asimismo, se modifica el párrafo primero del artículo 46, sobre sanciones accesorias a los empresarios; finalmente, se añade una nueva subsección 3ª bis en la sección 2ª del Capítulo VI, bajo el título “Responsabilidades en materia de igualdad”, que comprende un nuevo artículo 46 bis cuya rúbrica es “Responsabilidades empresariales específicas”.

Por otro lado, la LO 3/2007 también modifica la LPL. En este sentido, los puntos Cuatro y Cinco de la Disposición Adicional Decimotercera inciden en el proceso de oficio: de

un parte, se introduce una letra d) en el artículo 146 que contiene un nuevo supuesto de hecho determinante de la incoación del procedimiento; de otra, se modifica el artículo 149.2 para actualizar sus previsiones –pues hasta el momento el precepto en cuestión seguía aludiendo a las infracciones establecidas en los artículos 95 y 96 ET cuando desde el año 2000 tales artículos están incorporados en la LISOS–.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. ACTAS DE LIQUIDACIÓN

En este apartado deben ser destacados una vez más los múltiples pronunciamientos del Tribunal Supremo que se encargan de reiterar las reglas a seguir en la cuantificación económica de las pretensiones impugnatorias de las actas de liquidación a los efectos de acceso a los recursos de casación y casación para la unificación de la doctrina.

En este sentido, las **SSTS de 21 de julio de 2006**, I.L. J 1151, de **20 de julio de 2006**, I.L. J 1152, de **21 de julio de 2006**, I.L. J 1153, y de **19 de septiembre de 2006**, I.L. J 1339, todas de la Sala Tercera, inciden una vez más en las reglas a seguir en la cuantificación económica de las pretensiones con origen en actas de liquidación a los efectos de determinar su acceso al recurso de casación: de un lado, tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tenerse en cuenta son las mensuales, en atención a que tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes a mes, y no por períodos de tiempo diferentes; de otro, estaría aquella otra en función de la cual en la cuantificación únicamente se toma en consideración el débito principal (cuota) pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad.

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El último apartado a analizar en esta crónica se relaciona con el derecho administrativo sancionador, materia en la que no han aparecido demasiados pronunciamientos en el período de referencia.

En efecto, por un lado, cabe mencionar la **STS de 3 de julio de 2006**, Sala Tercera, I.L. J 1309, en la que se señala que el plazo de 30 días que recogía el artículo 43.4 de la Ley 30/1992 –suprimido por la Ley 4/1999– no constituía una ampliación del plazo de caducidad de seis meses que rige en el procedimiento administrativo sancionador, sino que estaba establecido a los meros efectos de comunicar la caducidad del procedimiento.

Por otro lado, en relación con la impugnación de unas sanciones impuestas en materia de prevención de riesgos laborales, con origen en un acta de infracción única en la que se constataba la comisión de una pluralidad de infracciones, la **STS de 14 de septiembre de 2006**, Sala Tercera, I.L. J 1338, inadmite el recurso de casación en unificación de la doctrina por razón de la cuantía:

XI. Administración Laboral

“(…) pues aunque se trata de una sola acta de infracción, cada una de las infracciones cometidas por el recurrente están perfectamente diferenciadas, y todo ello con independencia de que hayan dado lugar a una o varias actas, por cuanto debe entenderse que es la cuantía individualizada de cada una de las sanciones, y no la suma de todas, la que determina objetivamente la cuantía del proceso contencioso-administrativo a efectos de casación”.

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) Litigio surgido entre sindicato y sección sindical. B) Conflicto colectivo. Reglamento del Personal Reglamentario al servicio de una Cámara de Comercio. C) Impugnación de convocatoria de contratación laboral indefinida realizada por empresa pública. D) Existencia de relación laboral. a) Colaborador de empresa periodística. b) Apariencia de contratación administrativa. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Inexistencia de relación laboral. a) Músicos que prestan su actividad en un hotel. b) Personal estatutario de instituciones sanitarias de las Comunidades Autónomas. c) Transportistas. d) Relación mercantil. Administrador. B) Indemnización por accidente en el mar. El tomador del seguro es un poder público. C) Reclamación de indemnización. Extinción del contrato por expediente de regulación de empleo. **4. Conciliación extrajudicial. Conflicto colectivo. Inexistencia de plazo para presentación de demanda desde el intento de conciliación. 5. Acumulación de acciones. 6. Excepciones.** A) Caducidad. B) Cosa juzgada. C) Falta de legitimación activa. D) Inadecuación de procedimiento. E) Litispendencia. F) Prescripción. G) Litisconsorcio pasivo necesario. H) Falta de acción. **7. Práctica de la prueba.** A) Diligencias para mejor proveer. B) Fictia confessio. C) Carga de la prueba. Despido cuya existencia niega la demandada. D) Prueba indiciaria. E) Instalación de cámaras de vídeo. Licitud de la prueba. **8. Sentencia.** A) Incongruencia. Inexistencia. B) Aclaración de sentencia. C) Motivación. **9. Despido. Salarios de tramitación.** A) Descuentos. Preaviso. B) Exención. ¿Error excusable? C) Limitación temporal. Necesidad de depositarlos junto con la indemnización. **10. Recurso de suplicación.** A) Afectación general. B) Anuncio. Ausencia de consignación. **11. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Afectación general. B) Contradicción. a) Requisitos generales. b) Firmeza de la sentencia de contraste. c) Unificación de doctrina sobre normas procesales. d) Falta de contradicción. C) Escrito de interposi-

ción. D) Cuantía litigiosa. Actas de infracción. **12. Recurso de revisión. Fecha del conocimiento de los hechos. 13. Ejecución de sentencia. Descuentos en concepto de IRPF y de Seguridad Social.**

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 9 al 12 (ambos inclusive) del año 2006 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Litigio surgido entre sindicato y sección sindical

La STS de 19 de septiembre de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1457, estima la competencia del orden social para entender de una demanda interpuesta por una sección sindical reclamando la anulación de la reunión extraordinaria celebrada por la Dirección Estatal del sindicato demandado, del acta levantada y de los acuerdos adoptados. La Sala revoca el Auto de la AN —que previamente había declarado la incompetencia del orden social y remitió a la partes al orden contencioso-administrativo— entiende que no se deduce ninguna pretensión que tenga relación con los órganos de la Administración Pública, y declara en consecuencia que la competencia es del orden social.

B) Conflicto colectivo. Reglamento del Personal Reglamentario al servicio de una Cámara de Comercio

La STS de 28 de junio de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1175, aprecia la competencia del orden social, por cuanto lo planteado en la demanda es la interpretación del Reglamento del Personal Reglamentario al servicio de una Cámara de Comercio, quien mantiene una relación laboral con la demandada.

C) Impugnación de convocatoria de contratación laboral indefinida realizada por empresa pública

La STS de 25 de julio de 2006, Sala Cuarta, I.L. 1306, dictada en unificación de doctrina, considera que la demandada (Televisión Autónoma Valenciana), aunque es una empresa pública, ha adoptado el acuerdo de convocatoria impugnado en cuanto entidad empleadora (sometida por tanto a régimen jurídico privado), y no en cuanto poder público. Por ello, estima la competencia de la jurisdicción social.

XII. El Proceso Laboral

D) Existencia de relación laboral

a) Colaborador de empresa periodística

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 8 de mayo de 2006, I.L. J 1543, estima la competencia del orden jurisdiccional social para entender de una reclamación salarial interpuesta por un colaborador de una empresa periodística contra su empresa, y considera que la falta de sumisión del trabajador a horario y jornada no es un elemento determinante de que se haya de rechazar la calificación como laboral.

b) Apariencia de contratación administrativa

La STSJ de Cantabria de 29 de junio de 2006, I.L. J 1536, en reclamación interpuesta por el actor frente al Ayuntamiento con el que su empresa mantenía un contrato administrativo para la prestación del servicio de limpieza y vigilancia, considera la existencia de relación laboral, al ser el propio actor quien desempeñaba esa actividad. La Sala aprecia que la adaptación a una organización, la reiteración en la prestación de unos servicios, la sumisión a un horario y la percepción de una retribución fijada por el contratante, no son condiciones propias de un contrato administrativo.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Inexistencia de relación laboral

a) Músicos que prestan su actividad en un hotel

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 29 de junio de 2006, I.L. J 1477, revoca la sentencia dictada en instancia, acogiendo la excepción de falta de competencia objetiva de la jurisdicción social al estimar que no existió relación laboral entre los músicos actores y la demandada, y absuelve a ésta de la reclamación salarial de los actores, en tanto que estima que no se les adeudaron salarios en el sentido jurídico-laboral del término. En instancia se apreció la ajenidad de la relación entre las partes, considerando que los actores gozaban de un alto nivel de libertad o autonomía en la ejecución de su actividad, y que aportaban en su totalidad los medios necesarios para la prestación de la actividad.

b) Personal estatutario de instituciones sanitarias de las Comunidades Autónomas

Las SSTS de 26 de septiembre de 2006, I.L. J 1460, de 10 de julio de 2006, I.L. J 1195, Sala Cuarta, dictadas en unificación de doctrina, así como la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de abril de 2006, I.L. J 1376, reiteran la doctrina recogida en STS de 16 de diciembre de 2005: la relación funcional especial del personal estatutario de instituciones sanitarias de las Comunidades Autónomas no depende de la Seguridad Social, sino de las instituciones sanitarias de la correspondiente Comunidad Autónoma y que, desde la entrada en vigor de la Disposición Derogatoria de la Ley 55/2003, es competente para el conocimiento de estos litigios el orden contencioso-administrativo.

c) Transportistas

La STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2006, I.L. J 1134, entiende que los actores han utilizado para el servicio vehículos cuyo tonelaje supera las dos toneladas de peso máximo autorizado, que requieren autorización administrativa, y confirma la sentencia de instancia afirmando que la relación entre las partes era mercantil.

d) Relación mercantil. Administrador

La STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2006, I.L. J 1351, estima la incompetencia del orden social en una reclamación por despido. El actor pertenecía al órgano de administración de la sociedad demandada y ejercía funciones ejecutivas y de gestión. La Sentencia considera el carácter mercantil de la relación en tanto que todas las actuaciones llevadas a cabo por el demandante comportaban la realización de cometidos inherentes a la condición de administrador de la sociedad, y encajaban plenamente en el desempeño del cargo de consejero.

B) Indemnización por accidente en el mar. El tomador del seguro es un poder público

La STS de 10 de julio de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1149, dictada en unificación de doctrina, estima la incompetencia del orden social en tanto que la póliza de seguro por accidentes de mar cuyo beneficiario era el fallecido no había sido suscrita por la empresa que contrató sus servicios, sino por la Junta de Galicia. Por tanto, la sentencia estima que esa protección social complementaria a cargo de la Junta no deriva de un contrato o convenio colectivo, y no constituye tampoco una mejora voluntaria de la Seguridad Social dado que la Junta no intervino como tomadora del seguro a título de empresario, sino en su condición de poder público.

C) Reclamación de indemnización. Extinción del contrato por expediente de regulación de empleo

La STS de 15 de junio de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1161, estima de oficio la incompetencia del orden social, al considerar que la competencia para impugnar las resoluciones administrativas en materia de regulación de empleo corresponde a los tribunales del orden contencioso-administrativo. Así, al impugnarse por el actor la resolución administrativa que puso fin al ERE y que le asignó una indemnización inferior a la contemplada en el artículo 51.8 ET, la Sala estima que los Tribunales laborales no son competentes para resolver el supuesto.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. CONFLICTO COLECTIVO. INEXISTENCIA DE PLAZO PARA PRESENTACIÓN DE DEMANDA DESDE EL INTENTO DE CONCILIACIÓN

La STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2006, I.L. J 1354, desestima la excepción de falta de conciliación alegada por la empresa frente a una demanda en proceso de conflicto

XII. El Proceso Laboral

colectivo, alegando la inexistencia de norma legal que imponga el deber de presentar demanda en un determinado plazo tras una infructuosa conciliación. La Sala considera que, una vez interpuesta la conciliación, se puede formular demanda en el momento que la parte lo considere oportuno, en tanto que su derecho no haya prescrito o caducado.

5. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

En un procedimiento por despido, la **STS de 12 de julio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1202, rechaza la excepción de acumulación indebida de acciones, disponiendo que se debe entrar a decidir sobre si las funciones realizadas por la actora pertenecen a una categoría profesional u otra, y que ello no implica acción distinta de la de despido sino, simplemente, la fijación de los datos necesarios sobre los que calcular una eventual indemnización.

