

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 2006

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] **Incapacidad temporal y vacaciones: las plurales interpretaciones por el Tribunal Supremo de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Asunto Merino**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

- [11] **Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales**

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

- [33] **El nuevo desarrollo de la regulación de las prestaciones familiares: principales modificaciones introducidas por el Real Decreto 1335/2006, de 11 de noviembre**

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO

- [57] **Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo**

MARTA NAVAS-PAREJO ALONSO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [99] **I. FUENTES DEL DERECHO**

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

- [123] **II. TRABAJADOR**

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

- [141] **III. EMPRESARIO**

JESÚS CRUZ VILLALÓN

- [157] **IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

- [165] **V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL**

JESÚS R. MERCADER UGUINA

- [187] **VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

MARÍA DEL CARMEN ORTIZ LALLANA

- [205] **VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS**

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

- [217] **VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

JAVIER GÁRATE CASTRO

- [223] **IX. SEGURIDAD SOCIAL**

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

- [235] **X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA**

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

- [249] **XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL**

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

- [253] **XII. EL PROCESO LABORAL**

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

- [271] **XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

[281] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

INCAPACIDAD TEMPORAL Y VACACIONES: LAS PLURALES INTERPRETACIONES POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN EL ASUNTO MERINO

El artículo 40.2 de la CE reconoce el derecho a las vacaciones periódicas retribuidas y el artículo 38 del ET reitera ese reconocimiento, si bien establece que su periodo de disfrute se fijará de común acuerdo entre empresario y trabajador de conformidad, en su caso, con lo establecido en los convenios colectivos y que el calendario de vacaciones se fijará en cada empresa de modo que cada trabajador pueda conocer, con dos meses de antelación, su comienzo de disfrute. De este modo, la voluntad de empresario y trabajador puede quedar condicionada por lo previsto en el convenio colectivo. Éstos acostumbran a establecer reglas o criterios de distribución de las vacaciones de los trabajadores que favorecen la ordenación y racionalización del disfrute de este derecho. Lógicamente, las modalidades contempladas en los convenios ofrecen una gran diversidad: el reconocimiento de preferencia en la elección del momento de disfrute de las vacaciones a favor de los trabajadores más antiguos; la distribución de los periodos vacacionales por grupos, secciones o departamentos; la exclusión de determinados periodos del año; o, finalmente, el cierre de la empresa durante un determinado periodo en el que necesariamente todos los trabajadores disfrutarán de sus vacaciones.

Particulares problemas ha planteado la coincidencia del periodo vacacional con otras situaciones de suspensión del contrato de trabajo tales como incapacidad temporal o maternidad. Al respecto, la doctrina judicial señala 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 periodo de vacaciones, pues se trata de un riesgo que ha de asumir el propio trabajador. En el caso inverso –esto es, cuando el trabajador se encuentra en incapacidad temporal o maternidad en el momento previsto para el inicio de las vacaciones–, se ha entendido que la solución depende de las circunstancias concurrentes –posibilidad de disfrute en otro momento, existencia o no de turnos...– de modo que, en unos casos, deberá postergarse el inicio de las vacaciones hasta que finalice la suspensión del contrato y, en otros, el trabajador comenzará a consumir sus vacaciones aunque esté en situación de maternidad o incapacidad. Esa misma doctrina judicial afirmaba que cuando está previsto que todos los trabajadores disfruten sus vacaciones en un mismo periodo, no procede ampliar el periodo de vacaciones o fijar

una nueva fecha para el descanso por el mero hecho de que el trabajador, al llegar ese momento, esté en situación de incapacidad o maternidad [STS de 30 de noviembre de 1995 (Rec. 1511/1994) y STS de 27 de junio de 96 (Rec. 2241/1994)].

Sin embargo, en lo que respecta a la coincidencia entre vacaciones y maternidad, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia de 18 de marzo de 2004 (Asunto Merino), ha ofrecido una solución distinta y ha afirmado que una trabajadora debe poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad. Se trataba de un supuesto en el que, por acuerdo colectivo, se habían fijado dos periodos de disfrute de las vacaciones para toda la plantilla de la empresa. Durante esos periodos, la trabajadora estuvo de baja por maternidad y solicitó las vacaciones para disfrutarlas inmediatamente después de la baja maternal. La empresa denegó su solicitud pero, tras el correspondiente proceso judicial, el Tribunal de Justicia amparó la petición de la trabajadora, apoyándose en la Directiva 93/104, de 23 de noviembre, reguladora de diversos aspectos de ordenación del tiempo de trabajo (Directiva derogada y sustituida por la Directiva 2003/88/CE de 4 de noviembre), que exige a los Estados el respeto a las vacaciones anuales (ahora en el artículo 7 Directiva 2003/88/CE), y en la Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

En estas circunstancias, estaba claro que la antigua doctrina de nuestro Tribunal Supremo sobre el tema no se ajustaba a la fijada por el tribunal comunitario. La situación ha sido, sin embargo, corregida en la **STS (4.ª) de 10 de noviembre de 2005** (Rec. 4291/2004). En este caso, la demandante no había podido disfrutar de sus vacaciones en el periodo inicialmente fijado por la empresa, dado que se encontraba, en ese momento, en situación de baja por maternidad. Finalizada esta suspensión del contrato, la trabajadora solicitó a la empresa el reconocimiento del derecho al disfrute de las vacaciones en periodo distinto al inicialmente asignado, pretensión que no fue acogida por aquélla. Si bien la sentencia de instancia estimó la demanda de la trabajadora, en suplicación se revocó este pronunciamiento para absolver a la empresa, lo que motivó la interposición del recurso de casación para unificación de doctrina que se resuelve en la sentencia anotada.

El Tribunal Supremo hace suyos los argumentos manejados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para alcanzar idéntica solución. Se afirma, en este sentido, que “la coincidencia en el tiempo de una baja por incapacidad temporal, devenida bien sea de enfermedad común o por maternidad, con el período preestablecido en la empresa para el disfrute de vacaciones, responde a la protección y defensa de un interés jurídico, completamente distinto al que es propio del descanso por vacación anual. En el primer caso, lo que se pretende es la atención médica y la curación de un determinado proceso patológico, singularizándose la baja por maternidad por el necesario descanso que la mujer precisa después del parto y en la obligada atención que ha de prestar a la criatura recién nacida, intereses u objetivos, éstos, que son claramente distintos del que se protege con la vacación anual y que no es otro que el de propiciar una recuperación, tanto física como psíquica, tras la prestación, continuada o no, de servicios durante todo

el año a la empresa”. Añade la sentencia que “negar la compatibilidad de la vacación anual con el disfrute del período por baja maternal supondría establecer una clara discriminación entre el hombre y la mujer, puesto que sólo esta última, que teóricamente, al menos, ha de prestar servicios laborales en igualdad de condiciones que el varón, se vería discriminada al ver mermado o suprimido su derecho a la vacación anual a causa de la maternidad”.

Merece destacarse que este criterio judicial recibirá próximamente, al menos parcialmente, pronta confirmación legal. En efecto, el Proyecto de Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, en su versión aprobada por el Congreso de los Diputados el 5 de septiembre de 2006, incorpora una nueva redacción del artículo 38.3 del ET conforme a la cual se reconoce 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 del ET). No se contempla, sin embargo, el supuesto de coincidencia entre incapacidad temporal y vacaciones.

Dada la argumentación empleada, es evidente que la solución alcanzada en la citada **STS (4.ª) de 10 de noviembre de 2005 (Rec. 4291/2004)** pudiera resultar aplicable no sólo a la coincidencia de las vacaciones con la maternidad sino con cualquier situación de incapacidad temporal, sea cual sea el origen de ésta. Así lo ha confirmado la posterior **STS de 21 de marzo de 2006 (Rec. 681/2005)** en la que el supuesto conflictivo se refería a la superposición temporal entre incapacidad y vacaciones del personal sanitario no facultativo del Servicio Andaluz de Salud.

En la misma, la parte actora recurrió en casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de suplicación que, revocando la resolución de instancia, desestimó la pretensión de la demanda para que se declare el derecho al disfrute de vacaciones anuales de 1 a 31 de diciembre de 2003 y, subsidiariamente, en caso de no poder disfrutarse, se le abone la cantidad de 2.479 euros en concepto de emolumentos equivalentes a los normales que se perciban en el mes de diciembre, excluida la paga extraordinaria. Se alega como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, de 19 de octubre de 2004 y se denuncia la errónea interpretación de lo preceptuado en el Convenio 132 de 24 de junio de 1970 del Organismo Internacional de Trabajo, relativo a las vacaciones anuales pagadas, así como del artículos 40.2 de la CE y 1.1.3 del Acuerdo entre la Dirección del Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba y el Sindicato de Enfermería SATSE, argumentando, en síntesis, que de los preceptos antes reseñados se deduce que la incapacidad temporal no puede eliminar ni reducir el derecho de disfrute de vacaciones, como en tal sentido señala reiterada jurisprudencia, estableciendo que las vacaciones anuales se disponen en función del trabajo efectivamente realizado y, concretamente, del Acuerdo antes citado resulta que si la incapacidad temporal no sobreviene una vez iniciado el período de vacaciones, sino que es previa, éste se debe interrumpir.

Una vez afirmada la existencia del presupuesto de contradicción entre las sentencias comparadas, esto es, el reconocimiento del derecho a disfrutar de vacaciones cuando el

período programado para éstas coincide con un proceso de incapacidad temporal que se inicia con anterioridad a su disfrute, el Tribunal Supremo entra en el fondo del asunto. A tales efectos, señala que “ante supuesto análogo ya se pronunció la sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 2005, aunque referida a un supuesto en el que ‘la trabajadora se constituyó en incapacidad temporal derivada de enfermedad común, cuando ya estaba en situación de embarazo del que dio a luz, por adelantamiento del parto el día 23 de julio siguiente, fecha, ésta, a partir de la cuál se constituyó en situación de baja por maternidad. Al concluir esta última, tras el transcurso del mes de agosto que le había sido asignado para el disfrute de la vacación anual, la empresa le denegó dicho disfrute en un período distinto al inicialmente asignado’ y, en donde en la sentencia de contraste —con la que se apreció que concurría el requisito de contradicción— lo que se enjuició fue ‘la situación de una trabajadora que inicia un proceso de incapacidad temporal el 29 de febrero de 1996 y que, habida cuenta que el calendario de vacaciones en la empresa para la que venía prestando servicios había de publicarse antes del 30 de abril, fue requerida en el mes de marzo para que manifestase el mes en el que quería disfrutar del período vacacional. La actora optó por el mes de septiembre, último de los previstos para el disfrute de las vacaciones en el calendario correspondiente y, habiendo terminado su proceso de incapacidad temporal el día 12 de septiembre de dicho año, reclama de la empresa el disfrute de los 13 días no disfrutados en concepto de vacación anual”.

En dicha sentencia, “se había denunciado además de la infracción de determinados preceptos del Estatuto de los Trabajadores, interpretación errónea de los artículos 7.1 de la Directiva 93/1044 CEE de 23 de noviembre, la del artículo 11 apartado 2 letra A de la Directiva 92/85 CEE de 19 de octubre y la del artículo 5.1 de la Directiva 76/207 CEE de 9 de febrero de 1976 y, todo ello, en los términos en que se ha interpretado por la reciente STJCE, Sala 6.ª, sentencia de 18 de marzo de 2004, asunto Merino Gómez, Continental Industrias del Caucho, SA. Se dice en la misma que no ha de desconocerse ‘que la situación de incapacidad temporal, que surge con anterioridad al período vacacional establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, tampoco puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación anual que todo trabajador ostenta por la prestación de servicios en la empresa. Y es conveniente señalar, al respecto, que tiene que ser distinto el tratamiento que merece la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de la vacación, pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador, con aquella otra que se produce con anterioridad al período vacacional y que impide el disfrute de éste en la fecha preestablecida en el calendario previsto, a tal efecto, en la empresa. En este último caso, que es, en definitiva, el que se contempla tanto en la sentencia recurrida como en la que se propone como término referencial, necesariamente, ha de hacerse compatible el derecho a la baja por incapacidad temporal, sea ésta por enfermedad común o por maternidad, con el correspondiente al disfrute de la vacación anual”.