6. EXCEPCIONES

A) Caducidad

La **STSJ de Cantabria de 9 de mayo de 2006**, I.L. J 1217, establece que el proceso de declaración de un recargo de prestaciones de Seguridad Social por infracción de medidas de seguridad causantes de un accidente de trabajo, se encuentra sometido a la LPL y a la LGSS de 1994, por lo que no resulta de aplicación la caducidad del expediente administrativo, sino el plazo de prescripción de derechos en materia de Seguridad Social de cinco años desde que la acción pudo ejercitarse. Por su parte, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 17 de abril de 2006**, I.L. J 1372, establece que el *die a quo* para el cómputo de la caducidad de la acción en un caso de despido tácito se sitúa en el momento en que la trabajadora tuvo conocimiento inequívoco de la decisión empresarial de extinguir la relación laboral, y no en el momento en que se le dio de baja en la Seguridad Social. De otro lado, la **STS de 10 de octubre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1500, entre otras, reitera la doctrina según la cual, en la acción de despido deben descontarse del plazo de caducidad los sábados concurrentes entre la fecha del despido y la de la presentación de la papeleta de conciliación, así como los que puedan coincidir entre el acto de conciliación y la presentación de la demanda. La **STS de 27 de julio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1441, establece que la interposición del trámite de nulidad de actuaciones interrumpe el plazo de caducidad de la acción para denunciar el error judicial establecido en el artículo 293.1.a) LOPJ, en base a la doctrina constitucional que establece que el recurrente debe agotar los cauces procesales legalmente previstos antes de interponer demanda de amparo. Finalmente, la **STSJ de Cantabria de 26 de abril de 2006**, I.L. J 1531, en un supuesto de trabajadores fijos discontinuos a los que no se les notificó la extinción de su contrato, entiende que el plazo de caducidad de la acción por despido sólo puede empezar a contarse desde que tuvieron conocimiento cabal de su no llamamiento, con independencia de la fecha en la que diera comienzo la actividad de la empresa.

B) Cosa juzgada

La STS de 21 de septiembre de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1463, resuelve un nuevo litigio en el que la demandante reclama cantidades en concepto de plus de penosidad, declarando que no concurre la excepción de cosa juzgada debido a que entre el primer proceso y el segundo no se produce la identidad a la que alude el artículo 222.1 LPL por cuanto se refieren a períodos distintos. Por su parte, la STSJ de Extremadura de 20 de abril de 2006, I.L. J 1565, dispone que el hecho de que se produzcan modificaciones en las categorías profesionales de un convenio colectivo cuya inaplicación a la empresa demandada fue declarada por una sentencia firme anterior, no obsta a que se aprecie cosa juzgada en sentido positivo, pues dicha sentencia anterior ya declaró, respecto de los mismos trabajadores, que la empresa no estaba dentro del ámbito de aplicación del convenio.

C) Falta de legitimación activa

En la STS de 5 de julio de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1314, se alega la falta de legitimación activa de un sindicato para impugnar un convenio colectivo de empresa debido a que el citado sindicato no está presente en los órganos de representación de la empresa y tampoco tiene afiliados en ella. El Alto Tribunal rechaza la excepción de falta de legitimación declarando que la cualidad que legitima para impugnar un convenio colectivo no es sólo la “representación” sino también la “implantación” en el ámbito del convenio, o condición de sindicato que acredite un interés concreto en el asunto controvertido ex artículo 163.1.a) LPL.

D) Inadecuación de procedimiento

La STS de 28 de junio de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1175, rechaza la excepción de inadecuación de procedimiento en un conflicto colectivo, señalando que el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable que se puede concretar en un derecho individual no impide la utilización de este procedimiento, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación de una regulación que afecte de manera homogénea a un grupo genérico de trabajadores. Por su parte, la STSJ de Madrid de 26 de abril de 2006, I.L. J 1585, analiza una modificación en el sistema de remuneración realizada por la demandada desconociendo todas las exigencias del artículo 41 ET relativo a la modificación sustancial de condiciones de trabajo. En base a lo anterior, el TSJ dispone que cuando no se cumplen por el empleador las exigencias formales del citado artículo no se puede exigir que se sustancie la reclamación a través de los cauces del procedimiento especial del artículo 138 LPL, sino a través del proceso ordinario.

E) Litispendencia

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de mayo de 2006, I.L. J 1268, ante la negativa de la empresa a conceder la jubilación parcial a un trabajador con fundamento en la litispendencia de un procedimiento de impugnación de la previsión del convenio colec-

XII. El Proceso Laboral

tivo que regula dicha jubilación, desestima la excepción entendiendo que entre ambos supuestos no existe la identidad subjetiva y objetiva necesarias. La **STS de 5 de julio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1297, rechaza que exista litispendencia entre un proceso de incapacidad temporal y otro de incapacidad permanente absoluta. Apoya su decisión en el hecho de que no concurre la triple identidad requerida (sujetos, causa y objeto) para la concurrencia del instituto de la litispendencia, ya que el objeto de la pretensión es distinto: incapacidad temporal en un caso, e incapacidad permanente absoluta en el supuesto objeto de la litis.

F) Prescripción

La **STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2006**, I.L. J 1130, establece que el plazo de prescripción de un año fijado en el artículo 59.4 ET se aplica a las acciones que no tengan señalado un plazo especial, pero en el caso de autos, la regulación de las opciones sobre acciones fijaba un plazo para su ejercicio que aún no había transcurrido en el momento de plantearse la demanda. Por su parte, la **STS de 4 de julio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1330, establece que el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción de la acción por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo se sitúa en el día en que se tuvo conocimiento completo de las secuelas y de las mermas producidas, es decir, el día en que se tiene conocimiento de la resolución firme en proceso de invalidez. A su vez, la **STS de 21 de julio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1322, establece que la tramitación del procedimiento concursal suspende el cómputo de la prescripción de la acción de reclamación de cantidad, desde el inicio de dicho procedimiento concursal hasta su conclusión. La **STS de 24 de julio de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1323, dispone que en el supuesto de un acuerdo de prejubilación en el que expresamente se pacta la suspensión del contrato de trabajo, y no su extinción, se debe aplicar a las reclamaciones de cantidad objeto de la litis el plazo de prescripción de un año computado desde que la acción pudo ejercitarse ex artículo 59.2 ET y, en consecuencia, declara no prescritas las cantidades devengadas mensualmente durante el último año. A su vez, la **STS de 21 de septiembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1458, rechaza la existencia de prescripción y advierte que no existe precepto legal alguno que establezca un plazo para el ejercicio de la acción de impugnación directa de un convenio colectivo; en consecuencia, es posible accionar durante el tiempo en que el pacto mantenga su vigencia, aunque sea prorrogado, tal y como ocurre en el caso que se analiza. Finalmente, la **STSJ de Cantabria de 26 de abril de 2006**, I.L. J 1529, resuelve un supuesto en el que una trabajadora había cometido varias faltas laborales constitutivas al mismo tiempo de delito penal: El TSJ declara que la formulación de la denuncia penal y la incoación de las correspondientes diligencias criminales determinan la interrupción del plazo de prescripción de las faltas laborales hasta que se dicte sentencia firme en el procedimiento penal.

G) Litisconsorcio pasivo necesario

En la **STSJ de Murcia de 25 de abril de 2006**, I.L. J 1141, se desestima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario de un comité de empresa: no se puede demandar a este órgano cuando lo que se cuestiona no es su actuación en conjunto, sino la de una parte de sus miembros, que son los demandados. Por su parte, en un supuesto de modi-

ficación sustancial de condiciones de trabajo, la **STSJ de Madrid de 14 de abril de 2006**, I.L. J 1130, desestima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario; afirma el Tribunal que la cuestión planteada sólo afecta de forma directa y propia a empleado y empleador, sin que sea necesario traer al proceso a otros trabajadores que pudieran verse afectados.

H) Falta de acción

En un procedimiento de despido, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2006**, I.L. J 1557, estima la excepción de falta de acción. Se trataba de una trabajadora contratada para la realización de trabajos fijos discontinuos y, ni en el momento de interponerse la reclamación previa, ni tampoco en el de presentación de la demanda, había comenzado aún la actividad objeto del contrato fijo discontinuo.

7. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Diligencias para mejor proveer

La **STSJ del País Vasco de 14 de marzo de 2006**, I.L. J 1356, es clara y rotunda al declarar que “(...) semejante prueba ha de quedar exclusivamente en manos de quien en la instancia juzga (...)”. En consecuencia, el criterio del Juez *a quo* a estos efectos, no puede ser sustituido por el de la Sala *ad quem*.

B) *Fictia confessio*

Al amparo de la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de marzo de 2006**, I.L. J 1388, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 91.2 LPL no es automática; será el juez de instancia quien decida o no su aplicación, que no puede serle impuesta por la parte. Así lo ha entendido el TS, en Sentencias de 9 de junio y 18 de octubre de 1988, y de 3 de abril de 1990, así como el TC en Sentencias 14/1992, de 10 de febrero y 26/1993, de 25 de enero. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ del País Vasco de 11 de abril de 2006**, I.L. J 1407.

C) Carga de la prueba. Despido cuya existencia niega la demandada

En un procedimiento de despido en el que la empresa alega que la extinción del contrato se debió a otra causa diferente (en este caso, a la dimisión del trabajador), se impone al demandado la carga de acreditar todos los hechos que constituyen su defensa y, en este caso, la prueba de los denominados hechos extintivos, impositivos o excluyentes de la pretensión. Dicho de otro modo, al demandante no se le puede imponer la carga de probar que el despido fue la causa de la extinción contractual. Así lo ha entendido la **STSJ de Extremadura de 11 de mayo de 2006**, I.L. J 1567.

XII. El Proceso Laboral

D) Prueba indiciaria

El Fundamento de Derecho Segundo de la STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2006, I.L. J 1614, razona sobre la prueba indiciaria, con cita de doctrina constitucional. Mantiene la sentencia que los indicios no sólo deben ser puestos de manifiesto en la demanda, sino reiterados en juicio y acreditados, de forma que dejen entrever una probabilidad de vulneración del derecho fundamental. Esa prueba indiciaria tiene que superar “(...) el umbral mínimo de conexión necesaria, habiéndose puesto de relieve como elemento de especial valoración de la conexión, correlación o proximidad temporal entre la decisión empresarial y el ejercicio del derecho fundamental sin mediar ninguna otra circunstancia que pudiera justificar la decisión (...)”.

E) Instalación de cámaras de vídeo. Licitud de la prueba

La STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2006, I.L. J 1609, razona sobre la licitud de una prueba consistente en la instalación de cámaras de vídeo en el centro de trabajo sin consentimiento de los trabajadores. Concluye esta sentencia que se trata de una prueba lícita pues cumple con el principio de proporcionalidad establecido por el TC: (i) la zona donde se instalaron las cámaras es una zona de trabajo (no de descanso); (ii) las empresas demandadas tenían serias sospechas de la comisión de irregularidades en esa concreta zona de trabajo; (iii) las cámaras no tenían audio; (iv) las grabaciones eran el único medio posible para probar las irregularidades que se sospechaban. En definitiva, esa medida resultaba idónea y equilibrada, no pudiendo tacharse de vulneradora del derecho a la intimidad de los trabajadores, al no ser indiscriminada, ni haberse grabado conversaciones de ningún tipo.

8. SENTENCIA

A) Incongruencia. Inexistencia

Resulta de interés el Fundamento de Derecho Quinto de la STS de 28 de septiembre de 2006, Sala de lo Social, I.L. J 1494, y que cita no sólo doctrina de dicha Sala sino del TC. Entre otros razonamientos, esta sentencia manifiesta que “(...) no es incongruente que el juez aplique por derivación las consecuencias legales de una petición, aunque no hayan sido solicitadas expresamente por las partes, si vienen impuestas en normas de derecho necesario (...) o que se concedan derechos no pedidos por las partes siempre que se ajusten al objeto material del proceso (...) la relevancia constitucional de la incongruencia se produce cuando entra en conexión con los derechos reconocidos en el artículo 24 de la CE por decidir la sentencia sobre temas no debatidos en el proceso, respecto de los cuales no ha existido la necesaria contradicción y puede producirse la indefensión que prohíbe el artículo 24 citado (...)”.

B) Aclaración de sentencia

Dado su carácter excepcional, el recurso de aclaración no puede alterar los elementos esenciales de la sentencia, si bien, “(...) cuando el error material que conduce a dictar una resolución equivocada sea un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno, el órgano judicial puede legítima y excepcionalmente proceder a la rectificación ex artículo 267 LOPJ, aun variando el fallo. Cosa distinta es que la rectificación, con alteración del sentido del fallo, entrañe una nueva apreciación de valoración, interpretación o apreciación en Derecho (...)”. Éste es el razonamiento del Fundamento de Derecho Cuarto de la **STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2006**, I.L. J 1125, sobre el alcance de la aclaración de sentencia, tras analizar la doctrina constitucional.

C) Motivación

La **STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2006**, I.L. J 1180, establece el doble objetivo que la motivación de toda sentencia debe cumplir: no sólo debe argumentar los razonamientos jurídicos por los que se determina el fallo, sino que igualmente debe poner de manifiesto las razones por las que se alcanzan las conclusiones fácticas que se reflejan en el relato de los hechos probados. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Madrid de 26 de abril de 2006**, I.L. J 1588.

9. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN**A) Descuentos. Preaviso**

¿Es lícito deducir de los salarios de tramitación la suma abonada en concepto de compensación por falta de preaviso en supuestos de extinción del contrato por causas objetivas? La respuesta de la **STS de 21 de septiembre de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 1459, es negativa y ello, al amparo de lo dispuesto en el artículo 123.2 LPL e, igualmente, por razones de coherencia con la doctrina de la Sentencia de esa Sala de 28 de febrero de 2005.

B) Exención. ¿Error excusable?

La **STSJ del País Vasco de 21 de marzo de 2006**, I.L. J 1237, analiza la doctrina del TS sobre el error disculpable o excusable en el cálculo de la indemnización por despido improcedente y sus efectos sobre el devengo de salarios de tramitación. En el caso concreto, la empleadora había calculado la indemnización teniendo en cuenta el salario del convenio colectivo aplicado hasta el final de la relación laboral sin oposición del actor. Este hecho junto con la escasa diferencia entre lo consignado y la indemnización procedente, llevan al TSJ a estimar que la empresa actuó de buena fe y, en consecuencia, la absuelve en cuanto al devengo de salarios de tramitación. Por su parte, en un supuesto en el que

XII. El Proceso Laboral

se declara la existencia de cesión ilegal entre cedente y cesionaria, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 11 de abril de 2006, I.L. J 1373, estima que no existe error excusable y, en consecuencia, deben abonarse los salarios de tramitación, ya que la indemnización se había calculado teniendo en cuenta el inferior salario abonado al actor por la empresa cedente (empleador aparente), en vez de aquel que le debería haber abonado la empleadora real (empresa cesionaria).

C) Limitación temporal. Necesidad de depositarlos junto con la indemnización

Cuando el depósito judicial de la indemnización por despido improcedente se realiza transcurrido el plazo de las 48 horas siguientes al despido, resulta necesario que dicho depósito abarque, no sólo la indemnización, sino los salarios de tramitación devengados desde el despido hasta la fecha del depósito. El incumplimiento de este requisito conlleva que no pueda aplicarse la limitación en el abono de dichos salarios. Y así lo entiende la STS de 21 de septiembre de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1510.

10. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Afectación general

La STSJ de La Rioja de 20 de marzo de 2006, I.L. J 1391, afirma que para apreciar la afectación general o múltiple no es necesario que se hayan incoado muchos procesos judiciales en relación con una determinada cuestión, sino que basta con la existencia de una situación de conflicto generalizado en la que se ponen en discusión los derechos de los trabajadores frente a su empresa o los de los beneficiarios de la Seguridad Social frente a ésta, y el conflicto existe aunque los procedimientos judiciales no se hayan iniciado.

B) Anuncio. Ausencia de consignación

La STSJ de Extremadura de 18 de mayo de 2006, I.L. J 1225, recoge lo señalado por la STS de 14 de enero de 2004, y señala que el incumplimiento por parte del recurrente de la obligación de consignar constituye un incumplimiento insubsanable de un requisito indispensable para tener por anunciado y admitido el recurso de suplicación. De manera que se debe diferenciar entre el simple error de cálculo, el cual es subsanable, y la consignación de una cuantía manifiestamente insuficiente o la ausencia total de ésta.

11. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Afectación general

La STS de 11 de julio de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1335, afirma que la afectación general depende de la existencia efectiva de litigiosidad en masa, así como de las características intrínsecas de la cuestión litigiosa, sin que sea estrictamente necesaria la alegación en la instancia de los hechos que fundamentan la concurrencia de la afectación general cuando

ésta es notoria o cuando la controversia posee un contenido de generalidad no puesto en duda por las partes. En este caso, la sentencia afirma que la notoriedad queda acreditada por la existencia de previas y numerosas sentencias dictadas por la Sala Cuarta del TS sobre la cuestión de fondo.

B) Contradicción

a) Requisitos materiales

La STS de 20 de septiembre de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1452, afirma que el requisito de la contradicción de sentencias que regula el artículo 217 LPL exige que las resoluciones que se comparen contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales. Aunque no se exija una identidad absoluta, sí se requiere una diversidad de decisiones pese a tratarse de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. En este mismo sentido se pronuncia la STS de 19 de septiembre de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1439.

b) Firmeza de la sentencia de contraste

Las SSTs de 26 de julio y de 20 de septiembre de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1468 y 1452, señalan que la exigencia recogida en el artículo 217 LPL de aportar una sentencia contradictoria, implica que la sentencia de contraste debe tener la condición de firme con anterioridad a la publicación de la sentencia recurrida.

c) Unificación de doctrina sobre normas procesales

La STS de 19 de septiembre de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1509, declara que pueden ser objeto de unificación de doctrina tanto normas sustantivas como procesales. No obstante, cuando se alegue la infracción de una norma procesal, será preciso que las irregularidades formales constituyan el núcleo de la argumentación tanto de la sentencia recurrida como de la de contraste. De manera que no existe contradicción entre una sentencia que decide una cuestión procesal y otra que, sin entrar en ésta, resuelve sobre el fondo.

d) Falta de contradicción

No concurre el presupuesto de la contradicción respecto de las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad permanente, al tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma; por ello, los mencionados supuestos no son materia de unificación de doctrina. Éste es el criterio de la STS de 20 de julio de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1257. La STS de 24 de julio de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1334, declara que un elemento esencial para que concurra la identidad a los efectos de fijar la contradicción consiste en que la norma aplicable sea la misma. De modo que si cada sentencia resuelve

XII. El Proceso Laboral

de acuerdo a una disposición distinta, no puede hablarse de identidad ni de contradicción debido a que la divergencia en los pronunciamientos puede tener su origen en la aplicación de normas diferentes.

C) Escrito de interposición

La STS de 25 de septiembre de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1512, declara que el artículo 222 LPL en relación con el artículo 481 LEC, impone la carga al recurrente de establecer en el escrito de interposición la fundamentación de la infracción que se denuncia, en tanto que al tratarse de un recurso extraordinario, la Sala sólo puede conocer de la causa de impugnación propuesta por la parte recurrente. En este sentido, la sentencia señala que las deficiencias en la fundamentación de la infracción no pueden superarse a través del análisis de la contradicción, porque la mera reproducción de los razonamientos de la sentencia de contraste no equivale a una fundamentación del recurso.

D) Cuantía litigiosa. Actas de infracción

La STS de 14 de septiembre de 2006, Sala Tercera, I.L. J 1338, declara que la casación contencioso-administrativa es un recurso extraordinario y limitado por razón de la cuantía. Así, en virtud del artículo 42.1.a) de la LJCA, el valor de la pretensión debe fijarse teniendo en cuenta el débito principal de la multa impuesta por la Seguridad Social, pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad. En este sentido, en el caso de que varias infracciones hayan dado lugar a una única acta de infracción, para determinar la cuantía del proceso a efectos de casación deberá atenderse a la cuantía individualizada de cada una de las sanciones y no a la suma de todas.

12. RECURSO DE REVISIÓN. FECHA DEL CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS

Declara la STS de 26 de julio de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 1327, que no basta con que el demandante de revisión señale la fecha en que tuvo noticia de los hechos base de la revisión, sino que es necesario que se demuestre que la fecha en que conoció estos hechos se encuentra dentro del plazo que señala el artículo 512.2 LEC. Por otra parte, la sentencia afirma que para que entre en juego el artículo 86.3 LPL, es necesario que la sentencia penal base la absolución del trabajador en la inexistencia del hecho o bien en que el trabajador no participó en ese hecho. De esta manera, un auto de sobreseimiento motivado en que no aparece debidamente justificado el delito, no cumpliría con los requisitos mencionados, en tanto que no significa que no haya existido el hecho ni que éste no haya sido cometido por el trabajador.

13. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. DESCUENTOS EN CONCEPTO DE IRPF Y DE SEGURIDAD SOCIAL

La STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2006, I.L. J 1608, reitera lo ya expresado por esta Sala en recursos de suplicación anteriores como el 5546/2004 y 5185/2005, en rela-

ción con el descuento de las cuotas correspondientes al IRPF y Seguridad Social sobre la cuantía que la empresa ha sido condenada a abonar al trabajador. La sentencia señala que la empresa ha de cumplir con el pago íntegro de la condena, pero el hecho de que esté obligada a ingresar las cuotas correspondientes a la Seguridad Social no supone que el abono al trabajador de la cantidad neta implique el cumplimiento del fallo por parte de la empresa; sino que será necesario que la empresa acredite que previamente ha realizado el ingreso de las cantidades retenidas ante las autoridades de Seguridad Social y, en su caso, fiscales. En este sentido, la sentencia prosigue afirmando que sólo habrá de ponerse a disposición del trabajador la cuantía neta, devolviéndose a la empresa la cantidad a ingresar en la TGSS o en la Agencia Tributaria, siempre que previamente acredite haber efectuado estos ingresos; en caso contrario, se deberá abonar el bruto al trabajador para que directamente efectúe los ingresos correspondientes.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

LUIS AGUILAR ROMERA

ANTONIO LÓPEZ MONTAÑO

MIGUEL MIRÓ-GRANADA ÁLVAREZ

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Delegados de prevención: criterios de designación. 2. Deber

de seguridad: omisión. 3. Recargo de prestaciones. A) El plazo para resolver los procedimientos de recargo de prestaciones y los efectos derivados del transcurso del mismo.

B) Estimación por falta de medidas de seguridad. C) Desestimación por imprudencia del trabajador. D) Empresario responsable: el Ayuntamiento y no la Mancomunidad que gestiona el servicio. E) Cuantía. F) Expediente administrativo: nulidad; efectos de la sentencia

anulatoria del recargo sobre la devolución íntegra del capital consignado. **4. Responsabilidad civil.**

A) Existencia de daños y perjuicios. B) Solidaridad. C) Vinculación de los órdenes jurisdiccionales. **5. Plus de penosidad.** A) Desestimación del complemento de penosidad

derivada de exposición al ruido, no previsto en el convenio colectivo. B) La facilitación de protectores auditivos no excluye la calificación del trabajo como penoso.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica está incluido el análisis de las decisiones judiciales aparecidas en los números 5 a 12 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 585 a J 1630), correspondientes los meses de octubre (dos), noviembre y diciembre de 2006 y enero (dos), febrero y marzo de 2007, que incorporan contenido de seguridad y salud laboral.

Destaca el tema relativo a la forma de elección de los delegados de prevención cuando concurren en un mismo centro de trabajo diferentes órganos de representación del personal laboral, de los funcionarios y del personal estatutario. De relativa importancia son los supuestos que, en relación con la tramitación del expediente administrativo del recargo de prestaciones, resuelven cuestiones atinentes a su nulidad, caducidad o a los efectos de una resolución tardía o, en fin, a la resolución judicial que aclara las consecuencias de la sentencia anulatoria del recargo en cuanto a la devolución a la empresa del capital consignado. Por lo demás, el tema de la responsabilidad del empresario ante el incumplimiento

de medidas de seguridad en el trabajo y el estudio de la concurrencia de los elementos configuradores del recargo de prestaciones así como su cuantía son cuestiones ya habituales en la aplicación de la normativa de seguridad y salud en el trabajo.

1. DELEGADOS DE PREVENCIÓN: CRITERIOS DE DESIGNACIÓN

La STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2006, I.L. J 618, aborda el polémico tema de la forma de designación de la representación de los trabajadores en la empresa con competencias en materia de prevención de riesgos laborales; esto es, la de los delegados de prevención de riesgos laborales. Se discute si en un centro hospitalario con diferentes organizaciones sindicales en los diferentes órganos de representación, el criterio de representatividad debe determinarse exclusivamente sobre la base del personal estatutario y laboral o computando también a los funcionarios.

Al Tribunal no le cabe ninguna duda de que, aparte del personal laboral y estatutario, ha de tenerse en cuenta al personal funcionario, porque lo contrario “ni es posible desde la óptica democrática a la que debe responder el sistema de designación de los representantes de los trabajadores en cualquier ámbito de la empresa, ni responde a lo pactado en el Acuerdo de 20 de diciembre de 1996, en cuyo apartado II punto I, claramente se dice que la designación de los delegados de prevención se hará por las organizaciones sindicales presentes en los órganos de representación unitaria, juntas de personal y comités de empresa en proporción a los efectivos a quienes cada uno de ellos representa”, dejando así claramente sentado que “la representatividad tiene que medirse tomando en cuenta los tres colectivos de personal afectados por las elecciones laboral, estatutario y funcional”.

2. DEBER DE SEGURIDAD: OMISIÓN

La deuda de seguridad del empresario hacia sus trabajadores viene configurada claramente en nuestro Ordenamiento jurídico. El artículo 4.2º.d) ET establece que en la relación de trabajo los trabajadores tienen derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene, derecho que ratifica el artículo 19.1º ET diciendo que el trabajador en la prestación de sus servicios tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene. Por su parte, el Capítulo III LPRL establece detalladamente todos los deberes de protección eficaz, y correlativos derechos de los trabajadores frente a los riesgos laborales, que tienen los empresarios (artículo 14 LPRL), y los principios de acción preventiva que deben aplicar los empresarios. Éstos consisten en evitar los riesgos, evaluar los riesgos que no se puedan evitar, combatir los riesgos en su origen, adaptar el trabajo a la persona, teniendo incluso que prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudieran cometer, así como la evolución de la técnica, sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro, planificar la prevención, adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual, y dar las debidas instrucciones a los trabajadores (artículo 15 LPRL).