De todo ello concluye que la anterior doctrina “es plenamente aplicable al supuesto de autos, aun cuando se trate de personal estatutario dependiente del Servicio Andaluz de la Salud, pues en el Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones

Sanitarias de la Seguridad Social aprobado por Orden de 26 de abril de 1976, no existía norma alguna específica que regulara este supuesto de iniciación de un período de incapacidad temporal con anterioridad a la fecha del disfrute de vacaciones. Además este criterio es concordante con la posterior regulación de las vacaciones, permisos y licencias del personal de centros e instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud, aprobado por Acuerdo de 20 de julio de 2004 del Consejo de Gobierno, en cuyo apartado 6.5.5, dispone que 'la situación de incapacidad temporal o baja maternal sobrevenida con anterioridad al comienzo de las vacaciones, dará al trabajador el derecho a solicitar un nuevo período, quedando aplazado el disfrute a cuando esté de nuevo en alta, teniendo como límite el 31 de diciembre del año en curso', norma que, aunque no es aplicable en el período reclamado, puede ser utilizada como criterio orientativo, al resultar bastante peculiar que el Servicio Andaluz de Salud reconozca a la demandante un derecho en enero de 2004, que se le niega en los últimos meses de 2003. Procede añadir, a mayor abundamiento, que el Convenio 132 de la Organización Internacional de Trabajo se manifiesta también en tal sentido cuando en el artículo 6.1 dice que 'los períodos de incapacidad de trabajo, resultantes de enfermedad o accidente no podrán ser descontados como parte de las vacaciones pagadas anualmente prescritas como mínimo en el párrafo 3 del artículo 3.º del presente Convenio'".

Contrariamente a la tendencia jurisprudencial que parecía irse consolidando, la reciente **STS de 11 de julio de 2006** (Rec. 87/2005) parece haber cambiado nuevamente el rumbo de esta última interpretación. En la demanda promotora del conflicto colectivo que resuelve la citada sentencia se postuló, específicamente, que se declarara la existencia del derecho adquirido por los trabajadores de la empresa demandada a disfrutar, posteriormente, sus periodos vacacionales cuando durante el periodo inicialmente previsto se encuentren en situación de baja médica por cualquier causa. Sobre la base de este concreto pedimento procesal, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó sentencia, en fecha 3 de mayo de 2005, por la que desestimó la demanda presentada. Planteado el correspondiente recurso de casación, con apoyo en los artículos 3.1 del ET, 14 de la CE, 5.4 del Convenio 132 de OIT y, también, de la doctrina recogida en la STJCE, Sala 6.ª, de 18 de marzo de 2004, proc. C-342/2001, el mismo es resuelto como venimos señalando por la STS de 11 de julio de 2006 (Rec. 87/2005).

Dice la misma que la parte recurrente invoca la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 6.ª, de fecha 18 de marzo de 2004, proc. C-342/2001 y relativa a la compatibilización del derecho al descanso maternal o permiso de maternidad con las vacaciones anuales, cuando el primero coincide con el periodo establecido en la empresa para el disfrute de estas últimas. Pero no la considera de aplicación pues, dice, "como se razona con acierto en la sentencia recurrida, la doctrina establecida por dicho Tribunal Europeo hace referencia a la protección del derecho de la mujer al descanso post-parto para su rehabilitación física y para el cuidado de la criatura que dio a luz, sin que, por tanto, quepa extender dicha doctrina, sentada en cuestión prejudicial planteada respecto a los artículos 7.1 de la Directiva 93/104; 11.2.a) de la Directiva 92/85 y 5.1 de la Directiva 76/207 de la CEE, aun en caso, como el que se enjuicia en estos autos, relativo al derecho a disfrutar, en período distinto al establecido en el calendario vacacional, el permiso de vacaciones cuando se superpone una situación

de incapacidad temporal que impide su disfrute en el tiempo, previamente, establecido en la empresa”. A ello añade que “en otro aspecto, no es dable desconocer que en la demanda origen de los presentes autos lo que se postuló fue el reconocimiento del derecho adquirido a disfrutar la vacación en otras fechas distintas a las establecidas en el calendario vacacional, cuando una incapacidad temporal impide hacerlo en dichas fechas, sin que, al respecto, quepa invocar nuestra sentencia de 10 de noviembre de 2005 –recurso 4291/2004– por cuanto, la misma, aparece referida a un caso de baja por maternidad en el que las consideraciones que pudieron haberse hecho respecto a la incapacidad temporal no pasan de ser un mero *obiter dicta*”.

La alteración del contexto normativo, fáctico o social, no sólo debe impulsar los cambios jurisprudenciales sino que, al límite, los justifica. Como pusiera de relieve la STC 120/1987, de 10 de julio, “la función judicial, que se traduce y se refleja fundamentalmente en las resoluciones y Sentencias de los Jueces y Tribunales, no es automática o de pura subsunción, sino reflexiva; no es fruto de un mero voluntarismo, sino de resoluciones contrastadas por los hechos, por las normas (sujeción a la Ley) y en definitiva por la Constitución. De ahí la posibilidad del cambio en las decisiones”. Mucho más discutibles son los cambios intermitentes, en suma, los que se producen en cortos períodos de tiempo y en supuestos en los que el marco normativo no ha sufrido alteración alguna. Esos cambios se deben, apenas sin salvedad digna de recordatorio, a criterios preferentemente subjetivos, bien que en algún caso influya también el mandato de interpretar las leyes conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales*

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

Resumen

Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales

La combinación de la fórmula organizativa empresarial consistente en la descentralización productiva y las exigencias derivadas de la tutela de la salud laboral de los trabajadores ha planteado nuevos problemas. Tan relevantes como para justificar, en los tres últimos años, importantes reformas normativas, tanto de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales como del Reglamento de Servicios de Prevención o, incluso, de la misma materia laboral; en concreto, de una de las manifestaciones más directas de la práctica de la descentralización productiva como son las contrataciones y subcontratas de obras o servicios. En el artículo se determinan las situaciones

de descentralización productiva que plantean problemas particulares en el terreno de la prevención (la subcontratación y la cesión de trabajadores) con la finalidad de determinar las obligaciones preventivas de las empresas implicadas y, sobre todo, el alcance de la responsabilidad de cada una de ellas en la producción de un resultado dañoso para la vida o la integridad de los trabajadores afectados. Sumándose a otras aportaciones sobre el tema, el trabajo realiza una determinación más precisa de tales obligaciones y responsabilidad, haciendo propuestas interpretativas dirigidas a la aplicación práctica concreta de tales normas preventivas.

(*) La base de este artículo es una intervención en unas Jornadas sobre Problemas actuales del Derecho del Trabajo, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales de la Junta de Andalucía, y que tuvieron lugar en Sevilla, el 4 y 5 de junio de 2006. Se ha conservado el tono general de la intervención oral y, en consecuencia, se ha prescindido del aparato de notas y bibliográfico.

Abstract

Productive outsourcing and prevention of labor risks

The combination of the managerial organizational formula consisting on the productive outsourcing and the requirements derived from the tutelage of workers labor welfare has outlined new problems. As outstanding as to justify, in the last three years, important normative reformations, so much of the Law of Prevention of Labor Risks as of the Regulation of Services of Prevention or, even, of the same labor matter; in short, of one of the most direct manifestations of the productive outsourcing, the contract and subcontract of works and services. In the article are outlined the situations of productive out-

sourcing that determine particular problems in the prevention field (the subcontracting and the workers cession) with the purpose of determining the preventive obligations of the implied companies and, mainly, the reach of the responsibility of each one of them in the production of a harmful result for the life or the integrity of the affected workers. Being added to other contributions to the subject, the work carries out a more precise determination of such obligations and responsibility, making interpretative proposals addressed to the concrete practical application of such preventive norms.

Sumario:

I. Planteamiento general. II. Contratas y subcontratas y prevención de riesgos laborales.

A) El elemento físico del lugar: el centro de trabajo bajo control. B) La distorsionante exigencia de la propia actividad. C) Las obligaciones de las empresas en el caso de concurrencia; en especial si se trata de contratas de la propia actividad en un mismo centro y otras cuestiones problemáticas. a) Obligaciones propias de los niveles más bajos de concurrencia entre empresas: coincidencia física en un mismo centro de trabajo (con todas las interpretaciones flexibilizadoras que se quieran de ambos elementos) de empresas entre las que no hay vínculos jurídicos. b) Obligaciones ampliadas del segundo nivel: concurrencia de empresas con una titular del centro con capacidad de disposición y de gestión del mismo. c) Tercer escalón o nivel de obligaciones: empresas concurrentes, de las que una es empresa principal de las otras ya que ha contratado o subcontratado sus actividades. a') Obligaciones del RD 171/2004 en relación con empresas implicadas que no tienen trabajadores en el centro de trabajo. b') Obligaciones de la empresa principal que no

es titular del centro. c') Obligaciones de la empresa principal, titular del centro, respecto de las contrata que no son de la propia actividad y que se desarrollan en el mismo.

d') Obligaciones de las empresas intermedias en los supuestos de contrata y subcontratas. D) Las responsabilidades; en particular, la solidaria y en cadena. **III. Empresas de trabajo temporal y prevención de riesgos laborales. IV. Conclusión.**

V. Bibliografía utilizada.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

En el momento actual, es reiterativo insistir en la definición del marco organizativo empresarial que se viene designando como “descentralización o externalización productiva”. Un fenómeno en el que lo característico es la fragmentación del proceso productivo de una empresa y la exteriorización de partes o fases del mismo, al encomendárselas a otra u otras empresas con las que se establecen vínculos de cooperación. En todas estas operaciones, que pueden ser muchas y coincidentes en una misma empresa hasta formar parte de un diseño estratégico, late siempre una idea: en la externalización hay siempre, paradójicamente, integración. Esto es, la ruptura de la unidad del proceso productivo se mueve en el terreno de la organización y se traduce en el ámbito jurídico a través de contratos entre empresas separadas y distintas; pero esa ruptura aparente se recompone luego en la incorporación de los frutos de la actividad de las diferentes empresas implicadas en un único resultado productivo común, bajo el control de la empresa que inicia y cierra el mecanismo descentralizador.

Al igual que los métodos y procedimientos de descentralización pueden ser variados, las maneras de recobrar la unidad mediante la integración también son múltiples: desde la especialización productiva de las diferentes empresas con un alto grado de autonomía y la integración de éstas en un plan organizativo o financiero global, hasta la exteriorización en la recluta temporal de un personal concreto y su incorporación, como

**EN TODAS ESTAS
OPERACIONES,
QUE PUEDEN SER MUCHAS
Y COINCIDENTES
EN UNA MISMA EMPRESA
HASTA FORMAR PARTE
DE UN DISEÑO
ESTRATÉGICO,
LATE SIEMPRE UNA IDEA:
EN LA EXTERNALIZACIÓN
HAY SIEMPRE
INTEGRACIÓN**

trabajadores individuales y no como colectivo, en la disciplina de la empresa usuaria, pasando por el reparto estricto de funciones entre las diferentes empresas estrechamente vinculadas en el diseño productivo bajo el control de una de ellas. No todas las manifestaciones de la descentralización productiva son relevantes, sin embargo, desde el punto de vista de la prevención de riesgos. Porque, para que sea así, el factor de integración ha de ser muy fuerte; tanto que determine el establecimiento de conexiones productivas muy intensas. En caso contrario, la cuestión de la seguridad laboral será normalmente algo que corresponda a cada empresa y cuyo abanico de derechos, obligaciones y responsabilidades habrá de resolverse en el ámbito específico de cada una de ellas.

De aquí la singularidad de la prevención de riesgos laborales respecto de otros derechos del trabajador, salariales o de seguridad social, igualmente afectados en los procesos de descentralización. Singularidad que se manifiesta en que, para que la prevención de riesgos sea relevante en lo que se ha calificado como “estructuras empresariales complejas”, se han de dar determinadas circunstancias que pongan de manifiesto que la dosis de integración es tan alta como para implicar en los deberes y responsabilidades preventivas a más de un empresario. O, mejor dicho, a más empresarios del que aparece, y es, “el” empresario del trabajador, en el sentido contractual, formal, directo o en primer grado. Y, de todas esas formas de estructurar la descentralización productiva, sólo dos cumplen, hoy por hoy, esa exigencia: la prestación de servicios a través de las contratas y subcontratas y las empresas de trabajo temporal. Y no siempre, en cuanto a las primeras, en todos los supuestos, como se verá más adelante.

Es sin duda por este motivo por el que la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) sólo se ocupa de la ampliación, conexión o contaminación de derechos y obligaciones empresariales en relación con esos dos casos: lo que llama “coordinación de actividades empresariales” (artículo 24 LPRL), y las empresas de trabajo temporal (artículo 28 LPRL). Normas que, al margen de las reformas más recientes, han tenido desarrollos reglamentarios específicos; como es el caso del RD 171/2004, de 30 de enero, respecto de la coordinación de actividades y del RD 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el ámbito de las empresas de trabajo temporal. También, de forma más especializada, el RD 1627/1997, de 24 de octubre, sobre seguridad y salud laboral en las obras de construcción. Y, por último, el RD 604/2006, de 19 de mayo, que ha modificado algunos artículos de los anteriores RRDD.