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

También es obligación del empresario la evaluación de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, tanto inicial (atendiendo a la naturaleza de la actividad, a la elección de los equipos de trabajo y sustancias a utilizar, el acondicionamiento del lugar de trabajo, etc.), como cuando cambien las condiciones de trabajo, con controles periódicos y obligación de modificación de las actividades de prevención cuando se aprecie su inadecuación (artículo 16 LPRL). Así mismo es deber empresarial la adopción de las medidas necesarias para que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que va a realizar, garantizando que la utilización del equipo de trabajo quede reservado a los encargados de dicha utilización y que los trabajos de reparación, transformación, mantenimiento o conservación sean realizados por los trabajadores especialmente capacitados para ello, proporcionándoles los equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velando para su uso efectivo cuando sean necesarios (artículo 17 LPRL). También el empresario deberá adoptar las medidas adecuadas para que los trabajadores estén informados en relación a los riesgos genéricos y específicos existentes, de las medidas y actividades de protección y prevención aplicables y de las que deban adoptarse en casos de emergencia, facilitando la consulta y participación de aquéllos (artículo 18 LPRL). Por último, el artículo 19 LPRL se refiere al deber del empresario de proporcionar a los trabajadores la formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, que deberá garantizarse a éstos tanto en el momento de su contratación como posteriormente si se produjeran cambios.

Partiendo de estas consideraciones legales la STSJ del País Vasco de 11 de abril de 2006, I.L. J 1405, declara que

“La omisión del deber empresarial de seguridad respecto a los trabajadores puede afectar a las medidas generales o particulares de seguridad exigibles en la actividad laboral, por ser las adecuadas, atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empleador con criterios ordinarios de normalidad para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores.”

Este criterio no es otra cosa que el reflejo y la operatividad en el ámbito de las relaciones de seguridad social del derecho básico contenido en la relación laboral y recogido en los artículos 4.2º y 19 ET, como positivación del principio de derecho *alterum non laedere* elevado a rango constitucional por el artículo 15 CE, y que en términos de gran amplitud, –para el ámbito de las relaciones contractuales y extracontractuales– consagra el Código Civil en sus artículos 1104 y 1902. Desde esta perspectiva se debe entender que el nivel de vigilancia que impone a los empleadores desde diferentes perspectivas el Capítulo III LPRL ha de valorarse con criterios de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinaria, exigibles a un empresario normal cooperador a los fines de la convivencia industrial, que son criterios coincidentes con los recogidos en el artículo 16 del Convenio 155 OIT, en cuanto impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, garantizar que los lugares de trabajo, operaciones y procesos, sean seguros y no entrañen riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores; así lo ha puesto de manifiesto también la citada STSJ del País Vasco de 11 de abril de 2006, I.L. J 1405.

La STSJ de Cantabria de 7 de junio de 2006, I.L. J 1618, analiza los contornos legales de este deber del empresario y el grado de participación del trabajador en el siniestro ocurrido. Se parte de la base de que el artículo 42 LPRL exige que haya una relación directa entre la negligencia empresarial por faltar al deber de seguridad y el resultado dañoso que no se va a ver interrumpido por actuaciones del trabajador que supongan distracciones o, incluso, imprudencias no temerarias que pudieran cometer (artículo 15 LPRL).

La sentencia analizada declara, en efecto,

“que la organización empresarial deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con su trabajo y la efectividad de las medidas preventivas, debiendo prever esas distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador siendo responsable el empresario de los daños causados en esa actividad negocial”.

Los hechos analizados y declarados probados son que el día del siniestro la puerta del ascensor a la que accedió el trabajador accidentado podía abrirse e, incluso, estaba abierta en ese momento, aun sin encontrarse la cabina del ascensor en la zona, y al ser esto lo relevante la empresa incumple la norma de seguridad que impida que ello sea posible.

“Para la precisa relación de causalidad entre el siniestro y la acción, al menos culposa, del empresario basta la prueba de esta infracción de la empresa en materia de seguridad relacionada con el accidente sufrido por el trabajador.”

Ciertamente, si en el elevador instalado en el lugar del trabajo en que se ocupaba al trabajador hubieran estado protegidos los sistemas de apertura y cierre, incluso contra manipulaciones imprudentes, de forma que no se pudiera abrir si no estaba la cabina a la altura de la puerta con una llave, el trabajador que accedió al elevador con la puerta abierta o semiabierta no incurrió en acción negligente alguna, pues incluso aunque así fuera, el empresario debió proporcionarle un medio seguro con las medidas adaptadas al riesgo previsible.

El trabajador no inactiva medida de seguridad alguna inexistente, pues la puerta no es el mecanismo de seguridad, sino que es el empresario el que incumple su deber de proporcionarle un centro de trabajo seguro que, tratándose de un elevador, debe existir un mecanismo de seguridad implantado que impida la apertura de la puerta si la cabina no está al mismo nivel al que accede el trabajador.

La STSJ del País Vasco de 11 de abril de 2006, I.L. J 1405, analiza la participación del trabajador en el accidente cuando con ocasión de haberse producido una fuga de pasta en una válvula de la máquina depuradora ubicada en la parte superior del equipo, el trabajador accedió a la misma a través de una pasarela de servicio formada por rejillas tipo tramex alcanzando la válvula con ayuda de un bidón de unos 9 centímetros de altura al que se subió y que estaba situado allí con dicho fin; reparada la fuga y al bajarse del bidón

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

la rejilla cedió y el trabajador cayó a una altura inferior a unos 4'5 centímetros por debajo de la pasarela sufriendo lesiones que determinaron una incapacidad permanente total.

La doctrina judicial examina en ambos supuestos la conducta de la víctima ya que su posible negligencia puede tener incidencia en el desenlace lesivo.

“Dependiendo de la relevancia de la participación del trabajador en el accidente es posible aplicar la teoría de la compensación de culpas que conllevaría la razonable reducción en casos extremos de negligencia efectiva del accidentado o, incluso, su supresión (SSTS 20 febrero de 1992 –TJ 723/1992– y 7 de diciembre de 1987 –RJ 9282/1987–)”.

Para llegar a este resultado la doctrina jurisprudencial y bajo el principio de equidad (STS de 21 de marzo de 2000 –RJ 2023/2000–) ha atendido a la experiencia y formación profesional del accidentado (SSTS de 18 de diciembre de 1997 –RJ 9105/1997–, 11 de julio y 30 de junio de 1997 –RJ 54097/1997–), a la previsibilidad del riesgo del daño (STS de 31 de julio de 1997 –RJ 5529/1997–), a la observancia de las instrucciones recibidas (SSTS de 12 de julio de 1999 –RJ 4772/1999–, 31 de diciembre de 1997 –RJ 9413/1997– y 10 julio de 1993 –RJ 6005/1993–), a los mecanismos de seguridad puestos a disposición de la víctima (SSTS de 20 de octubre de 1988 –RJ 7595/1988– y 28 de octubre de 1985 –RJ 5086/1985–) y la conexión de las funciones propias del trabajador y de los cometidos realizados al acontecer el accidente (SSTS de 1 de febrero de 1999 –RJ 745/1999– y 29 de septiembre de 1989 –RJ 6388/1989–).

La sentencia citada del TSJ del País Vasco partiendo de los hechos probados considera que el accidente no se debió a un salto del trabajador (actuación habitual de todos los trabajadores y que luego tras este accidente se substituyó por una escalera) sino a la conducta empresarial omisiva de las medidas de seguridad necesarias consistentes en el mal estado y defectuoso apoyo de la rejilla que cedió bajo el peso del trabajador, en la colocación de un medio inadecuado de acceso a la válvula averiada que obligaba a que la bajada desde el mismo supusiera un mayor impacto sobre la rejilla de la pasarela, en no haber evitado el uso de ese medio inadecuado cuando se procediera a la reparación de la válvula, y en no haber previsto, valorado ni analizado el riesgo del acceso a la zona de esa válvula en relación al puesto de trabajo del accidentado.

También la **STSJ de Cantabria de 9 de mayo de 2006**, I.L. J 1217, analiza un supuesto de accidente de trabajo con participación del trabajador que no es calificada de imprudencia temeraria ni ha sucedido por hechos imprevisibles o inevitables que pudieran exonerar de responsabilidad al empresario, máxime cuando se demuestra claramente que ha sido el incumplimiento del deber de seguridad el que ha llevado al fatal desenlace.

En la referida sentencia y antes del siniestro el trabajador cumple su obligación de comunicar las incidencias de seguridad con la máquina al superior jerárquico para que éste las comunique al equipo de mantenimiento y solucione el problema de seguridad y aquél, cuya actuación en materia de seguridad es imputable a la empresa que organiza el servicio en la forma expuesta, infringe su obligación lo que es la causa del siniestro.

“De haberse detectado el problema se hubiera parado la producción para su solución que accionaría los dispositivos de seguridad de la máquina para evitar el atrapamiento y el accidente no se hubiera producido.”

Por el contrario, la **STSJ de Extremadura de 29 de junio de 2006**, I.L. J 1623, declara que,

“si la empresa no cumplió con el deber de vigilar que el trabajador empleaba los medios de protección que tenía a su disposición, es clara la imprudencia del propio trabajador al momento de decidir su no empleo a lo que se une la forma en que sucedió el accidente en un trabajador con experiencia en sus funciones”.

Queda probado que el citado trabajador decidió emplear los guantes, quizás por el excesivo calor del momento y para evitar que la hoja de la motosierra entrara en contacto con las piedras entrantes. Es decir, la causa eficiente del accidente lo fue la incorrecta manipulación de la motosierra y el no empleo de los guantes de protección cuyo uso hubiera producido una disminución del daño.

No existe ninguna otra indemnización más allá del campo prestacional del sistema de Seguridad Social.

3. RECARGO DE PRESTACIONES

A) El plazo para resolver los procedimientos de recargo de prestaciones y los efectos derivados del transcurso del mismo

La **STSJ de Extremadura de 18 de mayo de 2006**, I.L. J 1570, estudia el tema de la caducidad del expediente incoado en un procedimiento por recargo de prestaciones y que se solicita aquélla al amparo del artículo 14 de la OM de 18 de enero de 1996. Al amparo de dicho precepto legal el recargo se impone mediante un procedimiento sancionador dictándose resolución en el plazo establecido en la misma, de ciento treinta y cinco días, siendo un plazo de resolución y notificación en todos los procedimientos por recargo de las prestaciones económicas en caso de accidentes de trabajo y enfermedad profesional del Anexo del RD 286/2003, de 7 de marzo, sobre duración de plazos para resolución de expedientes administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de seguridad social. El artículo Único de dicho Reglamento dispone que de acuerdo con el artículo 42.2º de la Ley 30/1992 la resolución y notificación en los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones se producirán en los plazos máximos que con respecto a cada uno de ellos se indican en aquél. A su vez el artículo 43.2º de la misma Ley 30/1992 dispone que el plazo máximo será fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento y el artículo 44 de la misma Ley establece que para el supuesto de falta de resolución expresa en los expedientes iniciados de oficio, como es

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

el caso, el vencimiento del plazo no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciéndose los siguientes efectos:

En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o de intervención susceptible de producir efectos desfavorables o de gravámenes se producirá la caducidad. Pero, declara la sentencia que ahora se analiza que

“aunque en el recargo se da un aspecto sancionador de la conducta del empresario incumplidor de sus obligaciones en materia de seguridad, también constituye para el trabajador accidentado o sus causahabientes una prestación añadida a la que procede en el sistema de Seguridad Social que le indemniza de los daños que le ha producido el accidente derivado de la omisión empresarial. De aquí que podamos considerar que estamos en este caso en el supuesto del artículo 6.1º RD 1300/1995 que no establece plazo de caducidad para la superación del plazo para resolver, por lo que se puede entender desestimado por silencio administrativo (artículos 6.1º RD 1300/1995 y 14.3º OM de 18 de enero de 1996 en relación con el artículo 71 LPL)”.

La referida sentencia cita y aplica también la abundante doctrina de los tribunales de justicia, como SSTs de 2 de octubre de 2000, 14 de febrero de 2001 y 21 de febrero de 2002, así como la STC 158/1985, de 26 de noviembre, en donde se reconoce el carácter sancionador del recargo pero también respecto al accidentado o beneficiario presenta un sentido de prestación adicional de carácter indemnizatorio.

De la misma manera la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de abril de 2006, I.L. J 848, se pronuncia en idéntico sentido ante los mismos planteamientos. La respuesta de la Sala es que el transcurso del plazo previsto para resolver el expediente administrativo, sólo puede producir la consecuencia de dejar expedita la vía judicial y no la pretendida de entender caducado el plazo para resolver, y ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71 de la LPL, por lo que debe considerarse válida y eficaz la resolución administrativa, sin perjuicio de la valoración que de la misma pueda hacer el juez. En suma, el Tribunal considera que una resolución administrativa no se halla incurso en nulidad de pleno derecho por haberse dictado habiendo caducado el procedimiento.

B) Estimación por falta de medidas de seguridad

Para la imposición del recargo de prestaciones al empresario se precisa de los siguientes requisitos, según tiene declarado la STSJ de Extremadura de 18 de mayo de 2006, I.L. J 1570, y según ya había manifestado la Sentencia de esta misma Sala de 25 de febrero de 2003:

“a) Que la empresa haya incumplido alguna medida de seguridad, general o especial y que ello resulte cumplidamente acreditado, porque al ser medida sancionadora resulta aplicable la constitucional presunción de inocencia;

b) Que exista culpa o negligencia por parte de la empresa –a veces se requiere que sea exclusiva y otras veces se admite que sea compartida– porque la responsabilidad o es obje-

tiva, y de manera intermedia, pero mayoritaria, otras veces se entiende que la imprudencia de la víctima a manera de compensación de culpas para fijar la cuantía del recargo dentro de los límites legales pero en su grado mínimo;

c) Que medie relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso, lo cual ha de resultar ciertamente probado, porque una obligada interpretación restrictiva determina que esa relación de causalidad no se presuma.”

La referida sentencia de la Sala de Extremadura analiza los hechos en que la sierra donde se produjo el accidente tenía una holgura muy superior a la normal entre el disco cortante y su ranura de guía, que el sistema de frenado no funcionaba, que el disco tenía algunos dientes mellados y cimbreaba por excentricidad y que carecía de un empujador para los tacos de madera, lo cual infringe varias normas de seguridad además de las genéricas de los artículos 14 y 15 LPRL y de las más específicas del artículo 17 LPRL que obliga al empresario a adoptar las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que realizan y convencionalmente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores. De forma particular se infringe el RD 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecieron las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, cuyo artículo 3.1º incluye como obligación del empresario que los equipos de trabajo sean adecuados y garanticen la seguridad y salud, obligándole asimismo a tomar las medidas necesarias para reducir los riesgos al mínimo, disponiendo el artículo 4.2º del mismo Reglamento que respecto de aquellos equipos de trabajo sometidos a influencias susceptibles de ocasionar deterioros que puedan generar situaciones peligrosas estarán sujetos a comprobaciones y, en su caso, a pruebas de carácter periódico, con objeto de asegurar el cumplimiento de las disposiciones de seguridad y salud y de remediar a tiempo dichos deterioros, normas que claramente se han infringido en el supuesto de análisis.

El citado incumplimiento del empresario es, además, culpable pues consta que los trabajadores que usaban esa máquina habían puesto en conocimiento del encargado el estado en que se encontraba en varias ocasiones sin que se subsanaran esas deficiencias; dicho encargado debió comunicar, a su vez, a la empresa, lo cual no se ha probado suficientemente, siendo indiferente pues se debía haber cumplido el deber de coordinación proclamado en el artículo 24 LPRL.

“La relación de causalidad entre esa infracción del empresario de las normas de seguridad y el accidente que provocó el resultado dañoso para el trabajador, su incapacidad permanente, se deduce de los propios hechos declarados probados en la sentencia de instancia y que constituyen a su vez fundamentos jurídicos (STS de 27 de julio de 1992).”

Es decir, –aduce la sentencia– fueron los defectos de la máquina los que determinaron que la cuña que se estaba cortando quedara atrapada junto con la mano del trabajador debido a su holgura coadyuvando también los otros defectos como las mellas en los dientes de la sierra o su excentricidad.

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

Como dice la STSJ del País Vasco de 11 de abril de 2006, I.L. J 1405:

“el recargo de prestaciones de la Seguridad Social impuesto en el artículo 123 LGSS cuando deriva de omisión de medidas de seguridad e higiene en el trabajo causantes del accidente, exige según reiterada jurisprudencia la existencia de nexo causal adecuado entre el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para la vida o integridad física del trabajador y la conducta pasiva del empresario, consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias respecto a máquinas, instrumentos o lugares de trabajo, excluyendo la responsabilidad empresarial cuando acontece el siniestro por causas fortuitas o de manera imprevisible o imprevista sin que conste en estos supuestos citados infracción alguna por parte del empresario, o cuando conste la imprudencia temeraria del propio trabajador accidentado”.

También la STSJ de La Rioja de 28 de febrero de 2006, I.L. J 771, confirma la sentencia de instancia y a su vez una Resolución de la Dirección Provincial del INSS, declarando responsable a la empresa del recargo de prestaciones derivado de accidente de trabajo, por haber infringido la normativa reguladora de la prevención de riesgos de manera reprochable y culpable. El accidente se produjo cuando al levantar el puntal o pilar metálico mediante gato hidráulico, motivando el levantamiento del techo del local, se origina el desplome del otro pilar no manipulado, alcanzando al trabajador en su caída y golpeándole fuertemente en la cabeza.

A juicio de la Sala el accidente sufrido tiene su causa y origen en el incumplimiento por parte de la empresa de la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales porque “no había adoptado las pertinentes y necesarias y obligatorias medidas de seguridad que hubieran evitado la caída o desplome de un puntal o pilar metálico empleado al respecto en la obra que se estaba realizando, toda vez que la instalación y la colocación de aquél no poseía las pertinentes y exigidas condiciones de estabilidad, sujeción y firmeza, todo ello teniendo en cuenta las peculiaridades, condiciones y características de los equipos de trabajo empleados (gas hidráulico y puntal o pilar desplomado) utilizados al respecto por la empresa a lo que ha de añadirse la falta de utilización por parte del trabajador del preceptivo casco de seguridad protector en el momento de su acaecimiento por las razones que sean”.

Sin embargo, en el supuesto analizado por la STSJ de Cantabria de 15 de mayo de 2006, I.L. J 1535, no se constata nexo de causalidad. Sí se constata la falta de revisiones médicas al trabajador accidentado sobre el cual había constancia de su padecimiento de asma y la existencia de ambiente pulvígeno y contaminación ambiental química existente en su puesto de trabajo. El día de su fallecimiento el trabajador se introdujo en el habitáculo en el que se constatan estas circunstancias en dos ocasiones, en las que se encontró mal a lo largo de la jornada sin existir evaluación del puesto de trabajo por ese riesgo y sin que el fallecido se hubiera sometido a las correspondientes revisiones médicas. En este supuesto la vinculación de las infecciones constatadas firmes del fallecido no suponen las consecuencias que pretende la recurrente pues

“aunque existe responsabilidad por culpa, la pretensión de imposición del recargo precisa que, en la forma de producirse el siniestro, se pruebe la responsabilidad de la empresa en

la infracción concreta de medida de seguridad de forma intencional o culposa y la demostración de la relevancia de la infracción en el resultado lesivo acreditado al trabajador”.

Ante estos hechos se examina si se puede presumir que fueron las condiciones de prestación del trabajo imputables al empresario las que influyeron decisivamente en la muerte del trabajador. Sin embargo, para el recurso de suplicación es necesario hechos probados y no presunciones, a tenor de los artículos 191.b) y 194.3º LPL y doctrina unificada contenida en la STS de 16 de abril de 2004 (EDJ 2004/40537).

El artículo 386 LEC permite partir de un hecho admitido o probado para presumir mediante un enlace lógico, los efectos del presunto,

“pero no existe entre los hechos sancionados en este proceso y la muerte del trabajador el enlace directo y preciso que pretende el recurrente, por las reglas del criterio humano al que se alude. Es decir, los reconocimientos médicos que el empresario había incumplido llevarlos a cabo y que por ello fue sancionado no hubiera impedido el fatal resultado de muerte, pues no hubiera prevenido ni evitado la parada cardiorrespiratoria. Al amparo del artículo 123 LGSS es preciso probar por quien pretende el recargo la conexión del accidente con una infracción concreta de medidas de seguridad, que en este caso es inexistente”.

C) Desestimación por imprudencia del trabajador

La concurrencia de imprudencia del trabajador puede quebrar la relación de causalidad entre la infracción y el evento dañoso, determinando la exención de responsabilidad por recargo del empresario, si se aprecia una preponderancia absoluta de la culpa de la víctima.

Es lo acontecido en la **STSJ de Castilla y León de 27 de marzo de 2006**, I.L. J 811, que desestima el recargo de prestaciones al apreciar culpa del trabajador. El accidente ocurrió porque el trabajador accidentado no utilizó los medios de los que disponía en la empresa para verificar los atascos en la tolva. En lugar de observar la tolva atascada desde una distancia prudencial o desde una pasarela, el trabajador trepó hasta la misma, situándose en el terreno de avance de un carro de recepción, que le atrapó por el pantalón.

Para el Tribunal Superior no existe responsabilidad de la empresa porque éste es un caso de clara imprudencia del trabajador, si no temeraria al menos profesional, habida cuenta que el trabajador había sido formado e informado respecto del puesto de trabajo y había recibido un curso de especialista de grúa de 300 horas, siendo el puesto que desempeñaba en el momento del accidente.

D) Empresario responsable: el Ayuntamiento y no la Mancomunidad que gestiona el servicio

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de abril de 2006**, I.L. J 848, analiza el problema de atribución de responsabilidad por recargo a más de un empresario. Se trata de

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

un trabajador de un Ayuntamiento que presta sus servicios adscrito al camión de recogida de basuras propiedad de la mancomunidad de municipios, y con el que se accidenta por una deficiente situación del mismo, que había sido puesto en conocimiento del Ayuntamiento. La sentencia declara responsable únicamente al Ayuntamiento, dada la condición de empleador único del mismo y por ser el que generó el riesgo causante del mismo. La Sala considera que no hay razón válida para extender la responsabilidad a la Mancomunidad, bien que se gestionara a través de la misma el servicio de recogida de basuras de ese y otros municipios y aun cuando figurara como titular administrativo del camión, dado que carecía de servicio de mantenimiento propio y por cuanto el camión de basura de los dos que disponía, con el que se accidentó el trabajador, prestaba servicios de recogida de basuras exclusivamente en el término municipal del Ayuntamiento.

E) Cuantía

La modulación del porcentaje, respecto al 30% mínimo, va a ser posible atendiendo a las circunstancias concurrentes como la gravedad de la infracción que genera el accidente sufrido (STS de 19 de enero de 1996 –RJ 112/1996–) y otras circunstancias como la peligrosidad de la actividad, número de trabajadores afectados y grado en que lo ha sido, actitud general de la empresa en materia de prevención, posible concurrencia de responsabilidad del operario, etc. (artículo 149.1º LPRL).

En el supuesto que analiza la **STSJ de Cantabria de 9 de mayo de 2006**, I.L. J 1217, la sanción fue calificada administrativamente con carácter de grave en grado mínimo, pero en atención a varias infracciones y a las consecuencias del siniestro producido que conllevaron la declaración en situación de incapacidad permanente total del trabajador, en cuya actuación no se apreció la concurrencia de imprudencia en el siniestro. Ante estos hechos se confirma la imposición administrativa del 40% del recargo.

Ciertamente el artículo 123 LGSS no contiene criterios precisos de atribución entre el 30 o el 50% posible, pero sí indica una directriz general para la concreción del recargo que es “la gravedad de la falta”. Esta configuración normativa supone reconocer un amplio margen de apreciación al juez de instancia en la determinación de su cuantía porcentual que es controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con esta directriz legal. Así sucede, al menos, cuando se fija la cuantía porcentual mínima para infracciones muy graves, o cuando el porcentaje máximo establecido y la falta cometida por su entidad o por sus circunstancias no merece el máximo rigor sancionador (SSTSJ de Cantabria de 15 de octubre de 2003, recurso 564/2003, en la que se fija el 30% de recargo al concurrir culpa no temeraria del trabajador, y la de 31 de julio de 2003, recurso 350/2003, que fija el recargo en el 40% al no existir conductas concurrentes que autoricen imponer el porcentaje máximo o el mínimo).

A partir de la LGSS de 1966 el porcentaje de recargo dejó de ser fijado por Ley en el 50% para permitir su fijación por la entidad gestora en una cifra que debe situarse entre el 30 y el 50%. Y, a dicha fijación se le ha dado también un significado sancionador en la medida en que lo relevante no son propiamente los daños causados sino las circunstancias con-

currentes que permiten valorar y graduar la culpa del empresario en la producción del siniestro. La imposición del porcentaje del 50% supone valorar la culpa en su grado máximo, mientras que la de un porcentaje del 30% significaría hacerlo en un grado levísimo.

En el siniestro que analiza la **STSJ de Cantabria de 9 de mayo de 2006**, I.L. J 1217, se parte de la declaración de hechos probados relativa a que no concurre culpa ni temeraria ni simple del trabajador, pero que tampoco existe culpa temeraria del empresario productora del accidente, y

“siendo sancionada la falta como grave en grado mínimo, no concurren circunstancias adicionales que revelen un grado levísimo del siniestro, como sí se pretende, que apartó profesionalmente al trabajador de su empleo habitual”.

F) Expediente administrativo: nulidad; efectos de la sentencia anulatoria del recargo sobre la devolución íntegra del capital consignado

En este apartado se estudian dos cuestiones atinentes al expediente administrativo sobre recargo de prestaciones. El primero de ellos trata sobre la posible nulidad del mismo. Se parte del presupuesto legal contenido en el artículo 11.4º OM de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del RD 1300/1995, de 21 de julio, sobre Incapacidades Laborales del Sistema de Seguridad Social que establece que, una vez instruido el expediente con propuesta de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene, se dará trámite de audiencia al empresario responsable de las mismas. En la **STSJ de Extremadura de 18 de mayo de 2006**, I.L. J 1570, se analiza la posible nulidad del expediente administrativo ya que a la empresa si bien se le dio la citada audiencia a que se refiere el artículo 11.4º OM de 18 de enero de 1996 no se hizo lo mismo tras emitirse dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades en el que se valoraba la capacidad laboral del trabajador a efectos de su declaración en situación de incapacidad permanente.