Hay que señalar, no obstante, que el RD 171/2004 no siempre se refiere a fenómenos de descentralización productiva ya que contempla supuestos (los que vienen pueden calificarse como el primer nivel de concurrencia), en los que el punto de partida es la mera coincidencia física de empresas en un medio de trabajo común; pero sin que tengan que existir necesariamente entre ellas vínculos jurídicos (artículo 4 RD 171/2004). O el caso de empresas concurrentes en un mismo centro de trabajo, incluso con un empresario titular del centro que, o bien carece de trabajadores, o si los tiene, no trabajan en ese centro (con lo que se equipara, desde el punto de vista de la prevención, a la mera concurrencia

sin vínculos jurídicos); o la hipótesis que implica a trabajadores propios de la empresa titular en ese centro pero sin que esa implicación obedezca a un diseño productivo u organizativo integrado, característico de la descentralización productiva. Aunque en estos supuestos al titular del centro se le imputan obligaciones y facultades propias en el ámbito de la prevención, le competen más como titular del centro, depositario de la capacidad de gestionar el mismo en materia preventiva [artículos 2.b), 7 y 8 RD 171/2004]. Es el dominio fáctico y jurídico del medio de trabajo lo que lo convierte en actor singular en el terreno preventivo y no el hecho, seguramente mucho más relevante, de que sea quien controla, además del medio físico, el proceso productivo integrado que se desarrolla en él. Para que así sea hay que avanzar un peldaño en la escala del artículo 24 LPRL y del RD 171/2004, y hablar de “empresario principal” que, como dice el artículo 2.c) del RD 171/2004, “contrata o subcontrata con otro la realización de obras o servicios (...) que se desarrollan en su propio centro de trabajo”.

Por lo que hace, en cambio, a las empresas de trabajo temporal, la integración productiva del trabajo de esos trabajadores cedidos es justamente el elemento característico de la operación jurídica descentralizadora. Por este motivo, la descentralización en el uso de la fuerza de trabajo se inserta plenamente en los supuestos en que son relevantes, existiendo una evidente conexión específica entre descentralización de la recluta y contratación de la mano de obra y prevención de riesgos laborales en el medio productivo donde esa mano de obra se utiliza.

II. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Como se ha dicho, la ruptura de la unidad del proceso productivo que tiene lugar en las contratas y subcontratas se mueve en el terreno de la organización, traduciéndose en contratos interempresariales entre empresas separadas y distintas. La recomposición posterior de la unidad no tiene lugar sólo mediante la incorporación de los frutos del trabajo bajo el control de la empresa que pilota el mecanismo centralizador. Para que el fenómeno tenga relevancia en materia preventiva (al margen de otros como el salarial o de seguridad social), la recomposición de la unidad ha de estar marcada por un elemento clave, no situado en un momento concreto y determinado: se trata de la existencia de un control directo y un dominio inmediato de todo el proceso productivo por parte de la empresa principal. Un control que, para que sea relevante en prevención de riesgos, no basta que sea técnico, financiero u organizativo, sino que ha de ser incluso físico. Difícilmente pueden existir obligaciones de la empresa principal en materia preventiva en los casos en que ese control no tiene lugar; salvo en los supuestos más excepcionales del artículo 24.4 LPRL, que se refieren al manejo de maquinaria, productos o útiles proporcionados por la empresa principal, fuera del centro de trabajo de ésta, por parte de los trabajadores de las empresas contratista o subcontratista.

En consecuencia, para la prevención de riesgos laborales, no interesan fórmulas interempresariales que materializan una cooperación empresarial “volcada hacia fuera” (hacia el mercado, o hacia la obtención separada de objetivos productivos como es el caso de los grupos de empresas), sino las que expresan esa cooperación “hacia dentro”, en la integra-

ción de actividades y servicios en un diseño productivo global que, además, tiene lugar en un espacio físico concreto o centro de trabajo, controlado por la empresa principal. Un elemento este, el locativo, no imprescindible para hablar de contratas y subcontratas (y de las responsabilidades compartidas derivadas de él, en los términos del artículo 42 ET), pero que se convierte en esencial en el ámbito preventivo. Así lo indica, con toda claridad, el artículo 24 LPRL: “cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas...”.

A) El elemento físico del lugar: el centro de trabajo bajo control

La indudable importancia o esencialidad del elemento locativo (donde el control del proceso productivo tiene lugar y es posible por parte de la empresa principal) plantea dos cuestiones. Una, si sólo hay obligaciones (y responsabilidades) compartidas cuando hay unidad de centro de trabajo más control de éste por la empresa principal; otra, cómo precisar la noción de centro de trabajo ya que éste se constituye en el marco delimitador de las obligaciones y responsabilidades preventivas.

En cuanto a la primera cuestión, está resuelta aparentemente de forma tajante por la ley, desresponsabilizando a la empresa principal, o a la contratista respecto de la subcontratista, afirmando que no existen obligaciones compartidas entre las empresas si no hay unidad de centro de trabajo y control de éste por la empresa principal. Cabría, no obstante, plantearse si es posible establecer obligaciones para la empresa principal también en el caso de que no haya coincidencia de centro de trabajo entre principal y contratas, o cuando se trate de un centro de trabajo que no está bajo el control físico o directo de la empresa principal. Piénsese, por ejemplo, en las siguientes situaciones referidas a las dos opciones: a) centro de trabajo de la empresa principal, o sometido al control de ésta, pero donde sólo actúan trabajadores de la contrata y no de la empresa principal; por lo que no hay coincidencia productiva entre empresas, y b) centro de trabajo de la contrata, no de la empresa principal, pero controlado, indirecta pero intensamente, por la empresa principal; por ejemplo, mediante la imposición de una determinada organización, ritmos de trabajo, cercanía física, teletrabajo, etc.

Dejando para más adelante el problema de la falta de coincidencia de trabajadores de empresas distintas, aunque una de ellas tenga el control del centro, y limitándonos a la segunda hipótesis ¿cabría sustituir el criterio meramente físico, de concurrencia o coincidencia, por otro como es el del control técnico del proceso productivo y del espacio físico aunque se trate de otro centro de trabajo que no es el mismo de la empresa principal, o que, incluso, no es de su titularidad? Que el problema que aquí se suscita, al menos en alguna de sus dimensiones, se ha tenido presente al aprobar el artículo 24 LPRL lo manifiesta la extensión de responsabilidades de la empresa principal a las situaciones, ya citadas, del artículo 24.4 LPRL, donde las obligaciones y responsabilidades de la empresa principal se proyectan hacia el lugar donde se haga el trabajo por los trabajadores de la contrata (da igual el centro que sea, aunque lo habitual será que se trate del centro de

trabajo propio de la contrata) ya que lo hacen con máquinas, materias, equipos, productos y útiles proporcionados por la empresa principal.

Se trataría, en definitiva, de tomar en consideración la idea de control real, efectivo y relevante más que la dimensión puramente física del desarrollo del trabajo. Aun aceptando, como es lógico, que esa coincidencia física materializa más plástica, habitual y frecuentemente dicho control, pero sin que las responsabilidades de la empresa principal deban restringirse sólo a estos supuestos de coincidencia física. Posiblemente, el criterio locativo, rígidamente entendido, está inspirado en un enfoque de la salud laboral excesivamente anclado en la seguridad industrial y en los riesgos clásicos asociados a ella, que sí presuponen esa coincidencia física para que el control tenga lugar. Como si ningún otro tipo de control fuera posible por parte de la empresa principal, sobre todo en relación con riesgos nuevos como los psicosociales, respecto de los cuales la determinación de los aspectos relevantes de la organización del trabajo puede encontrarse en manos de la empresa principal; lo que puede hacerse sin necesidad de controlar el espacio físico donde se desarrolla la tarea. Ejemplo indirecto de ello, en el terreno preventivo, es el valor que el artículo 10 RD 171/2004 da a las acreditaciones (del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación o información) que las contratistas deben proporcionar a la empresa principal como forma de control de su cumplimiento correcto.

La segunda de las cuestiones planteadas al inicio de este apartado se refiere a la precisión del concepto de centro de trabajo; un concepto, por cierto, cuya ampliación o definición flexible podría permitir, y así ha sucedido en alguna medida, debilitar la rigidez del criterio de la coincidencia física en el mismo centro de trabajo, de la que se acaba de hablar. En principio, el centro de trabajo debe ser entendido más bien como lugar de trabajo. Éste es el sentido literal del artículo 2.a) RD 171/2004; tomado, a su vez, de la Directiva Marco de 1989, del Convenio 155 de la OIT y del RD 486/1997, de 14 de abril, relativo a las normas mínimas de seguridad de los lugares de trabajo, o RD de lugares de trabajo. Norma esta última en la que se define a efectos preventivos el centro de trabajo como “cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”. De forma que lo relevante ya no es tanto la dimensión puramente física, sino

**POSIBLEMENTE,
EL CRITERIO LOCATIVO,
RÍGIDAMENTE ENTENDIDO,
ESTÁ INSPIRADO
EN UN ENFOQUE
DE LA SALUD LABORAL
EXCESIVAMENTE ANCLADO
EN LA SEGURIDAD
INDUSTRIAL
Y EN LOS RIESGOS
CLÁSICOS ASOCIADOS
A ELLA**

el que se trate del lugar en el que el trabajador desempeña su trabajo y que está bajo el control (o debe estarlo) de la empresa principal.

Así lo ha establecido hace tiempo la jurisprudencia para extender las obligaciones de la empresa principal hacia situaciones en las que el trabajo, por su propia naturaleza, no se realiza propiamente en ningún centro de trabajo (instalaciones eléctricas o telefónicas, vallas publicitarias, obras de infraestructura; Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1992 y de 22 de noviembre de 2002); o se hace necesariamente en lugares móviles o no fijos (transporte, empresas de montaje; Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1997 o del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 9 de enero de 1998); o, también, en centros o lugares propios de trabajo cercanos o aledaños al centro de trabajo de la empresa principal (embalaje de maquinaria o automóviles en zonas habilitadas al efecto fuera del centro de trabajo; caso de la TSJ de Aragón de 5 de abril de 2001 y de la STSJ Cataluña de 7 de noviembre de 2002); trabajos accesorios o no centrales que tienen lugar en otro centro cercano al de producción (distribución, almacenamiento). Lo que, como se ha sugerido antes, quizás permita eludir la rigidez de la regla que exige el doble requisito de la coincidencia física y del control, para destacar este segundo, más cualitativo, sobre el primero, meramente fáctico y más circunstancial. De forma que pudieran extenderse las obligaciones y exigirse también responsabilidades en los casos en los que el trabajo no se realiza en el centro de trabajo de la empresa principal sino en otros centros (por ejemplo, en centros propios de la contrata) pero en unas condiciones de control y dominio eminente de la empresa principal.

B) La distorsionante exigencia de la propia actividad

Que, para que exista responsabilidad de la empresa principal en materia preventiva, la actividad de la contrata sea de la propia actividad de la empresa principal, es una exigencia tradicional que las normas actuales siguen arrastrando y reproduciendo. Quizás sea una exigencia razonable cuando se trata de responsabilidades compartidas entre empresa principal y contratas en los terrenos salariales o de seguridad social; sobre todo por la función antifraude que esas regulaciones cumplían, y aún cumplen. Se limitan así las responsabilidades más exigentes (solidarias) a los casos en los que la contrata, por ser de la propia actividad, más fácilmente puede reflejar la intención de la empresa principal de eludir cargas, desplazándolas sobre otras empresas a las que contrata. Un propósito que deja de ser central, o no puede tener el mismo protagonismo en la decisión descentralizadora, en los casos en los que la contrata o la subcontrata persigue procurar servicios en ámbitos en los que la empresa principal no actúa, justamente porque no son de su propia actividad. La externalización es aquí más genuinamente una decisión organizativa y económica legítima que no queda adulterada o relegada por el solo objetivo de eludir responsabilidades. Por eso, en la propia actividad esa elusión no es posible por ministerio de la ley al establecer la responsabilidad solidaria de las empresas implicadas, permitiendo que cobre importancia la razón productiva que es la que debe inspirar esas decisiones de organización empresarial compleja.

En el terreno preventivo las cosas son diferentes hasta el extremo de hacer que esta exigencia de la propia actividad deje de tener sentido; o sea, incluso, contraproducente. Y no es suficiente el argumento del conocimiento profundo de la actividad (obviamente existente cuando se trata de la propia), de la competencia técnica y de la subsiguiente posibilidad real de control por parte de la empresa principal (efectivamente más viable y efectiva cuando se trata de la propia actividad). Porque, en el terreno de las obligaciones de prevención, la ley exige de la empresa el máximo bagaje técnico y de conocimientos en razón de las obligaciones que la misma norma le asigna; para lo cual el empresario ha de estar asesorado técnicamente de manera obligatoria (no otra cosa son los servicios de prevención, por ejemplo). Este asesoramiento obligatorio hace irrelevante el argumento de la especialidad técnica: con servicios de prevención propios o ajenos eficientes (o trabajadores igualmente eficientes contratados al efecto), el que se trate de una actividad propia o ajena a la de la empresa principal es algo indiferente. En todo caso, el empresario ha de estar, y puede estarlo, adecuadamente asesorado; sin que el que la contrata sea de una actividad ajena haga más incompetente a la empresa principal para cumplir sus obligaciones de coordinación, vigilancia y control en los términos establecidos en el RD 171/2004.

Pese a ello, el artículo 24.3 LPRL (lo mismo que el RD 171/2004) refuerza las obligaciones preventivas de la empresa principal en el caso de las contrataciones de la propia actividad, añadiendo las más incisivas de vigilancia y control (y no las meramente informativas, formativas o de coordinación que el RD 171/2004 prevé en los demás casos de concurrencia de actividades). Y sólo respecto de este tipo de contrataciones, el artículo 42.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, establece la responsabilidad solidaria de la empresa principal con la contratista o subcontratista. Aunque haya una cierta jurisprudencia que, de forma más o menos abierta, establezca responsabilidades de la empresa principal aunque la contrata o subcontrata no sea de la propia actividad; se trata, por ejemplo, de las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2004 y de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña (Sentencias de 5 de mayo de 1999 y de 14 de julio de 2003), de Murcia (Sentencias de 7 de mayo y 11 de julio de 2005), de Aragón (Sentencia de 7 de marzo de 2003), del País Vasco (Sentencia de 8 de julio de 2003) y de Andalucía (Sentencia de 10 de febrero de 2004). Insistiendo, en cambio, en la exigencia de la propia actividad, por el contrario, las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Aragón (de 18 de abril de 2002), de Baleares (de 10 de julio de 2002) y de Murcia (de 2 de octubre de 2001).

De forma que el que la contrata deba ser de la propia actividad deja en una especie de limbo jurídico a las demás contrataciones que, aun coincidiendo en el centro de trabajo de la empresa principal con trabajadores de ésta y estando bajo el control o dominio de la empresa principal/titular del centro, se trata, sin embargo, de actividades productivas que no pertenecen a la propia de la principal. Lo que es mucho más grave que en el ámbito de las responsabilidades salariales o de seguridad social, donde puede funcionar, en defecto de la propia actividad, otro tipo de responsabilidades de la empresa principal, de naturaleza normalmente subsidiaria (esto es claro en materia de Seguridad Social, a tenor del artículo 127 LGSS). Todo lo cual debería llevar a la conclusión de que lo relevante en

materia de responsabilidades de la empresa principal en el terreno preventivo debería ser el dominio o control del centro de trabajo, del espacio físico o del proceso productivo desarrollado por la contrata, y que la existencia de estos elementos, y no la propia actividad, es lo que debería justificar la responsabilidad compartida o extendida a otras empresas (la principal, básicamente), además de la propia empresa directa del trabajador afectado.

No interesa reproducir aquí las disquisiciones y polémicas acerca de la noción de propia actividad, incrementadas por una jurisprudencia incapaz de ofrecer una definición precisa y operativa; un ejemplo del enésimo, e infructuoso, intento en esta línea lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005. Baste, pues, la remisión a las elaboraciones doctrinales al respecto, subrayando que se trata de un concepto ecléctico tendente a la restricción (un ejemplo es la Sentencia del Tribunal Supremo que se acaba de citar, donde se considera que las actividades desarrolladas por el promotor y el constructor en una obra no son de la misma actividad o que la de la empresa constructora no es de la propia actividad del promotor). Pero sí, en cambio, intentar fijar las obligaciones y responsabilidades de la empresa principal cuando se trata de contratas, concurrentes en el mismo centro de trabajo, aunque no de la propia actividad de la empresa principal. Para lo que se ofrecen tres alternativas.

La primera de ellas, la más amplia, es reconducir en todo caso las responsabilidades de la empresa principal al RD 171/2004, considerando que siempre tiene las obligaciones (y posibles responsabilidades que esta norma fija) cuando hay trabajadores propios que coinciden con los de la contrata; desplazando o ignorando la exigencia misma o la rigidez del criterio de la propia actividad. La segunda alternativa es asimilar siempre la empresa principal, que contrata a otra que no desarrolla la propia actividad y que no es, en sentido estricto, empresa principal, a la condición de empresa titular del centro de trabajo; lo que permitirá atribuirle las responsabilidades previstas para estas empresas titulares por el RD 171/2004, si bien diferenciando el supuesto menos problemático (la empresa principal/titular también tiene trabajadores desarrollando su trabajo en el mismo centro que los de la empresa contratista), del más conflictivo (la empresa principal/titular no implica a trabajadores propios en ese centro de trabajo). Por último, ignorar, cuando la norma lo permite o facilita, la exigencia de propia actividad; por ejemplo, en el caso del recargo de prestaciones, sustituyendo el protagonismo de la propia actividad por la noción de empresario infractor del artículo 123 LGSS, o en el supuesto de la responsabilidad civil, aludiendo al concepto de empresario incumplidor de sus obligaciones, mediando culpa o negligencia.

C) Las obligaciones de las empresas en el caso de concurrencia; en especial si se trata de contratas de la propia actividad en un mismo centro y otras cuestiones problemáticas

Pese a la crítica que se ha hecho del criterio de la propia actividad, la referencia legal obliga a partir de su existencia como el supuesto central o típico de las responsabilidades empresariales compartidas en el terreno de la prevención de riesgos. Aunque el artículo 24.3 LPRL se refiere al deber de vigilancia y de control por parte de la empresa, hay que

subrayar que el caso de la empresa principal, que contrata trabajos con otras empresas correspondientes a la propia actividad para realizarlos en un centro bajo su control, constituye el nivel máximo de obligaciones y responsabilidades imputables a la empresa principal. Pero esta carga es acumulativa, es decir, que presupone las que se atribuyen a otras situaciones de descentralización donde falta el elemento de la propia actividad; o la empresa titular del centro no es la principal; o la empresa principal, titular o no del centro, no implica a trabajadores propios en el mismo, no concurriendo pues con trabajadores de otras empresas. Así lo dice expresamente el artículo 10 RD 171/2004: “El empresario principal, además de cumplir las medidas establecidas en los Capítulos I y II de este Real Decreto (referidas a mera concurrencia de trabajadores y concurrencia de trabajadores de distintas empresas de las que una es titular del centro, respectivamente), deberá vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas contratistas o subcontratistas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad y que se desarrollan en su propio centro de trabajo”.

Partiendo de este principio de acumulación, la sistematización de las obligaciones de las empresas concurrentes podría hacerse de la siguiente manera:

a) Obligaciones propias de los niveles más bajos de concurrencia entre empresas: coincidencia física en un mismo centro de trabajo (con todas las interpretaciones flexibilizadoras que se quieran de ambos elementos) de empresas entre las que no hay vínculos jurídicos

Aquí existen sólo deberes de cooperación de tipo horizontal (artículo 4 RD 171/2004) tales como: a) proporcionarse recíprocamente información acerca de los riesgos de sus propias actividades que puedan afectar a las demás empresas o que puedan agravarse por el hecho de la concurrencia; b) que esa información sea precisa, suficiente y previa; c) que se integre en la evaluación de riesgos que cada empresa concurrente ha de hacer; d) informar a los trabajadores respectivos; e) establecer medios de coordinación adecuados según la peligrosidad de las actividades, el número de trabajadores afectados, la duración de la concurrencia, etc. (artículo 5 D 171/2004), y f) comunicar la producción de accidentes y, de forma inmediata, de las situaciones de emergencias. Estas obligaciones horizontales de cooperación informativa tienen necesariamente que

**LA REFERENCIA LEGAL
A LA PROPIA ACTIVIDAD
OBLIGA A PARTIR
DE SU EXISTENCIA COMO
EL SUPUESTO CENTRAL DE
LAS RESPONSABILIDADES
EMPRESARIALES
COMPARTIDAS
EN EL TERRENO
DE LA PREVENCIÓN
DE RIESGOS**

matizarse, haciéndose más exigentes, a medida que el trabajo de las empresas que concurren sea semejante, aunque no sea de la propia actividad, debido al conocimiento directo de los riesgos y a una posible mejor evaluación de los mismos. Se trata de una situación que el RD 171/2004 no prevé expresamente pero que es deducible, en términos de obligaciones reforzadas, de los artículos 4 y 5 citados.

b) Obligaciones ampliadas del segundo nivel: concurrencia de empresas con una titular del centro con capacidad de disposición y de gestión del mismo

Lo que es característico de la descentralización productiva, que es el enfoque que aquí interesa, es que la cooperación entre empresas no es horizontal sino vertical, ya que nos movemos en un terreno donde ya hay una empresa que ocupa un lugar destacado, en la medida en que es la titular del centro. En este segundo escalón, la empresa titular, además de las obligaciones antes citadas, propias de la cooperación horizontal, deberá (artículos 6 a 9 RD 171/2004): a) asumir un reforzado deber de información hacia las demás empresas, en cuya transmisión o circulación la empresa titular tiene un papel relevante o central; b) ejercer eficazmente la competencia y la carga de dar instrucciones, adecuadas y en tiempo, a los demás empresarios, particularmente en los supuestos de emergencia, instrucciones que esos empresarios, concurrente y no titulares, deberán cumplir; c) tener la iniciativa y la responsabilidad de establecer los medios de coordinación en el ámbito preventivo que, para cumplir sus funciones, habrán de estar subordinados a su facultad superior de gestión preventiva del centro de trabajo. Lo único singular de este segundo nivel de obligaciones es que sólo existen, conforme dice el RD 171/2004, cuando la empresa titular del centro tiene trabajadores propios desempeñando tareas en el mismo; pareciendo que, si no es así, la empresa titular del centro queda excluida del RD 171/2004. Una conclusión que no parece adecuada, siquiera sea cuando la titularidad del centro no es meramente formal (mera propiedad, por ejemplo) sino que implica facultades de gestión, ordenación y control del centro de trabajo; lo que puede hacer la empresa titular con trabajadores de otras empresas que contrata para ello y no propios.

c) Tercer escalón o nivel de obligaciones: empresas concurrentes, de las que una es empresa principal de las otras ya que ha contratado o subcontratado sus actividades

Si la empresa principal es la titular del centro y, además, las contrataciones son de la propia actividad, se trata sin duda del nivel máximo de obligaciones. Pero se trata de deberes que suelen coincidir con otros, menos relevantes según la norma (aunque pueda criticarse, como se ha hecho antes), relativos a las relaciones entre empresa principal, titular del centro y contrataciones que no son de la propia actividad. Y también puede suceder que la empresa principal, tanto si las contrataciones son de la propia actividad o de actividad ajena, no sea titular del centro.

Dejando estas situaciones problemáticas para las siguientes páginas, y centrándonos en el ejemplo prototípico de empresa principal, titular del centro y con contrataciones de la propia

actividad, sus obligaciones son (artículo 10 RD 171/2004), además de todas las anteriores, reforzadas por su condición de titular del centro: la de vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de las contratas y subcontratas, controlando permanentemente su actividad y exigiéndoles la acreditación de haber realizado las actividades preventivas que les competen como empresas separadas. Es decir, información y formación de los trabajadores al respecto y teniendo en cuenta la situación de concurrencia; evaluación específica de riesgos, planificación de las actividades preventivas, establecimiento de los medios de coordinación horizontales, control de las exigencias de acreditación por parte de las contratistas en relación con las subcontratistas. En cuanto a los medios de coordinación, los artículos 12 y 13 del RD 171/2004 insisten en la idea de que la iniciativa, determinación y responsabilidad de los mismos corresponde de forma destacada e indudable a la empresa principal.

La sistematización de las obligaciones que se acaba de hacer, realizada sobre el esquema de los tres niveles de concurrencia, deja abiertos, seguramente por la propia rigidez de la clasificación, una serie de problemas:

a') Obligaciones del RD 171/2004 en relación con empresas implicadas que no tienen trabajadores en el centro de trabajo

Es obvio que esta situación no puede producirse en el primer nivel de concurrencia ya que aquí lo relevante es el dato fáctico de la coincidencia física de trabajadores de diversas empresas, al margen de la existencia de vínculos jurídicos entre ellas. Si alguna de esas empresas no utiliza a trabajadores propios en el centro de trabajo, sencillamente la concurrencia no ha tenido lugar y no puede imputársele ningún tipo de obligaciones, ni siquiera las más elementales de la cooperación horizontal.

Pero sí puede suceder, como antes se dijo, en el supuesto de una empresa titular del centro de trabajo, es decir, con capacidad de gestión y de ordenación del mismo. En un caso de este tipo (ayuntamiento que contrata obras de reparación de un cementerio, por ejemplo) la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 2 de diciembre de 2004 considera que las obligaciones y responsabilidades derivadas del RD 171/2004 exigen que en un mismo centro presten servicios trabajadores de dos o más empresas, por lo que exige a la empresa titular del centro de cualquier obligación de coordinación o de ordenación de la seguridad del medio de trabajo. Aunque abra la puerta a una posible responsabilidad, *ex* artículo 24.3 LPRL, si se trata de la propia actividad; porque, entonces, tiene la obligación de disponer un medio de trabajo seguro en razón de la titularidad y el control que tiene sobre el centro. La posición de esta Sentencia no es unánime en la medida en que puede recurrirse para contestarla a las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005 y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de enero de 2006, que mantienen al respecto una posición más matizada.