Se declara en la citada Sentencia que,

“esa omisión de audiencia al empresario no ha podido provocar indefensión ya que ha podido alegar todo lo que a su derecho conviniese tanto en el expediente iniciado para determinar si procedía el recargo en la correspondiente reclamación previa, en la demanda y en el juicio ante el Juzgado de lo Social y ahora en el recurso”.

El expediente en el que no se le ha dado audiencia es el relativo a la calificación de la capacidad laboral del trabajador respecto a la que ninguna alegación se hace porque lo que discuten es si procede el recargo por omisión de medidas de seguridad, no que el trabajador accidentado esté afecto de incapacidad permanente ni en qué grado, por lo que esa actuación queda inmersa en el artículo 11.4º de la OM de 18 de enero de 1996 que autoriza prescindir de dicho trámite de audiencia cuando no figure en el procedimiento ni

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

hayan de ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos, alegaciones o pruebas que las aducidas por el interesado. A este respecto, la STC 165/2001, de 16 de julio, declara que es necesario que la parte recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente la indefensión material que le provoca el defecto denunciado.

En cuanto al segundo tema relacionado con el expediente administrativo, la **STS de 3 de mayo de 2006**, I.L. J 721, determina las consecuencias de la anulación por sentencia de las resoluciones del INSS en las que se declara la procedencia del recargo sobre las prestaciones económicas debidas a accidente de trabajo o enfermedad profesionales originadas por falta de medidas de seguridad, en cuanto al capital ingresado por la empresa en Tesorería. La cuestión es si la Tesorería está obligada o no a reintegrar la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas al beneficiario, existiendo al respecto resoluciones judiciales contrapuestas de los Tribunales Superiores de Justicia.

La decisión adoptada en unificación de doctrina por el Tribunal Supremo es que, si la sentencia definitiva anula la resolución administrativa que reconoció el derecho, hay que devolver la totalidad de lo ingresado sin detracción de la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas a los beneficiarios. Para ello se funda en el artículo 91.3 del Real Decreto 1637/1995, que establece que “Cuando por sentencia firme se anulare o se redujere la cuantía de los derechos reconocidos por resolución administrativa o judicial, la Mutua o, en su caso, la empresa recurrente tendrá derecho a que se devuelva la totalidad o parte alícuota, respectivamente, del capital que haya ingresado para satisfacer aquellos derechos, sin detracción de la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas a los beneficiarios, que quedan exentos de efectuar devolución alguna”. Aclara el Alto Tribunal que “los reintegros a los que se refiere el párrafo anterior se imputarán con cargo a presupuesto del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Precepto que ha sido reproducido —con la adición del pago del recargo, el interés de demora, en su caso, y el interés legal que procedan— en el artículo 71 del nuevo Reglamento de recaudación aprobado por el Real Decreto 1415/2004, que ha sustituido al aplicado en el caso de autos por razón de la fecha de los hechos”.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL

A) Existencia de daños y perjuicios

El Tribunal Supremo ha manifestado que la organización empresarial debe garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo y la efectividad de las medidas preventivas, debiendo prever, incluso, las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador, siendo responsable el empresario de los daños causados en esta actividad negocial. Ya sea, por la vía de la responsabilidad extracontractual o contractual derivada del contrato de trabajo, de los artículos 1902 o 1101 del Código Civil, salvo los daños causados en exclusiva a la acción del trabajador (STS de 30 de diciembre de 1997, recurso 22/1997, EDJ 7025/1997).

Así, tiene declarado que:

“En materia de accidentes de trabajo, la responsabilidad por culpa ha de ceñirse a su sentido clásico y tradicional, sin ampliaciones que están ya previstas e instauradas con más seguridad y equidad. Por ello, si el empresario cumplió las exigencias legales de seguridad e higiene en el trabajo y no tuvo conducta o acto alguno que aumentara el riesgo propio del trabajo desempeñado por el damnificado y cuyos daños están objetivamente cubiertos y en esta medida indemnizados, no son de aplicación los artículos 1101 y ss del Código Civil ((SSTS de 17 de febrero de 1999, EDJ 1999/6060 y 29 de septiembre de 2000, EDJ 2000/36273).”

La **STSJ de Extremadura de 29 de junio de 2006**, I.L. J 1623, expresamente declara que la cobertura económica de las consecuencias del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional que dispensa el sistema de Seguridad Social no excluye la posibilidad de demandar del responsable, empresario o tercero, que indemnice el resto de los daños y perjuicios inferidos a la víctima que dicho sistema de prestaciones legalmente tasadas no alcanza a reparar.

Por su parte, la **STSJ de Cantabria de 7 de junio de 2006**, I.L. J 1618, precisa que tratándose de responsabilidad por daños y perjuicios procedentes o derivados de un accidente de trabajo y para que se dé la responsabilidad contractual debe concurrir necesariamente la prueba de la culpa del empresario, al que la Ley le obliga como deber de cuidado sobre las medidas de seguridad tendentes a conservar la integridad física de sus empleados, incluso el deber de vigilancia del cumplimiento por éstos de las normas impuestas,

“porque la concurrencia de la mera culpa del empresario no obsta a la reparación por el daño causado, siempre que se conecte el daño a la acción empresarial”.

Mientras la acción protectora de la Seguridad Social, precisa **STSJ de Extremadura de 29 de junio de 2006**, I.L. J 1623, se organiza con arreglo a criterios de responsabilidad objetiva, de manera que basta para que opere con la simple constatación de que el trabajador se ha lesionado con ocasión o por consecuencia de su actividad por cuenta ajena (artículo 115.1º LGSS), el título de imputación de la responsabilidad civil complementario es la culpa en su sentido subjetivista clásico.

Resalta finalmente esta última sentencia del TSJ de Extremadura la estructura de la responsabilidad civil: a) la acción u omisión en el cumplimiento de las medidas previas, bien porque no se adopte ninguna; b) la voluntariedad en ese *facere* o *non facere*; c) el daño, lesión o enfermedad o menoscabo del trabajador, y d) el nexo causal que por ese ilícito o contravención se haya producido ese daño.

Desde esta perspectiva se declara que,

“aunque exista infracción no habrá responsabilidad si la infracción es simplemente genérica o si la infracción no es la causa del accidente, relación esta última de causalidad que

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

ha de probarse y ser examinada en cada caso concreto: los daños y perjuicios han de ser consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación por la empresa o que conocidamente se deriva de ello (artículo 1107 Código Civil)”.

En cuanto a la fijación de la cuantía indemnizatoria, sigue declarando la **STSJ de Cantabria de 7 de junio de 2006**, I.L. J 1618, la falta de norma legal expresa en materia laboral, la indemnización procedente por la culpa del empresario en el accidente de trabajo sufrido por su empleado, en principio,

“alcanzará sin limitación los daños y perjuicios que como derivados del accidente de trabajo se acrediten”.

No obstante, para facilitar la prueba o para formar el criterio judicial valorativo, como posibilita el artículo 4.1º del Código Civil, los órganos judiciales pueden acudir análogicamente a otras normas del ordenamiento jurídico que ante determinadas secuelas o daños establezcan unos módulos indemnizatorios, como los establecidos en la Ley 30/1995 sobre Ordenación del Seguro Privado, que es el más usual.

Aunque la jurisprudencia civil reitera que la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada de la relación de trabajo, tratándose de dualidad de pretensiones no incompatibles entre sí, tal compatibilidad no implica duplicidad en el derecho al percibo de indemnizaciones reparadoras por el mismo aspecto o ámbito del daño o perjuicio sufrido de estar con una de ellas completamente reparados o compensados tales daños o perjuicios.

De la misma forma se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 30 de septiembre de 1997, recurso 22/1997, 2 de febrero de 1998, recurso 124/1997, 10 de diciembre de 1998, recurso 4078/1997 y 2 de octubre de 2000, recurso 2393/1999). En la última citada se aborda el problema de los límites del derecho a la restitución y la posibilidad de ejercicio de distintos tipos de acciones para alcanzar el resarcimiento de un daño, según las circunstancias de hecho que puedan servir de apoyo a la pretensión de indemnización, afirmándose que,

“ante la pluralidad de vías procesales para obtener la reparación de tal tipo de daños, son criterios esenciales que existe un solo daño que hay que compensar o indemnizar, sin perjuicio de las distintas reclamaciones que puedan plantearse. Debe existir un límite en la reparación del daño, conforme al Código Civil, pues estamos ante formas o modos de resolver la misma pretensión aunque tengan lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos, que han de ser estimadas como partes de un total indemnizatorio, y por ello las cantidades recibidas han de computarse para fijar el quantum total indemnizatorio que ha de ser único”.

De aquí que para la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios de toda índole derivados de un accidente de trabajo deben detraerse o computarse las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de la Seguridad Social, en especial cuando se deba determinar el importe de la indemnización derivada de los perjuicios afectantes al ámbito profesional o laboral del accidentado.

En base a todos estos argumentos, la misma SSTSJ de Cantabria de 7 de junio de 2006, I.L. J 1618, citada, aduce la necesaria valoración de estas circunstancias:

“ya que conllevará que su determinación se convierta en un elemento de apreciación por el Juzgador de la instancia, que no debe ser revisado salvo en supuestos excepcionales”.

La indemnización reconocida en la sentencia de instancia –observa la sentencia analizada– se ajusta a tales parámetros, respondiendo, de un lado, a la necesaria deducción del importe de la prestación de Seguridad Social reconocida pero, valorando también, la circunstancia del incumplimiento de medidas de protección y seguridad en el trabajo como causa exclusiva del siniestro, con los citados parámetros jurisprudencialmente admitidos (daños emergentes, lucro cesante, daños materiales y morales) y derivados del accidente de trabajo y que se acreditan sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social del trabajador accidentado.

B) Solidaridad

La STSJ de Cantabria de 29 de marzo de 2006, I.L. J 1219, analiza un supuesto de empresa principal que contrata con otra subcontratista y se produce un accidente en un trabajador de esta última, participando también en la organización productiva una tercera empresa a través del alquiler de grúas con un trabajador propio de ésta que ayuda en las tareas. Los hechos ocurrieron en el lugar de trabajo de la principal.

Se concluye que en esta última empresa que colabora con la grúa y un trabajador que la conduce no se dan las circunstancias exigidas legalmente para extender a la misma el régimen de la responsabilidad en el recargo de prestaciones,

“pues ni ostentaba la condición de empresario directo del trabajador accidentado ni tampoco la de empresario infractor titular del centro de trabajo en el que tuvo lugar el siniestro”.

La citada sentencia se preocupa de aclarar la acepción de centro de trabajo previsto en el artículo 15 LET, “en referencia a lugar de trabajo”, que corresponde al de la empresa principal. El control del modo y forma en que se organiza y realiza la prestación de trabajo no lo puede ejercer una de las subcontratistas en la medida en que para ella ese lugar de trabajo le es ajeno y, por tanto, la empresa subcontratista sí podrá ser centro de imputación de responsabilidades administrativas, e incluso de responsabilidades civiles y penales,

“pero debe quedar exonerada de la responsabilidad en el recargo de las prestaciones de Seguridad Social, al ostentar la condición de tercero respecto del trabajador accidentado y de la actividad por éste desarrollada”.

Esta sentencia del TSJ de Cantabria aplica la doctrina unificada del Tribunal Supremo al respecto que entiende que es el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

del empresario principal lo que determina la extensión a aquél (a la empresa principal) de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control (STS de 18 de abril de 1992).

Los artículos 24.3º LPRL y 42.3º ET han de ponerse en relación con el artículo 123 LGSS de forma que la expresión que en el párrafo segundo de éste se contiene sobre la necesidad de que la responsabilidad por falta de medidas de seguridad y el recargo correspondiente han de recaer sobre el empresario infractor ha de completarse en cada caso con la remisión al análisis del supuesto o supuestos previstos en aquellas normas específicas para determinar, en suma, si es uno solo o son varios los empresarios responsables. Solidaridad que, en este caso, no puede alcanzar a la tercera empresa colaboradora.

C) Vinculación de los órdenes jurisdiccionales

A partir del artículo 42.5º LPRL la vinculación fáctica del proceso sancionador administrativo al orden jurisdiccional social no plantea discusión alguna, de forma que su firmeza impide el pretendido análisis de la prueba practicada en la instancia.

El mandato de prejudicialidad vinculante del citado precepto dispone que la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la pretensión económica del sistema de Seguridad Social.

Es decir, y así lo establece la STSJ de Cantabria de 9 de mayo de 2006, I.L. J 1217,

“la vinculación legal lo es a los hechos probados del orden contencioso-administrativo relativos a la infracción de normas laborales, sin que se exprese dicha vinculación a otros supuestos”.