En todo caso habría que señalar que, si la empresa es titular del centro de trabajo, aunque no implique a trabajadores propios en ese centro, han de imputársele obligaciones derivadas de esa condición de titular; que son las que viene establecidas en los artículos 6 a 9 del RD 171/2004; con todas las matizaciones necesarias en razón del hecho de que es sólo

empresa titular del centro y no empresario laboral directamente afectado. Unas obligaciones como titular del centro que, desde luego, se refuerzan si se trata de una empresa que realiza la misma actividad que las que sí hacen su trabajo en el centro del que la primera es titular. De no aceptarse esta tesis, existirían obligaciones de impulso de la coordinación vertical que nadie podría asumir por cuanto ninguna empresa sería titular del centro a estos efectos; desplazándose, si acaso, esas obligaciones a la empresa principal no titular, caso de existir, y que tendría dificultades para asumirlas en relación con otras empresas que no desarrollen su propia actividad. Por supuesto que la atribución de obligaciones a la empresa titular del centro, aunque no tenga trabajadores en el mismo, sólo será posible si la empresa titular tiene respecto de ese centro facultades relevantes de gestión y de ordenación, no si es meramente titular del mismo.

b') Obligaciones de la empresa principal que no es titular del centro

Se acaba de sugerir alguna idea en relación con la hipótesis de una empresa titular del centro sin trabajadores propios que coincide con otra principal que no es titular, aconsejando el desplazamiento de las obligaciones de coordinación hacia la empresa principal que asumiría así la condición fáctica de titular del centro. Ahora lo que se plantea es el caso de una empresa titular del centro, con trabajadores propios en el mismo, que concurre con una empresa principal que, a su vez, ha contratado o subcontratado otras actividades, sean o no de la propia actividad, a desarrollar en el mismo centro. A diferencia del caso anterior, donde existía el riesgo de la ausencia de un obligado, aquí, al contrario, la cuestión es la del reparto de obligaciones y de facultades entre dos empresas que tienen un lugar destacado en el centro de trabajo: una por ser titular del centro y tener sus propios trabajadores actuando en él (por ejemplo, de limpieza, vigilancia, administración, emergencia, etc.) y otra por desarrollar su actividad en el mismo como empresa principal de otras.

No parece que existan problemas en cuanto a las obligaciones de la empresa principal respecto de las que contrata, aunque no sean de la propia actividad como se verá más adelante: se concretan en las fijadas en el RD 171/2004 (artículo 10, más la acumulación de las obligaciones de los demás niveles). Pero no podrá ejercer las facultades que el mismo RD 171/2004 atribuye a la empresa titular, porque no lo es. Seguramente la solución no pueda ser otra que la de respetar las competencias de la empresa titular del centro en relación con el conjunto del mismo y con todas las empresas que están en él; sin que sea posible declarar que esa empresa titular ha quedado desplazada por la principal concurrente. El ámbito de responsabilidad de la titular es más amplio y deberá ejercerse con más amplitud dada la existencia en el centro de un núcleo productivo más integrado, formado por la empresa principal y sus contrata o subcontratas. Paralelamente a esas obligaciones de la empresa titular del centro, la empresa principal tendrá facultades semejantes, pero de ejercicio limitado, referidas sólo a las empresas con las que le une el vínculo contractual de la contrata. Lo anterior supone un doble nivel de responsabilidad coincidente entre empresa titular y empresa principal, que deberá dar lugar a formas de articulación de sus obligaciones y facultades, con mecanismos específicos de coordina-

ción. No hay, pues, desresponsabilización de ninguna de las dos empresas protagonistas en perjuicio de la otra.

c') Obligaciones de la empresa principal, titular del centro, respecto de las contratatas que no son de la propia actividad y que se desarrollan en el mismo

Demasiado apegado al hecho prototipo de la empresa titular, a su vez empresa principal en relación con contratatas que son de su propia actividad, el RD 171/2004 no ha contemplado cuáles son las obligaciones preventivas de la empresa principal respecto de las contratatas que no son de la propia actividad. Sin duda alguna, la respuesta no puede ser elusiva o eximente de toda responsabilidad; porque ello llevaría a atribuir mayores obligaciones a la empresa titular del centro que a la empresa principal en relación con sus contratatas. Ciertamente, respecto de estas contratatas que no son de la propia actividad, la empresa principal tendrá las obligaciones y facultades que se asocian a la condición de empresa titular del centro; quizás reforzadas en la medida en que existen vínculos jurídicos. Lo que no necesariamente sucede, como sabemos, cuando se trata de las conexiones entre empresa titular y empresas concurrentes. Sólo se plantearían dificultades si se tratara de una empresa principal no titular del centro, en cuyo caso sus obligaciones respecto de las contratatas de la propia actividad que actúan en el centro se solapan con las de la empresa titular del mismo; pero sin que ello suponga que la empresa principal queda exonerada de todo tipo de obligaciones. El vínculo jurídico entre las empresas, la coincidencia de actividad y el control que como empresa principal ha de tener de la tarea de las contratatas, aunque no sean de la propia actividad, requiere que, como tal empresa principal, deba tener obligaciones que coinciden con las de la empresa titular del centro. Hasta el extremo de ser seguramente idénticas en el reducido espacio de sus relaciones con las empresas contratistas y subcontratistas.

d') Obligaciones de las empresas intermedias en los supuestos de contratatas y subcontratatas

Por simplificar se tiene presente sólo el caso de la empresa contratista que ocupa un lugar intermedio en una cadena de contratación que es siempre de la propia actividad. Nada dicen las normas preventivas en general, ni el RD 171/2004 en particular, sobre estas situaciones; sin duda por pensar sólo en el supuesto de la existencia de una empresa principal que asume todas las obligaciones referidas a la coordinación. Pero

**RESPECTO
DE LAS CONTRATATAS
QUE NO SON DE LA PROPIA
ACTIVIDAD, LA EMPRESA
PRINCIPAL TENDRÁ
LAS OBLIGACIONES Y
FACULTADES QUE SE
ASOCIAN A LA CONDICIÓN
DE EMPRESA TITULAR
DEL CENTRO**

no puede ignorarse la frecuente existencia de la cadena de contratas y que, siendo de la propia actividad, la relación entre contratista y subcontratista es más intensa incluso que la genérica entre subcontratista y empresa principal. Ya algo insinúan al respecto el artículo 10 del RD 171/2004 al establecer que las contratas deberán exigir a las subcontratas las acreditaciones respecto de los extremos allí mencionados; acreditaciones que, a su vez, deberá exigirle la empresa principal. Pero esto es una manifestación muy leve de obligaciones de las empresas contratistas hacia las subcontratas y sus trabajadores.

De forma que podría sostenerse que esas obligaciones han de considerarse ampliadas, si bien referidas sólo al ámbito estricto de la relación entre contrata haciéndolas semejantes a las que se establecen para la empresa principal respecto de todas las contratas y subcontratas de la propia actividad. Puesto que, al fin y al cabo, la contratista funciona, en relación con la subcontratista, como su empresa principal, aunque ambas estén sometidas al control más global de la auténtica empresa principal. La solución que se dé a esta cuestión está, por otra parte, directamente relacionada con la posición que se adopte en lo que hace al encadenamiento de responsabilidades cuando la línea de contratas y subcontratas es extensa y consta de varios o múltiples eslabones. De forma que eximir a las contratistas de toda obligación respecto de los subcontratistas llevará necesariamente a exonerar de responsabilidad a la contratista, salvo por lo que hace a la propia subcontrata; si, por el contrario, se adopta la postura de imputar a las contratas y subcontratas de la cadena obligaciones de información, coordinación y control de las demás contratas que le siguen, parece claro que también responderán de forma extensa en el caso de incumplimiento de obligaciones por parte de alguna empresa que forme parte de esa cadena de contratas.

D) Las responsabilidades; en particular, la solidaria y en cadena

Por regla general, el empresario que incumple sus obligaciones en materia de prevención de riesgos podrá responder administrativa, civil o penalmente; y también como consecuencia del recargo de prestaciones. El artículo 42 LPRL menciona estas responsabilidades, presumiendo que son por incumplimiento propio, sin referencia alguna a la solidaridad. Si efectivamente así fuera, la empresa principal sólo respondería por el incumplimiento de sus obligaciones (ausencia de iniciativa en materia de coordinación de actividades, no exigir las acreditaciones, no vigilar el cumplimiento por parte de los contratistas de sus obligaciones preventivas), aunque esos incumplimientos repercutan sobre otros trabajadores distintos de los propios (los de las contratas, por ejemplo). En este esquema, bastante diáfano, el trabajador de la contrata o subcontrata tanto podría reclamar a la empresa principal incumplidora como a la propia contrata o subcontrata, si éstas, a su vez, han incumplido sus obligaciones preventivas. Es cierto que cabría un espacio a la ausencia de responsabilidad, tanto de la empresa principal como de la contrata, si ambas han cumplido sus obligaciones. Aunque sea hartamente improbable por el alto estándar de diligencia exigible y la variedad de obligaciones empresariales de la contrata en relación con sus propios trabajadores; por no hacer referencia a las obligaciones de la empresa contratista recogidas en el RD 171/2004, complementarias de las que corresponden a la empresa principal. Y, en ambos casos, podría calificarse la responsabilidad como contractual; aunque sea, en el

caso de la empresa principal, por la conexión, indirecta pero evidente, con el contrato de trabajo existente entre el trabajador lesionado y la contratista.

Sin embargo, el artículo 42.3 LISOS introduce la regla de la solidaridad en materia de responsabilidad, implicando a la empresa principal; si bien, sólo, en los casos de contrataciones de la propia actividad y que se desarrollen en el centro de trabajo de la empresa principal. Lo dice el artículo 24.3 LPRL, al que se remite el artículo 42.3 LISOS. El discutible lugar de acogida de esta responsabilidad (que quizás hubiera justificado una interpretación limitativa de la responsabilidad solidaria, sólo aplicable a la responsabilidad regulada por la LISOS, esto es, la responsabilidad administrativa), no ha impedido la generalización de la solidaridad hacia las otras responsabilidades (excluida, lógicamente, la penal). Esto ha sido así tanto por el tenor genérico del artículo 42.3 LISOS, por los antecedentes más lejanos del propio artículo 42 LPRL, como por la lógica de alguna de esas responsabilidades (la civil, por ejemplo) y por la aceptación generalizada por parte de la doctrina y de la jurisprudencia.

La afirmación de la responsabilidad solidaria en materia preventiva ha planteado la cuestión de si se trata de una solidaridad en sentido estricto (como extensión de la garantía, en virtud de la cual se responde por el hecho de otro, al margen del propio actuar), o si se trata de una responsabilidad solidaria impropia (en la medida en que la empresa principal respondería por hechos y comportamientos propios, en cuya ausencia tal responsabilidad no podría declararse). Hay que recordar que, en el texto anterior de la LISOS, no se hacía mención alguna a la solidaridad. En su momento, pues, el contexto normativo era propicio al establecimiento de una responsabilidad directa o por hechos propios. El rescate de la solidaridad, sin embargo, por el actual texto de la LISOS plantea una serie de problemas. En primer lugar, resta obviamente sentido al incumplimiento directo de la empresa principal; ésta responderá en todo caso por el hecho de otro, al margen de que ella misma haya o no infringido sus obligaciones. En segundo lugar, genera un cierto clima de desresponsabilización de las contrataciones, ya que siempre habrá un responsable y mucho más solvente: en concreto, la empresa principal. En tercer lugar, al no existir sanción por el incumplimiento de las obligaciones de la empresa principal, la solidaridad aparece como un mecanismo alternativo, dada su amplitud; aunque también como la sanción al incumplimiento por parte de la empresa principal de los deberes previstos en el RD 171/2004. Por último, se suscita la problemática exigencia de elemento culpabilístico en un contexto de solidaridad; elemento necesario, no obstante, tratándose de una responsabilidad administrativa, por recargo, o incluso civil, debido al rechazo, justificado, de la responsabilidad objetiva o por riesgo.

En este sentido, las opciones jurisprudenciales han sido las siguientes. De una parte, considerar que la responsabilidad de la empresa principal no es una ampliación de la garantía en términos de solidaridad estricta, pero sí una deriva de la infracción de la obligación general de seguridad de la empresa principal para los trabajadores de la contrata o subcontrata. Una interpretación que, sin aceptar la solidaridad en sentido propio, casi se equipara a la misma en la medida en que el resultado dañoso presupone, casi automáticamente, una manifestación de la infracción del deber de cuidado. Para lo cual, la existencia de una

culpa levisísima o la idoneidad objetiva para serlo, o la objetivación de la diligencia exigible, o la extraordinaria ampliación del deber de seguridad o de garantía valen para cubrir la exigencia de dicho elemento culpabilístico. De otra parte, entender, por el contrario, que la responsabilidad de la empresa principal debe ser responsabilidad por hecho propio o responsabilidad directa; que existe cuando se da la infracción y, como consecuencia, la solidaridad (impropia) con la contratista.