5. PLUS DE PENOSIDAD

A) Desestimación del complemento de penosidad derivada de exposición al ruido, no previsto en convenio colectivo

En varias sentencias dictadas por el TSJ de La Rioja se trata un mismo asunto relativo al derecho de los trabajadores a percibir el complemento salarial específico de penosidad por ruidos. Los trabajadores reclaman dicho complemento porque prestan sus servicios en la sección de producción como operador paletizador o como inspector de control de calidad, expuestos a niveles de ruido superiores a 80 decibelios, sin percibir cantidad alguna en compensación por ello.

En los fallos de las STSJ de La Rioja de 7 de marzo de 2006, I.L. J 615, de 7 de marzo de 2006, I.L. J 772, y de 20 de marzo de 2006, I.L. J 1113, se desestima la pretensión por considerar que el derecho al cobro del complemento salarial por penosidad no existe si no se ha establecido por convenio colectivo o por pacto (individual o colectivo), o sea fruto de una costumbre existente en su ámbito local y profesional de trabajo, como ocurre en este caso, al no preverlo el convenio colectivo ni existir a favor de los trabajadores pacto o costumbre alguno que imponga su devengo.

La Sala rechaza, por lo demás, que, en ausencia de regulación expresa de la materia en el convenio, se pueda aplicar —como pretenden los actores— la Ordenanza Laboral Metalgráfica, por cuanto “el convenio colectivo de empresa al regular de forma completa y cerrada la estructura del salario de aquellos trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, se convierte en la norma de aplicación a este respecto, sin que resulte posible acudir a la Ordenanza Laboral de la Industria Metalgráfica, pues la remisión genérica que a ella contiene el Convenio sólo debe entenderse referida a aspectos no regulados en el Convenio, no pudiendo aplicarse la supletoriedad a materias cerradas en la norma convencional”.

B) La facilitación de protectores auditivos no excluye la calificación del trabajo como penoso

El asunto debatido en la STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2006, I.L. J 637, es si cabe calificar como penoso un puesto de trabajo en el que el nivel de ruido, que supera los 90 decibelios, queda situado por debajo de los 80 decibelios mediante la utilización de los protectores auditivos facilitados por la empresa.

La respuesta de la Sala es afirmativa por cuanto la calificación del puesto de trabajo como penoso no puede quedar excluida por la circunstancia de que la empresa facilite a los trabajadores protectores auditivos, dado que ello “supone el necesario y obligado cumplimiento por su parte del deber genérico de seguridad y prevención de riesgos laborales, sin que tales dispositivos de protección personal afecten al sistema de trabajo establecido, ni a la naturaleza y condiciones objetivas de éste, en cuanto no suponen mejoras objetivas del procedimiento de trabajo, tendente a la objetiva reducción del ruido, siendo simplemente cumplimiento de la normativa de prevención aplicable, mediante la reducción del nivel de ruido personalmente soportado por cada trabajador, con la contrapartida de las molestias inherentes a la utilización de los protectores, y sin olvidar las consecuencias de carácter morboso que su uso continuado puede provocar”.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ÉLISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

VVA

La ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa

[Lex Nova, Valladolid, abril 2007, 317 páginas]

LEX NOVA

En la presente monografía, un elenco de grandes autores abordan las consecuencias que trae consigo la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La obra enfoca la problemática más allá de la discriminación por desigualdad de trato refiriéndose a una igualdad sustancial entre hombres y mujeres a través de políticas públicas, igualdad que nuestra Constitución reconoce como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico.

La publicación se estructura en ocho capítulos en los que se trata de manera completa y exhaustiva problemáticas tales como los Planes de Igualdad en las empresas, la conciliación de la vida laboral y familiar, la regulación de la prevención de riesgos laborales vinculados con el sexo, la igualdad a través de la contratación administrativa así como la cuestión tan controvertida cual es la presencia equilibrada de las mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades de capital.

Para una mejor comprensión de la problemática tratada, la publicación cuenta con un anexo primero en donde unos cuadros sinópticos, en un modo más esquemático, resumen conceptos, modificaciones legislativas así como otros aspectos jurídicos.

Completando la obra, en su anexo segundo, se reproduce íntegramente el texto de la nueva disposición, haciendo posible la consulta de la normativa vigente en materia de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

La obra sitúa a la Ley en el marco empresarial, habida cuenta de la indudable participación de la mujer en el mercado laboral, presentando un estudio de las novedades que en esta materia se presentan. De modo inteligible se expone cómo las empresas estarán obligadas a elaborar y aplicar Planes de Igualdad que eliminen por completo cualquier tipo de discriminación laboral entre hombres y mujeres, haciendo especial referencia al papel central que la negociación colectiva tendrá en esta misión.

La publicación profundiza en la dificultad de compatibilizar la vida laboral y la familiar, uno de los problemas con los que la mayoría de las mujeres se enfrenta llegando incluso en gran porcentaje al abandono de su actividad profesional, comentando la nueva regulación del permiso de maternidad así como del reconocimiento de un permiso de paternidad además del que obtenga la madre.

Asimismo, explica de un modo riguroso a la vez que accesible, la problemática referida a la prevención de riesgos laborales generados por razón de sexo, haciendo una especial mención a las novedades introducidas sobre el acoso sexual.

Por último, además de hacer un estudio pormenorizado de las disposiciones en materia de contratación administrativa, se aborda la controvertida cuestión relativa a la presencia equilibrada de las mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades de capital, monopolio que hasta nuestros días continúa siendo ostentado por los hombres.

En conclusión, la gran claridad y rigor expositivo y la necesaria dedicación que demanda la propia realidad cotidiana, hacen de la obra una imprescindible referencia de cara a su utilización por organismos, empresas y profesionales, ya que la misma se erige en punto de partida del tratamiento de la cuestión.

VVAA

La nueva ley reguladora de la subcontratación en la construcción

[Lex Nova, Valladolid, abril 2007, 315 páginas]

LEX NOVA

El presente manual tiene por objeto hacer un estudio pormenorizado, a la vez que claro y ameno, de un tema tan actual como importante en la economía de cualquier país desarrollado. Nos referimos, en concreto, al sector de la construcción y su normativa, teniendo en cuenta que hoy día dicho sector constituye uno de los pilares básicos no sólo de la economía española sino mundial viviendo uno de sus mejores momentos a tenor del crecimiento sin precedentes del sector en los últimos diez años.

La monografía, de forma clara y minuciosa, realiza un análisis de las relaciones jurídicas que se dan entre todas las instituciones, públicas y privadas, que se ven implicadas en la actividad constructora y urbanística, haciendo especial hincapié en la subcontratación regulada por primera vez y de forma estrictamente sectorial por la Ley 32/2006, de 18 de octubre, de la Subcontratación en el Sector de la Construcción.

Por ello, en un primer momento se realiza un diseño conceptual de todos los sujetos

intervenientes en la relación contractual, clarificando ya desde el inicio toda la terminología que a lo largo del trabajo se usará, lo que hace del mismo una obra clara y de fácil entendimiento.

La publicación está estructurada en ocho capítulos en donde, de modo exhaustivo, se lleva a cabo un estudio claro y comprensible de la nueva normativa respecto al régimen de contratación y subcontratación en el sector de la construcción que establece una serie de garantías, como la limitación en el encadenamiento de contrataciones. Se contemplan tanto los regímenes establecidos por entes privados como por parte de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta las obligaciones de coordinación y cooperación entre todas las unidades empresariales.

Asimismo, la obra contempla extensamente las novedades introducidas por la disposición antes mencionada en temáticas tan interesantes como son la calidad en el empleo en este sector de la construcción, teniendo en cuenta la obligación de las empresas contratistas y subcontratistas en tener un mínimo de trabajadores fijos en plantilla de forma progresiva. Además se presta especial atención al contrato fijo de obra siendo éste una fórmula contractual muy utilizada y de igual modo se recogen las nuevas infracciones y sanciones en materia de subcontratación.

Completa la monografía, un extenso anexo normativo en donde se reproducen de manera literal los textos jurídicos más importantes y necesarios en relación con la materia poniendo a disposición del lector un elenco normativo que le será de gran utilidad en caso de consulta.

En conclusión, la gran claridad y rigor expositivo de la presente publicación hacen de la misma una herramienta óptima para los profesionales de la materia ya que, gracias a los trabajos de juristas de reconocido prestigio, autores del volumen, se da respuesta a los más significativos interrogantes que la Ley plantea.

VVAA

Marco jurídico de las profesiones sanitarias

[Lex Nova, Valladolid, enero 2007, 466 páginas]

LEX NOVA

El Derecho Sanitario es una de las disciplinas jurídicas que ha experimentado una mayor expansión en los últimos años; especialmente, en todo lo relativo a los derechos de los pacientes. La presente obra, sin descuidar esta materia, se adentra también en el estudio del otro lado de la relación clínica: los profesionales sanitarios.

El lector tiene en sus manos un libro completo en el que se hace un estudio pormenorizado del régimen jurídico de este tipo de profesionales, para ello analiza de forma conjunta y con cierta perspectiva desde su publicación la Ley de Autonomía del Paciente, el Estatuto Marco, la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud que en 2003 introdujeron importantes novedades en este campo y que acaban con la evidente dispersión y heterogeneidad que existía en la regulación, fijando claramente el marco general sobre el que se desarrolla el ejercicio profesional de las actividades sanitarias.

Este ejemplar se divide en dos partes: en la primera, se trata el régimen jurídico de las titulaciones sanitarias y la ordenación de la profesión; en la segunda, se desarrolla su ejercicio y se ocupa, a lo largo de siete capítulos, de trazar la línea existente entre el concepto de profesión y de título académico, a la formación, desarrollo, colegiación y ejercicio privado, a sus relaciones con la Administración, a la responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria así como de los derechos de los pacientes y deberes de los profesionales.

Todo el análisis se completa con el examen de la normativa autonómica, la doctrina científica que junto con una abundante jurisprudencia seleccionada en un CD-ROM, hacen de esta obra una herramienta de consulta para juristas y gestores de recursos humanos de la sanidad pública y privada.

Se trata, en definitiva, de un libro hecho por especialistas con probada experiencia que ofrecen una visión clara, actual y práctica, de toda esta materia y que viene a cubrir una importante laguna en el campo del Derecho Sanitario, al analizar las últimas y más destacadas novedades legislativas que vertebran el ejercicio de las profesiones sanitarias en el Sistema Nacional de Salud.

J.M^a. VIÑAS ARMADA

La formación básica en prevención de riesgos laborales. Programa formativo para el desempeño de las funciones de nivel básico

[Lex Nova, Valladolid, marzo 2007, 266 páginas]

LEX NOVA

Con este manual se pretende dar respuesta a una de las necesidades formativas que emanan del nuevo marco normativo establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y con el Reglamento de los Servicios de Prevención.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales recoge dos presupuestos imprescindibles para que el empresario lleve a cabo el correcto cumplimiento del deber de protección del trabajador: Por un lado, señala la necesaria información sobre los riesgos a los que el trabajador está expuesto y, por otro, la adecuada formación, para que éste conozca los medios de protección que tiene a su disposición y las condiciones en que éstos deben de ser utilizados.

En efecto, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales tiene presente el trascendental papel que la formación constituye como instrumento eficaz para la puesta en práctica de la nueva cultura preventiva, de tal manera que, además de concretar el alcance del deber empresarial en esta materia, va a incluirla de manera destacada entre los objetivos de la política de prevención que deben llevar a cabo las distintas Administraciones, pues como exige esta Ley, los poderes públicos deberán promover la mejora de la educación en materia preventiva en los diferentes niveles de enseñanza, de manera especial en la oferta del sistema nacional de cualificaciones profesionales, y, en general, la adecuación de la formación de recursos humanos necesarios para la protección frente a los riesgos laborales.

La presente obra, se centra en el estudio de la formación de los trabajadores puesto que se trata no sólo de un deber de protección, sino que es un instrumento clave para hacerlo efectivo. Para el cumplimiento de este deber, todo empresario, bien sea público, bien privado, deberá garantizar que cada trabajador reciba un formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia de formación.

A lo largo de cinco capítulos, José M^a. VIÑAS ARMADA, de forma clara y concisa, hace un análisis de los conceptos básicos sobre seguridad y salud en el trabajo, de los riesgos generales y su prevención, así como centrados en el sector de la construcción, de los buques de pesca, de la actividad minera y en el ámbito del sector público, además, recoge los elementos básicos de la gestión en la materia y dedica su último tema a los primeros auxilios.

Este libro, además, responde estricta y adecuadamente a los contenidos que el Anexo III del Reglamento de los Servicios de Prevención establece para la elaboración del proyecto y programa formativo necesario para el desarrollo de las funciones básicas.

Finalmente y teniendo en cuenta que los destinatarios de toda esta materia no tienen por qué poseer conocimientos jurídicos, se utilizan numerosos cuadros explicativos, recordatorios y cuestionarios de autoevaluación, logrando con ello un libro muy práctico y ameno que respeta la estructura y contenidos del programa de formación recogido en el Anexo IV del Reglamento de Servicios de Prevención.