Esta segunda línea interpretativa se ha visto ampliamente utilizada (no tanto en cuanto a la responsabilidad administrativa, que parece seguir anclada en una solidaridad amplia y casi automática), pero sí en el caso de la responsabilidad por recargo, donde la noción de empresario infractor ha permitido diversas combinaciones: responsabilidad exclusiva de la contrata; de ésta y de la empresa principal, solidariamente por infracción de ambas de sus deberes de seguridad en la versión directa o material para la contrata, o de este tipo y/o indirecta por infracción del deber de cuidado, por parte de la empresa principal; más dudosamente, responsabilidad exclusiva de la empresa principal. Incluso en este terreno de la responsabilidad por recargo se ha justificado la imposición del mismo en los casos en los que no hay propia actividad, mientras haya dominio del medio de trabajo y control del proceso (aunque no se trata de una cuestión pacífica). Lo que sucede es que, en este último caso, como las obligaciones de la empresa principal se equiparan a la de la empresa titular, la posibilidad de infracción directa es menor.

En cuanto a la responsabilidad civil, partiendo de la solidaridad también reclamada en este tipo de responsabilidad, parece sostenible su naturaleza contractual. Claramente en el caso de empresa principal, con contrata de propia actividad y desempeño del trabajo en el centro de la empresa principal. Menos, cuando, produciéndose la infracción de los deberes de seguridad en el centro de la empresa principal, no se trata de propia actividad. Ya se ha dicho que, en este caso, la empresa principal se equipara a la empresa titular (con las obligaciones específicas, aunque de menor entidad, asignadas a ésta); en consecuencia, al producirse estas infracciones, cabe responsabilidad de la empresa principal, solidaria con la propia de la contrata. Incluso podría afirmarse la responsabilidad civil de la empresa principal, se trate o no de propia actividad, si ésta tiene lugar fuera del centro de trabajo. Pero aquí habría que probar la infracción y el grado necesario de culpa.

Para acabar este apartado es necesario abordar la cuestión de la responsabilidad exigible en el caso del encadenamiento de contratas. A este efecto, la Sentencia de 9 de julio de 2002 parece haber resuelto definitivamente la cuestión, haciendo responsable a todos los integrantes de la cadena. Si bien resulta ambigua en cuanto a la forma cómo las empresas intermedias se integran en la responsabilidad: si en sentido descendente; o sólo se responsabiliza, en todo caso, a la empresa principal, a la contratista (relación de responsabilidad bilateral más tradicional) y a la subcontratista a la que pertenece el trabajador. Liberando a las demás empresas intermedias. El RD 171/2004, parece reforzar la primera opción, pero la LISOS, en cambio, no establece ninguna sanción para las infracciones de las empresas intermedias (aunque sea de los débiles deberes que antes se describieron). Quizás la solidaridad extendida sea la solución.

III. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A diferencia de las contratadas, en el caso de las Empresas de Trabajo Temporal, la norma preventiva parte de una distinción tajante de las obligaciones y responsabilidades de las Empresas de Trabajo Temporal y las de la empresa usuaria. Así lo explicitan los artículos 28 LPRL, 12 y 13 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, el artículo 42.2 LISOS y el RD 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el ámbito de las empresas de trabajo temporal. Ciertamente, la definición de las obligaciones de cada empresa se ofrece con forma de dos listados separados. En el caso de la Empresa de Trabajo Temporal, se trata sobre todo de una serie de obligaciones a cumplimentar en un momento previo a la cesión: comprobar la evaluación de riesgos de la empresa usuaria; formar a los trabajadores que van a ser cedidos; informarles sobre características del puesto y del trabajo; realizar la vigilancia previa de la salud antes de la cesión. En el otro listado, el correspondiente a la Empresa Usuaria, se trata de obligaciones vinculadas al desarrollo de la actividad tales como: la evaluación previa; la información de riesgos a la Empresa de Trabajo Temporal; la información a los trabajadores que son cedidos. Y, como consecuencia, la responsabilidad plena de la empresa usuaria en todo lo que se refiere a la ejecución del trabajo durante la puesta a disposición. Es una separación que puede tener sentido si se atiende al hecho de la ausencia (que es presencia plena en el caso de la Empresa Usuaria) de facultades de control de la actividad productiva por parte de la Empresa de Trabajo Temporal.

Esta separación tajante que se acaba de describir está avalada por la carencia de un reconocimiento normativo de responsabilidades compartidas o solidarias, salvo en el caso de cesión de un trabajador temporal para realizar en la Empresa Usuaria actividades prohibidas por la ley por particularmente peligrosas y materializadas en el RD 216/1999. Esta separación tajante puede criticarse como pretexto para la desresponsabilización de la Empresa de Trabajo Temporal, al fin y al cabo empleadora del trabajador. Y que, quizás, debería quedar gravada con algún tipo de implicación mayor en las condiciones en que el trabajador cedido realiza su tarea en la Empresa Usuaria.

La separación descrita no quiere decir que no pueda haber responsabilidades compartidas. En realidad, si bien se piensa, la única solidaridad prevista (la del supuesto del trabajador cedi-

**EN EL CASO
DE LAS EMPRESAS
DE TRABAJO TEMPORAL,
LA NORMA PREVENTIVA
PARTE DE UNA
DISTINCIÓN TAJANTE
DE LAS OBLIGACIONES
Y RESPONSABILIDADES
QUE DICHAS EMPRESAS
POSEEN**

do para actividades prohibidas), puede considerarse también una solidaridad impropia, si está basada en dos incumplimientos simultáneos: el de la Empresa de Trabajo Temporal, que cede al trabajador sin deber hacerlo para trabajos que debe conocer que están prohibidos a ese tipo de trabajadores temporales, y el de la Empresa Usuaria, que utiliza, igualmente, sin deber, al trabajador cedido en actividades prohibidas. Lo anterior suscita la cuestión de si la Empresa de Trabajo Temporal, ETT puede eludir dicha responsabilidad (piénsese en un trabajador cedido para una actividad legítima que figura en el contrato de puesta a disposición, y utilizado por la Empresa Usuaria, sin conocimiento de la Empresa de Trabajo Temporal, para otra prohibida); o se considera que tiene un cierto deber genérico de control del uso del trabajador (con lo que la responsabilidad se daría siempre). Sólo que esta afirmación aun hace más discutible la liberación de responsabilidad que establece la norma mediante el reparto riguroso de obligaciones que contiene.

Sin duda que la separación de obligaciones y responsabilidades no impide la coincidencia de responsabilidades separadas directas en el caso de incumplimientos simultáneos, vinculados ambos al accidente, aunque no necesariamente entre sí. No es, sin embargo, un supuesto previsto por la ley, frente al cual quizás fuera más lógico (por ofrecer una mayor tutela al trabajador) declarar la responsabilidad solidaria; ajustable, en función de la entidad de los incumplimientos, en la acción de regreso. O, en su defecto, una responsabilidad mancomunada o solidaria impropia en la que cada empresa respondería por su parte de responsabilidad en la producción del daño.

El criterio anterior es aplicable, sin duda, a la responsabilidad civil. Pero no tanto a la responsabilidad administrativa donde la posible solidaridad no está prevista, tratándose entonces de infracciones separadas. Ni en la responsabilidad por recargo, en la que la identificación del empresario infractor precede a la posible solidaridad, que sólo podrá declararse cuando ambas empresas sean infractoras. Esto, pese a la afirmación del artículo 16.2 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporales de la exclusiva responsabilidad de la Empresa Usuaria en relación con el recargo. Una afirmación que no puede excluir la responsabilidad de la Empresa de Trabajo Temporal, si existe infracción por su parte concurrente con la de la Empresa Usuaria.

IV. CONCLUSIÓN

Sin que se haya pretendido hacer una descripción completa de la materia de prevención de riesgos laborales relacionadas con los fenómenos de descentralización productiva, lo que sin duda se ha puesto de manifiesto es la complejidad de esas relaciones y la gran cantidad de cuestiones que permanecen abiertas, pese al reiterado abordaje normativo de la cuestión y los múltiples pronunciamientos de doctrina y jurisprudencia. La versatilidad del fenómeno, que ha impedido abordarlo legalmente en todas sus manifestaciones; el arrastre de categorías que hoy parecen ya inadecuadas, provocando problemas interpretativos y aplicativos notables; la dificultad de extrapolar al ámbito preventivo, conceptos

que pueden considerarse clásicos en materia de obligaciones y responsabilidades pero referidos a fenómenos más unidimensionales; el objetivo de la garantía de la seguridad laboral en contraste con decisiones organizativas que, por su flexibilidad, pueden tener un efecto flexibilizador, todos estos son aspectos que hacen que el tratamiento de la prevención de riesgos en el terreno de la externalización productiva requiera aún reflexiones más profundas y que proporcionen soluciones más solventes y seguras que las que hasta ahora se vienen aplicando. Desde esta perspectiva, el presente trabajo no es sino una breve y sintética incursión por ese territorio.

V. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- AGUILERA IZQUIERDO, R., “El desarrollo reglamentario del artículo 24 de la LPRL: la coordinación de actividades empresariales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53/2004, págs. 265-292.
- AAVV, *Diez años desde la regularización de las empresas de trabajo temporal*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y Edit. Mergablum, Sevilla, 2004, págs. 193-228.
- CALVO GALLEGO, F.J., “Obligaciones y responsabilidades en los supuestos de descentralización productiva. Especial referencia a contratas, subcontratas y empresas de trabajo temporal”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, núm. XV/2005, págs. 141-228.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Prevención de riesgos laborales y relaciones triangulares de trabajo”, en AAVV, *Responsabilidades y responsables en materia de prevención de riesgos laborales*, Consejería de Empleo y Asuntos Sociales, Gobierno de Canarias, 2004, págs. 75 y ss.
- GALVÁN DE GRANDE, L., “La misma actividad y la prevención de riesgos: un error que viene de lejos”, *Relaciones Laborales*, 2004, tomo I, págs. 1351-1358.
- GONZÁLEZ VELASCO, J. y VIVES USANO, P., “Propia actividad en las contratas. Entre promotor y constructor ¿o no?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 273/2005, págs. 225-234.
- LUQUE PARRA, M., *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, págs. 153-175.
- MARTÍNEZ GARRIDO, V., “Algunas reflexiones sobre la regulación legal de la descentralización productiva”, *Tribuna Social*, núm. 184/2006, págs. 15-22.
- MIÑARRO YANINI, M., “La prevención de riesgos laborales en las contratas y subcontratas”, *Documentación Laboral*, núm. 68/2003, págs. 83 y ss.
- MOLERO MARAÑÓN, M.L., *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, La Ley, Madrid, 2003.

- PÉREZ CAPITÁN, L., “El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero”, *Revista de Derecho Social*, núm. 26/2004, págs. 47-72
- “La responsabilidad administrativa en los supuestos de contratas y subcontratas en el derecho sancionador de la seguridad y la salud en el trabajo (un análisis del artículo 42.3 de la LISOS)”, *Justicia Laboral*, núm. 12/2002, págs. 13-35.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “La prevención de riesgos laborales en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48/2004, págs. 67-82.
- QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “La seguridad y salud de los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal a las empresas usuarias”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53/2004, págs. 293-306.
- RAMOS QUINTANA, M. y CAIRÓS BARRETO, D.M., “La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales”, *Justicia Laboral*, núm. 19/2004, págs. 41 y ss.
- SÁNCHEZ DE LA ARENA, M.A., *Contratación y subcontratación como formas de externalización de actividades empresariales: incidencias en las relaciones laborales*, Metal, construcción y afines de UGT, Madrid, 2005.
- SOBRINO GONZÁLEZ, G.M., “La noción de propia actividad en la subcontrata de obras y servicios (Comentario a la STS 4ª de 20 de julio de 2005)”, *Relaciones Laborales*, núm. 6/2006, págs. 29-36.
- TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., “El concepto de promotor y sus obligaciones en materia de seguridad y salud laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53/2004, págs. 85-120.

El nuevo desarrollo de la regulación de las prestaciones familiares: principales modificaciones introducidas por el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO

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

Resumen

El nuevo desarrollo de la regulación de las prestaciones familiares: principales modificaciones introducidas por el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre

Las prestaciones familiares vienen sufriendo en los últimos quince años numerosas transformaciones legislativas, que culminan, al menos por el momento, con el Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre. En la mayor parte, esta regulación respeta esencialmente las reglas señaladas en los reglamentos que sustituye, actualizando su contenido de acuerdo con diversas normas posteriores. Sus principales aportaciones son la clarificación de la naturaleza de la protección,

el reconocimiento del período ficticio de cotización en la excedencia por cuidado de familiares y la aclaración del cómputo de los ingresos a los efectos de acceder a la atención. Por otro lado, se ha adaptado a las nuevas realidades familiares, acogiendo la terminología del ámbito civil, ha recogido las necesidades creadas por la ruptura de las familias y ha igualado el derecho de todos los hijos y los menores acogidos de acuerdo con el artículo 39 CE.