P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero

[Lex Nova, Valladolid, diciembre 2006, 304 páginas]

LEX NOVA

La libre circulación de trabajadores y profesionales, principio cardinal de la construcción europea, tendría escasa virtualidad si no estuviera acompañada de medidas efectivas de auxilio y complemento, siendo imprescindibles todas aquellas medidas que tengan por objeto la coordinación de los sistemas nacionales, ya sea para evitar perjuicios injustificados a quienes proyecten un cambio de país a efectos profesionales, ya sea para dar respuesta apropiada a los problemas que, desde el punto de vista de la conjugación de ordenamientos, inevitablemente surgen cuando se traspasan las fronteras nacionales. En este contexto, adquiere un papel esencial la coordinación de los sistemas jurídicos nacionales con vistas a la resolución "pacífica" de los consabidos problemas de la ley aplicable y foro competente.

Paz MENÉNDEZ SEBASTIÁN, letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, realiza en la presente obra una sistemática ordenación del estudio de las reglas sobre

competencia judicial y la ley aplicable que rigen la contratación laboral internacional. Su análisis se lleva a cabo desde la perspectiva nacional (interposición de la demanda ante un órgano judicial español), proporcionando con ello certeza sobre cuándo y cómo deben nuestros tribunales aplicar las normas supraestatales de competencia judicial y la ley aplicable que vinculan a nuestro país, y cuándo y con qué alcance resultan aplicables las reglas nacionales, en función del domicilio del demandado, de la existencia de acuerdos entre las partes, de la fecha de formalización del contrato, etc.

En definitiva, se trata de un estudio dotado de gran actualidad y utilidad. Actualidad tanto por el exhaustivo análisis de las nuevas reglas comunitarias sobre competencia judicial, como por el manejo del libro verde (proyecto de Reglamento sobre ley aplicable, que se prevé suceda en breve al Convenio de Roma, y en el que se reforman fundamentalmente las reglas laborales), además de por el completo examen de las sentencias recientes en la materia, imprescindible para poder entender el sentido de la normativa supraestatal, e interpretarla correctamente. Utilidad, porque la consolidación del proceso de globalización del mercado laboral y, por ende, la generalización de los contratos laborales internacionales obliga a las autoridades judiciales y, en general, a los profesionales del derecho, a manejar con soltura reglas no estatales que con frecuencia se remiten a normas de otros Estados.

Pues bien, esta ardua tarea queda francamente facilitada con esta monografía al ofrecer al lector y especialista una investigación integral de toda la compleja casuística que plantea la aplicación de la normativa de la competencia judicial y de ley aplicable, y proporcionarle a su vez los datos claves del derecho sustantivo más próximo (italiano, portugués, inglés y francés, particularmente) en las cuestiones litigiosas.

M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR

Empleo y prestación de servicios en la Administración pública

[Lex Nova, Valladolid, diciembre 2006, 466 páginas]

LEX NOVA

En la presente monografía, se hace un detallado estudio de la importancia que tiene la organización de los servicios públicos para el buen funcionamiento de las instituciones y la garantía de los derechos constitucionales centrándose, sobre todo, en la influencia que la concreta distribución de los medios humanos con los que cuentan las distintas administraciones tiene en el mayor o menor grado de eficacia en el cumplimiento de los mismos.

A lo largo de cuatro capítulos este libro va más allá del análisis del actual e insatisfactorio modelo de empleo público, ya que toma en cuenta la complementariedad y la integración del Derecho del Trabajo y del Derecho Administrativo en esta materia, contemplando, además, a la totalidad del personal que presta sus servicios formando un conjunto unitario, como es el de los empleados públicos. No sólo se pretende un diagnóstico de problemas, etiologías, causas y concausas si no que se va más allá, y se hace un examen de las distintas medidas que se han ido poniendo en marcha para acercarse al ideal de eficacia, sus limitaciones e insatisfacciones.

Entre los muchos aspectos destacables de esta obra, se puede mencionar el papel otorgado a las diferentes administraciones territoriales en relación a la gestión del propio personal, o cuestiones que están causando

serias distorsiones en la gestión de los recursos humanos de las Administraciones públicas desde hace ya mucho tiempo en materia de acceso, privatizaciones en la gestión, competencia jurisdiccional, temporalidad, extinción, descentralización productiva, etc.

Por último, conviene señalar que en este libro se incluye la reforma que aprobó la Ley 21/2006, por la que se modifica la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

En definitiva, el objeto de estudio de esta obra gira en torno a cuestiones que siendo técnicas, complejas y, en numerosos aspectos controvertidas, se encuentran, a su vez, en el centro del debate político. Pocas materias reúnen tal alto grado de diversidad de aspectos como la que se trata en la presente monografía.

J. CASSINI GÓMEZ

Cómo implantar e integrar la prevención de riesgos laborales en la empresa

[Lex Nova, 2ª edición, Valladolid, marzo 2007, 362 páginas]

LEX NOVA

En el presente manual, CASSINI GÓMEZ se ocupa de la gran asignatura pendiente en materia de prevención de riesgos laborales: la integración de la actividad preventiva en la empresa. El estudio de la cuestión se hace indispensable, más aún teniendo en cuenta las recientes modificaciones operadas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social –en especial las de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre–.

El autor proporciona una secuencia de fácil seguimiento a la vez que aporta una útil herramienta que se aleja lo más posible de un

difícil y excesivo empleo de tecnicismos. El objetivo pretendido (sin olvidar que el fin fundamental de la temática consiste en evitar, en la medida de lo posible, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales) no es otro que la progresiva implantación de sistemas de gestión de prevención de riesgos laborales en las empresas.

La publicación se estructura en nueve apartados, los cuales despliegan un conjunto de protocolos o procedimientos que sirven al especialista como punto de arranque para afrontar el análisis de los distintos pasos a seguir en las principales áreas de la materia (formación, medicina en el trabajo, evaluación de riesgos, planificación de la actividad preventiva, etc.)

Tras unos apartados introductorios –cabe destacar la reproducción en uno de ellos de los Criterios Deontológicos de Buenas Prácticas para la actividad de Servicio de Prevención Ajeno, que fueron elaborados para la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos, ASPA, cuyo Presidente prologa la obra– la monografía prosigue con una concreta exposición de la documentación que debe hallarse ineludiblemente a disposición de la Autoridad Laboral en toda entidad empresarial, a tenor de lo tipificado en el artículo 23 de la LPRL.

De modo inteligible y para profundizar en las diferentes interrelaciones preventivas que llegan a desarrollarse en el marco laboral, se facilita al lector el *modus operandi* de la implantación progresiva de los medios de prevención en la empresa.

Algunos de los aspectos abordados en el estudio, como son la creación y puesta en marcha del sistema de gestión, nombramientos necesarios, Comité de Seguridad o las múltiples actuaciones a realizar ante los distintos supuestos que puedan llegar a surgir, constituyen el bloque más extenso del libro dedicado a los protocolos de funcionamiento y al pertinente control y revisión del propio sistema.

Una selección básica de textos normativos sirve de cierre al manual, que, a su vez, viene acompañado de

un CD-ROM en el que se reproducen las disposiciones legislativas más importantes en Prevención de Riesgos Laborales.

En conclusión, la gran claridad y rigor expositivo y la necesaria dedicación que demanda la propia realidad cotidiana, hacen de la obra una imprescindible referencia de cara a su utilización por organismos, empresas y profesionales, ya que la misma se erige en punto de partida del tratamiento de la cuestión.

J. GUERRERO ZAPLANA

Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Doctrina, legislación y formularios

[Lex Nova, 5ª edición, Valladolid, diciembre 2006, 658 páginas]

LEX-NOVA

La presente monografía, que alcanza ya su quinta edición, analiza y estudia la Ley reguladora del consentimiento informado en materia sanitaria (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información clínica), adaptando sus exposiciones a la nueva distribución competencial derivada del traspaso de funciones y servicios sanitarios a las Comunidades Autónomas. GUERRERO ZAPLANA aborda de forma práctica el sistema de reclamación en supuestos de incumplimiento de las relaciones contractuales y extracontractuales que se plantean dentro del Derecho a la Salud.

Cuando la prestación asistencial y sanitaria es deficiente y provoca un resultado defectuoso, el perjudicado puede reaccionar escogiendo de entre una serie de vías de reclamación que a lo largo de la obra se muestran desde una perspectiva práctica y actual, prescindiendo de todos aquellos ele-

mentos que alteren una exposición clara y sistemática; además, son frecuentes las citas a sentencias de distintos órdenes para la resolución de los problemas más frecuentes y actuales.

El primer capítulo del libro se encarga de exponer las reclamaciones a través de la vía civil. Dentro de este ámbito el sistema de responsabilidad extracontractual será subjetivo y, en consecuencia, para que prospere una reclamación será necesaria una acción u omisión ilícita; un daño; un nexo causal entre la acción u omisión y el daño, y una situación de culpabilidad. Todos y cada uno de estos elementos son tratados de forma individual y con apoyo jurisprudencial.

El capítulo II contempla otra de las vías de reclamación, la administrativa, donde la responsabilidad patrimonial derivará de las relaciones jurídicas que la Administración entabla sometida a su propio derecho con otros sujetos y que, a diferencia de la responsabilidad de las reclamaciones civiles, se va a constituir en una responsabilidad directa y objetiva por el daño producido como consecuencia del “anormal” funcionamiento de los Servicios Públicos.

Después de tratar la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, el capítulo III contempla las peculiaridades que esta responsabilidad va a presentar dentro de la mencionada Administración debido a su especial actuación y a las obligaciones que asume. El autor incluye aquí un aspecto esencial para comprender la materia, como es la *lex artis*, suponiendo ésta un criterio fundamental y un límite a la hora de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Además se ofrece un tratamiento singular de determinados supuestos de los que se pueden derivar obligaciones como son los casos de errores de diagnóstico y tratamiento, las transfusiones de sangre contaminada y las listas de espera.

Los capítulos IV y V están dedicados, por un lado, a las cuestiones más básicas de la responsabilidad pa-

trimonial sanitaria y, por otro, al tratamiento jurídico que ha de recibir el beneficiario de la Seguridad Social que no acude al Sistema Nacional de Salud sino a servicios ajenos, reclamando posteriormente los gastos acarreados por su utilización.

Por último, los dos bloques finales se centran en el estudio de la necesaria obtención del consentimiento informado de los pacientes o familiares, en su caso, antes de cualquier intervención médica y en la exposición de los diferentes procedimientos a los que se puede acudir para realizar este tipo de reclamaciones.

La obra se completa con un extenso apartado jurisprudencial, un anexo normativo y un CD-ROM, en calidad de elemento auxiliar de trabajo, que incluye los formularios necesarios ante cualquier reclamación en supuestos de daños derivados de la prestación asistencial sanitaria defectuosa. Se configura así un trabajo dotado de gran rigor jurídico cuyos fines principales son garantizar los derechos del individuo perjudicado y establecer las condiciones y circunstancias en que a los profesionales de la medicina se les pueden reclamar responsabilidades.

J.G. QUIRÓS HIDALGO

La prestación farmacéutica de la Seguridad Social

[Lex Nova, Valladolid, noviembre 2006, 432 páginas]

LEX NOVA

En épocas recientes, la asistencia pública sanitaria ha sido objeto de enormes transformaciones, no sólo en cuanto a su contenido, sino sobre todo en relación con su gestión. Una parte sustancial de éste queda adscrita a su expresión farmacéutica, aspecto de indubitada trascendencia en múltiples ámbitos por el alto coste que para los diversos entes públicos supone hacer frente a una factura farmacéutica en continuo crecimiento.

En la presente monografía el Dr. José Gustavo QUIRÓS HIDALGO, muestra su valía como jurista de primer orden y examina con detalle la compleja trama legislativa que configura el régimen jurídico de la prestación farmacéutica además de proponer soluciones concretas dirigidas tanto a procurar un uso racional del medicamento así como a la reducción de la parte financiada por los poderes públicos.

Esta obra aparte de rescatar del olvido valiosos antecedentes históricos para examinar el régimen legal de la prestación, analiza, a lo largo de sus páginas, la posición de la industria, los profesionales médicos, los farmacéuticos dispensadores y los beneficiarios en la cadena del medicamento, sugiriendo propuestas en aras a conciliar los intereses en presencia.

Finalmente, se aborda en este libro las posibles reclamaciones que pudieran surgir en esta materia. Así se analiza tanto el reintegro de gastos por la asistencia sanitaria obtenida en medios privados como las posibles sanciones administrativas o penales e indemnizaciones civiles que pudieran derivar tanto de productos defectuosos como de los reprobables comportamientos cometidos no sólo por los profesionales sanitarios, sino también por los laboratorios, la Administración o el propio beneficiario.

Se trata, por tanto, de una obra original en cuanto es la primera aportación dedicada en exclusiva a sopesar la incidencia de la entrada en vigor de la Directiva 27/2004, de 31 de enero, y, al tiempo el único tratamiento monográfico existente de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios que a su vez intenta conservar, tanto en el punto de partida, como en el de arribada, y por su puesto, a lo largo del camino, el rigor científico y la debida objetividad exigible al estudio del derecho, reconociendo que si bien la asistencia sanitaria es el precio de nuestra civilización y nuestro progreso, deberá encontrar su justa medida que no será en ningún caso un derecho absoluto e indiscriminado.

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