Abstract

The new development of the regulation of the family contributions: main modifications introduced by the RD 1335/2005, of November 11

The family contributions come suffering in the last fifteen years numerous legislative transformations that culminate, at least by the moment, with the D 1335/2005, of November 11. In most, this regulation respects essentially the rules pointed out in the regulations that it substitutes, updating its content according with diverse later norms. Its main contributions are the clarification of the nature of the protection, the recognition of the fictitious period of

taxation in the absence for care of relatives and the explanation of the computation of the income to the effects of accede to the attention. On the other hand, it has been adapted to the new family realities, accepting the terminology of the civil environment, it has collected the necessities created by the rupture of the families and it has made equal the right of all the children and the refuged minors according to the article 39 CE.

Sumario:

I. Los avatares legislativos de la protección a la familia en el ámbito de la Seguridad Social.

II. Las principales aportaciones del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre.

A) Sobre la naturaleza de las prestaciones familiares. B) La adaptación de la norma a las nuevas realidades familiares. a) La adaptación de la terminología. b) La regulación de los supuestos de separación de los progenitores. c) La igualación de derechos entre hijos naturales, adoptados y menores acogidos. d) Principales novedades en la concesión de la modalidad contributiva de la asignación por hijo a cargo. C) El cómputo de los ingresos recibidos a los efectos de acceder a las prestaciones familiares. D) La compatibilidad de la asignación por hijo a cargo minusválido con la pensión de orfandad. E) Modificaciones introducidas por el Real Decreto 1335/2005 al margen de la regulación de las prestaciones familiares.

I. LOS AVATARES LEGISLATIVOS DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares en la Seguridad Social, se ha publicado principalmente con el objeto de sustituir a las dos normas que hasta ahora reglamentaban las ayudas de protección a la familia. Esto es, esta norma deroga el Real Decreto 356/1991, de 15 de marzo, que desarrollaba las prestaciones por hijo a cargo y el Real Decreto 1368/2000, de 19 de julio, sobre las prestaciones de pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos y por parto múltiple.

Las prestaciones familiares vienen sufriendo en los últimos quince años numerosas transformaciones legislativas, que culminan, al menos por el momento, con el reciente Decreto 1335/2005. En cada una de las normas se ha tratado de avanzar hacia la mejora de la protección de la familia, aunque hay que destacar, anticipando lo que a continuación se expondrá, que básicamente el ámbito de protección no se ha ampliado de forma significativa.

En concreto, las prestaciones por hijo a cargo¹, fueron reconocidas en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre², dentro del marco de la normativa sobre prestaciones no contributivas. Con independencia de este encuadramiento, estos beneficios se regularon en dos niveles: el contributivo y el no contributivo. Este beneficio, cuya finalidad principal es colaborar con los gastos producidos por los hijos menores de edad o minusválidos, ha sido la única que el sistema de Seguridad Social ha dedicado a la atención de la familia durante diez años, hasta que en 2000 se reconocieron otras dos ayudas de esta naturaleza asociadas esta vez con el hecho del nacimiento y de la adopción³. La nueva protección se diferencia básicamente de la concedida por hijo a cargo en que, en vez de ser un desembolso periódico, se regula como una prestación concedida en pago único al nacimiento/adopción de un hijo.

(1) Esta prestación es heredera de la única prestación familiar que quedó después de la reforma de 1985: la asignación concedida por razón de hijo a cargo menor de edad, regulada en el Real Decreto 2364/1985, de 18 de diciembre, de protección familiar de la Seguridad Social. La supresión de la mayoría de los beneficios se realizó a través de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas para la racionalización de la estructura y de la acción protectora.

(2) Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que establece prestaciones no contributivas de la Seguridad Social.

(3) Estas prestaciones (la otorgada por nacimiento de tercer hijo o sucesivos y la de parto múltiple) fueron concretamente reconocidas en la Ley 1/2000, de 14 de enero.

LAS PRESTACIONES FAMILIARES VIENEN SUFRIENDO EN LOS ÚLTIMOS QUINCE AÑOS NUMEROSAS TRANSFORMACIONES LEGISLATIVAS, QUE CULMINAN, AL MENOS POR EL MOMENTO, CON EL RECIENTE DECRETO 1335/2006

De acuerdo con el panorama descrito, por un lado, en los artículos 180 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) dentro de la protección a la familia sólo se reconocían las prestaciones familiares por hijo a cargo en sus dos modalidades: contributiva y no contributiva; y se concretaba dentro de la primera tipología dos tipos de beneficios diferenciados: una asignación económica por cada hijo menor de dieciocho años o minusválido y el reconocimiento como período de cotización efectiva del primer año de excedencia motivada por cuidado de hijo. Por otro lado, las prestaciones de pago único se recogían fuera de esta normativa, concretamente en la Ley 1/2000. Esta separación se mantenía igualmente en los reglamentos de desarrollo, puesto que, tal y como ya se ha señalado, había uno para las prestaciones por hijo a cargo y otro para las concedidas por nacimiento o adopción.

Para evitar la dispersión descrita, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, reunifica en la LGSS todos los beneficios de protección familiar, articulando las tres prestaciones familiares mencionadas de forma sucesiva. Además de reordenar la protección, uno de sus principales logros en esta materia fue la de clarificar la naturaleza de estas ayudas. En este sentido, esta regulación determinó que la atención familiar se configuraba dentro del ámbito no contributivo, a excepción del reconocimiento del período ficticio de cotización durante la excedencia por cuidado de hijo o familiar que, de acuerdo con el propio contenido del beneficio, se establecía como una ayuda de corte contributivo.

Igualmente, con la Ley 52/2003 se buscó la adaptación del contenido de la protección a las nuevas necesidades de la familia, de acuerdo con las directrices que había proyectado el Plan Integral de Apoyo a la Familia (2001-2004), aprobado por el Gobierno el 8 de noviembre de 2001. Concretamente, se equiparó la protección concedida en caso de nacimiento a los supuestos de adopción, lo cual era obligado desde el tenor del artículo 39 de la Constitución, donde se reconoce el principio de igualdad de trato entre los hijos naturales y adoptivos. Por otra parte, se extendió el reconocimiento como período ficticio de cotización también al tiempo de disfrute de la excedencia por cuidado de familiar o de un menor acogido, siendo ésta la única ampliación del campo de protección a la familia que se ha realizado desde la creación de las prestaciones de pago único. Por último, se adecuó la norma a los pequeños retoques que incluyó la Ley de Protección a las Familias Numerosas⁴.

II. LAS PRINCIPALES APORTACIONES DEL REAL DECRETO 1335/2005, DE 11 DE NOVIEMBRE

En la misma línea sistemática marcada por la Ley 52/2003, el Real Decreto 135/2005 trata de ordenar la normativa vigente sobre protección a la familia en la Seguridad Social aunando los dos reglamentos de desarrollo de las prestaciones familiares. En la mayor

(4) Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas.

La regulación de las prestaciones familiares

parte, esta regulación respeta esencialmente las reglas señaladas en los dos reglamentos que sustituye, el Real Decreto 356/1991, que desarrollaba las prestaciones por hijo a cargo y el Real Decreto 1368/2000, sobre las prestaciones de pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos y por parto múltiple.

De este modo, en primer término, el fin principal de esta norma es evitar la dispersión en el ámbito de la regulación de las ayudas de corte familiar. Parece adecuado que si todos estos beneficios se encuentran ya regulados en los mismos preceptos de la LGSS, también su desarrollo se realice en un mismo cuerpo legislativo, facilitando la labor de aplicación de dicha atención. Así, se evitará uno de los problemas fundamentales del estudio y comprensión del sistema de la Seguridad Social que, como bien se conoce, es la necesidad de consultar, por tanto, disposiciones diversas para resolver cualquier asunto que se plantee. En este foro se ha evitado el mal creado por la legislación en cascada que impide en ocasiones emplear la normativa correcta en un determinado supuesto en el ámbito de la Seguridad Social⁵.

Como se ha señalado, los cambios respecto a los decretos que sustituye no son de gran calado. De acuerdo con esta premisa, en este trabajo no se pretende volver a analizar aspectos consolidados de la regulación que, por otra parte, ya han sido examinados en diversos estudios. Aquí se va a tratar de poner de manifiesto exclusivamente las variaciones fundamentales, que como ya se ha señalado no son numerosas, dado que se estima que las demás cuestiones, que se mantienen sin transformaciones, han sido suficientemente analizadas en otros foros.

En concreto, las principales novedades que introduce en la reglamentación son las que la Ley 52/2003 ya había incluido en la regulación de la LGSS y que hasta ahora no se tenían presente en la regulación de desarrollo. En resumen, se clarifica la naturaleza de las prestaciones familiares, se amplía el ámbito del reconocimiento del período ficticio de cotización en el supuesto de excedencia por cuidado de familiares y se introducen las modificaciones apuntadas por la Ley de Familias Numerosas.

Pero, además, de estas modificaciones para adaptar la normativa de la protección de la familia a las transformaciones introducidas por la Ley 52/2003, el Real Decreto 1335/2005 también inserta alguna otra novedad legislativa que ha ido apareciendo en el transcurso del tiempo que va desde la promulgación de la norma señalada hasta este momento. Así, de acuerdo con la normativa establecida en la Ley 8/2005, de 6 de junio, se incluye la compatibilidad entre la prestación concedida por hijo a cargo minusválido y mayor de dieciocho años y la pensión de orfandad⁶. Esta regulación viene a corregir los problemas causados a raíz de la publicación de la Ley 52/2003 y el Real Decreto 364/2004, de 5 de marzo⁷, que había declarado, contrariamente a la solución actual, la incompatibilidad

(5) DESDENTADO BONETE, A., "La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del 'Código de la Protección Social'" en *Relaciones Laborales*, núm. 7/1996, págs. 477 y ss.

(6) Ley 8/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el trabajo remunerado.

(7) Real Decreto 364/2004, de 5 de marzo, de mejora de las pensiones de orfandad a favor de minusválidos.

entre estas dos prestaciones, dado que tal regulación dio lugar a ciertas reivindicaciones sociales de los colectivos afectados y una gran atención doctrinal, que provocaron una rápida vuelta sobre los pasos dados.

Por último en relación a la materia de la protección familiar, se han introducido otras novedades en este Reglamento de desarrollo de las prestaciones familiares que consiste en la adaptación de su regulación a las nuevas necesidades sociales: En concreto, se trata de adecuar la terminología empleada a las modificaciones insertadas por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de contraer matrimonio.

Asimismo, como en casi todas las normas de Seguridad Social, no ha podido evitar la introducción de otras modificaciones que no afectan a las prestaciones familiares, entendidas en *stricto sensu*, esto es, a las ayudas que generalmente se entienden por tal en la doctrina. Aunque sí atañen a otros beneficios relacionados directamente con la protección a la familia como es la pensión de orfandad o el subsidio por maternidad. Fuera de estas cuestiones, en otra Disposición Final se reconoce como cotizados a la Seguridad Social los períodos de actividad sacerdotal o religiosa de los sacerdotes y religiosos/as de la Iglesia Católica secularizados. Así como, en esta línea de integración de otras normas que han sido publicadas recientemente, en este Decreto de desarrollo se introducen las modificaciones incluidas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Precisamente, se reconoce como período efectivo de cotización a aquellos lapsos de tiempo en que sea preciso suspender el contrato de trabajo o cesar en su actividad con objeto de conseguir la eficiencia de la protección reconocida en dicha normativa.

A) Sobre la naturaleza de las prestaciones familiares

Hasta la Ley 52/2003, la LGSS distinguía entre las prestaciones familiares contributivas y las no contributivas. Cuando se regulaba la asignación por hijo a cargo, se diferenciaba entre estas dos modalidades, repitiéndose las mismas reglas para ambos casos. La diferencia entre ellas se encontraba solamente en relación con las condiciones demandadas a los beneficiarios. En el primer caso, se exigía estar incluido en el Régimen General de la Seguridad Social o ser pensionista de tal sistema. En el segundo, se exigía la residencia en territorio español. Al mismo tiempo, en ambos supuestos se demandaba que el solicitante no percibiese rentas superiores a ciertos límites determinados legalmente. Por lo tanto, la única divergencia real entre los dos niveles era que en el primer ámbito se incluía también un segundo beneficio: la consideración como período de cotización efectiva del primer año de excedencia que los trabajadores disfrutaran en razón del cuidado de sus hijos.

En el Decreto 356/1991, de desarrollo de las prestaciones por hijo a cargo, se dividía la protección entre asignación económica y no económica. Se incluía en el primer grupo a la asignación económica por hijo a cargo, tanto en su modalidad contributiva como

La regulación de las prestaciones familiares

no contributiva. Cuando se determinaban quiénes podían ser beneficiarios se hacía diferenciando entre los que accedían al nivel contributivo y al no contributivo en la misma dirección que la LGSS, pero el resto de la regulación era aplicable en iguales condiciones para las dos modalidades. Como prestación no económica, se incluía al reconocimiento como cotización efectiva del tiempo de excedencia por cuidado de los hijos.

Sin embargo, es preciso poner de manifiesto que esta diferenciación entre beneficiarios contributivos y no contributivos, que incluía la LGSS y el reglamento de desarrollo, era innecesaria. Las reglas aplicables eran esencialmente las mismas, se exigían límites de recursos similares para acceder al beneficio, y la cuantía que se percibía en concepto de ayuda también era idéntica. En definitiva, sólo se trataba de sustituir la exigencia de la inclusión en el ámbito del Régimen General de la Seguridad Social por la residencia en territorio español. Además, no hay que perder de vista que realmente lo que determinaba la concesión o la denegación de la protección era la carencia de recursos, condición propia de las prestaciones de corte asistencial⁸.

De acuerdo con las circunstancias aquí reflejadas, cuando la Ley 2/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social establece un catálogo de prestaciones contributivas y no contributivas, determina que las asignaciones familiares debían incluirse dentro de los beneficios no contributivos. Con dicha declaración parece que por fin se destruía el binomio artificial creado entre beneficiarios de asignaciones contributivas y no contributivas. No obstante, al margen de esta manifestación, no se introdujeron las modificaciones legislativas adecuadas para adaptar la regulación del beneficio a su naturaleza⁹.

Incluso, dejando al margen el reconocimiento de la Ley 2/1997, cuando en el año 2000 se crean las prestaciones familiares de pago único, se vuelve a emplear la misma división entre ayudas contributivas y no contributivas, tanto para en la regulación de los beneficios concedidos por nacimiento de

**LA DIFERENCIACIÓN
ENTRE BENEFICIARIOS
CONTRIBUTIVOS Y
NO CONTRIBUTIVOS,
QUE INCLUÍA LA LGSS
Y EL REGLAMENTO
DE DESARROLLO,
ERA INNECESARIA**

(8) De hecho, se señaló por parte de la doctrina que, puesto que el único elemento que decidía su concesión era el límite económico de rentas que el beneficiario no debía sobrepasar, su naturaleza era no contributiva, con independencia de las declaraciones de la norma. Vid. BLASCO RASERO, C., *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2003. pág. 257 y ESCUDERO, R., "Una norma de envergadura: la Ley de Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social" en *Relaciones Laborales*, núm. 1991- I, pág. 926.

(9) SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social en el ordenamiento español*, Laborum, Murcia, 1998, págs. 173 y 174.

tercer o sucesivo hijo, como para los otorgados por parto múltiple. En el primer supuesto, los requisitos de la modalidad contributiva y la no contributiva son idénticos a los ya expresados para la asignación por hijo a cargo, de modo que pueden ser traídas a este foro las mismas críticas que ya se han vertido anteriormente.

En cuanto a la prestación por parto múltiple, hay una diferencia importante respecto a las otras dos ayudas de corte familiar: este beneficio no está sometido a condición de recursos, de forma que en la práctica se le ha concedido a todos los progenitores en caso de parto múltiple, con independencia de que se accediese a la protección como sujeto incluido en el ámbito del Régimen General de la Seguridad Social o como residente en territorio español. Realmente en este caso, se está ante una prestación de las denominadas no contributivas de “demograntía”, es decir, una protección cuya finalidad es atender a todos los ciudadanos, con independencia de sus rentas, que se encuentran en una situación de necesidad determinada, en este supuesto concreto: el nacimiento de dos o más hijos a la vez¹⁰.

Por lo tanto, en la prestación concedida por parto múltiple la división entre la modalidad contributiva y no contributiva era aún más artificial, si cabe, que en el supuesto de la asignación por hijo a cargo y la prestación por nacimiento de tercer hijo y sucesivo. Así, como se está ante un beneficio de concesión generalizada a todos los ciudadanos que se encuentran en las circunstancias descritas, se puede afirmar que se trata de una prestación universal. Es importante remarcar que su naturaleza es única en el sistema de la Seguridad Social español, dado que solamente esta protección se regula como prestación no contributiva de “demograntía”¹¹.

El cambio legislativo, que adaptó la regulación a la verdadera naturaleza de las prestaciones familiares, se produjo en la Ley 52/2003. En esta norma se reconoció lo que ya había apuntado la Ley 2/1997, de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social, esto es, que estos beneficios en su mayor parte son de naturaleza no contributiva, a excepción del reconocimiento del período ficticio de cotización durante excedencia por cuidado de familiares. Concretamente ahora el Capítulo X de la LGSS sobre prestaciones familiares se subdivide en dos secciones: en la primera, con título “modalidad contributiva”, se incluye el reconocimiento del período ficticio de cotización, mientras que en la segunda sección, cuyo título es “modalidad no contributiva”, se norman todas las demás prestaciones familiares (asignación económica por hijo a cargo, prestación por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivo hijo y prestación por parto o adopción múltiple).

Introducidos estos cambios en la LGSS, era preciso que la norma de desarrollo de las prestaciones familiares se adaptase igualmente a estas modificaciones con el objeto de adecuarse a su naturaleza esencial. De este modo, el RD 1335/2005 ha acogido estas

(10) DESDENTADO BONETE, A., “Las pensiones no contributivas en el marco constitucional” en AAVV, *Las pensiones no contributivas*, Colección Seguridad Social, MTSS, Madrid, 1991, págs. 271 y ss.

(11) BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., *Las prestaciones familiares en el sistema de la Seguridad Social*, BOE, 2005, pág. 256.

La regulación de las prestaciones familiares

transformaciones. Así, este reglamento hace la diferenciación entre la modalidad contributiva y la no contributiva, incluyendo en la primera sólo al beneficio consistente en el reconocimiento del período de cotización ficticia en la línea ya iniciada en la LGSS. Esta distinción la emplea ya en las propias disposiciones generales y, posteriormente, utiliza el mismo patrón en cada uno de los niveles en sus Capítulos específicos.

En todo caso, con la evolución que ha sufrido el reconocimiento de la naturaleza de las prestaciones familiares no se ha modificado ningún aspecto esencial respecto a su concesión y regulación. Se puede mantener que su contenido básico continúa igual, ya que en la práctica es indiferente conceder las prestaciones a todos los residentes en el territorio español por el hecho de tener hijos a cargo menores o incapacitados, por el nacimiento o adopción de su tercer hijo o sucesivo o por parto o adopción múltiple, con la condición añadida de no superar cierto límite de ingresos en los dos primeros casos, que otorgarlo a todo este colectivo y también a los ciudadanos encuadrados en el Régimen de la Seguridad Social en las mismas circunstancias. Es obvio que estos últimos accederán de manera idéntica al beneficio por el hecho de residir en España, aunque no se les tenga en cuenta si además cotizan o no al sistema.

En definitiva, la diferenciación que se hacía con anterioridad entre prestaciones familiares contributivas y no contributivas era una distinción artificial, ya que el campo de beneficiarios de esta protección no se ha modificado en absoluto con el cambio de su naturaleza. De este modo, se puede mantener que realmente estas prestaciones ya eran antes de corte no contributivo (unas puras y otras de demograntía), a excepción de la modalidad no económica, con independencia de lo que se estableciera en la norma, y de la misma manera continúan en la actualidad.

B) La adaptación de la norma a las nuevas realidades familiares

Es por todos conocido que la evolución de la familia en los últimos tiempos ha dado lugar a importantes cambios legislativos para adaptar la regulación a las circunstancias sociales. En esta dirección se enmarca una de las principales funciones que ha desempeñado el Real Decreto 135/2005, esto es, la adecuación de las normas que se incluían en los dos reglamentos de desarrollo de la protección familiar a las nuevas formas familiares.

Una de las transformaciones fundamentales de la institución familiar es la determinación de los sujetos que la pueden conformar, dando lugar a lo que se ha denominado pluralismo familiar¹². En la actualidad se considera que existen nuevos modos de convivencia, aceptados social y legislativamente, que dan lugar a la formación de núcleos familiares, que como tales deben ser atendidos en el seno de las políticas sociales. En este sentido, ha sido necesaria la modificación de la terminología empleada en la regulación de las prestaciones familiares con el objeto de acoger la mencionada evolución de estas formas de convivencia.

(12) "Informe de la situación de la familia en España", Ministerio de Asuntos Sociales, 1995, pág. 479.

Por otro lado, otro fenómeno familiar en continua transformación a tener en cuenta por la norma de la Seguridad Social es la sucesión de ciclos en la vida de las familias de acuerdo con su creación y desaparición debido principalmente a la unión y separación de los progenitores que la componen en su origen. Es por esto que en el nuevo reglamento se han incluido las nuevas circunstancias que contempla la norma civil en relación a la custodia de los hijos cuando los padres terminan con su convivencia con el fin de determinar quién debe ser el beneficiario de las prestaciones familiares.

Otra modificación incluida en la nueva regulación dentro del ámbito estudiado es la igualación de los derechos de todos los descendientes. Dichos en otras palabras, se reconocen los mismos derechos prestacionales tanto causados por hijo natural como por hijo adoptivo de acuerdo con las exigencias del artículo 39 de la Constitución que promulga expresamente la obligación pública de ofrecerles idéntico trato a todos ellos.

Por último, en el mismo sentido que ya reguló la Ley 52/2003, se ha ampliado el ámbito subjetivo de los beneficiarios de la prestación no económica concedida en caso de excedencia por cuidado de hijo a los que se dedican a la atención de sus familiares. En idéntica línea, se ha concedido cierta protección familiar a los ciudadanos, que cumpliendo los demás requisitos exigidos por la norma, acogen a un menor o incapacitado.

a) La adaptación de la terminología

La Ley 13/2005, de 1 de julio¹³, ha reconocido la posibilidad de que contraigan matrimonio sujetos del mismo sexo con los mismos efectos que los contrayentes de distinto sexo. Esta importante transformación del concepto de la institución matrimonial trae consigo la necesidad de otras modificaciones de las normas civiles con el fin de adecuarlas a la metamorfosis que ha sufrido dicho vínculo. Dejando a un lado la necesidad de sustituir las referencias al marido y la mujer por la de cónyuges o consortes por no ser de utilidad en este foro, igualmente se han eliminado todas las alusiones explícitas al sexo de los padres. De este modo, a partir de este momento se emplean los términos “progenitores” y “adoptantes”, sobre cuya inclusión se ahondará en un próximo epígrafe.

Hasta ahora la adopción sólo podía realizarse por dos personas de distinto sexo y en el supuesto de un hijo con un padre biológico, el adoptante debía ser de distinto sexo que este último. A esta condición se unía la exigencia de que los dos progenitores debían además estar unidos por vínculo conyugal. Sin embargo, desde la modificación de la normativa civil esta regla ha evolucionado y ya es posible que un sujeto tenga dos padres del mismo sexo, que obviamente deberán estar casados. Por esta razón, la norma social no puede mantener en su seno el uso de términos que puedan ser discriminatorios y que, consecuentemente, dificulten la determinación del sujeto beneficiario de una prestación familiar, cuando se encuentre en las circunstancias mencionadas. En este sentido,

(13) Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

La regulación de las prestaciones familiares

ha actuado el Real Decreto 1335/2005, tal y como apunta su Preámbulo.

No obstante, aun después de hacer estas previsiones, se sigue manteniendo alguna alusión al sexo de los progenitores en la reglamentación de las prestaciones familiares. En concreto, esta disfunción se encuentra en el artículo que se dedica a la determinación del beneficiario de la prestación económica por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivo hijo, así como en el mismo punto en la prestación por partos o adopciones múltiples, artículos 21 y 25, respectivamente. Se señala que cuando los progenitores o adoptantes convivan cualquiera de ellos podrá ser beneficiario de esta protección, presumiendo que hay acuerdo sobre quién debe percibir la ayuda en el momento que uno de ellos lo solicite. En todo caso, si no hay consenso entre las partes se presume que la beneficiaria es la madre.

En este punto, es preciso recordar de nuevo la posibilidad de que los progenitores sean del mismo sexo, por lo que es posible que existan dos madres o dos padres, de modo que en estos supuestos las especificaciones de la norma no serán de aplicación. Esta regla de discriminación del beneficiario, por tanto, no siempre será de utilidad. Si se atiende a la interpretación literal del precepto, cuando los padres sean varones, no existirá madre; en cambio, cuando los dos progenitores sean mujeres habrá dos madres a las que conceder el beneficio. En definitiva, si con esta regulación se pretendía resolver todas las cuestiones respecto a cómo determinar quién es el beneficiario de las prestaciones señaladas, habrá que concluir que en el caso de que los progenitores sean del mismo sexo, la designación del beneficiario, cuando no haya acuerdo entre las partes, no habrá sido resuelta.

Quizás la fórmula a emplear en este caso debería haber sido la ofrecida por la norma para el supuesto de indeterminación del beneficiario en la asignación por hijo a cargo cuando no exista acuerdo entre los progenitores. La solución que apunta el artículo 11 del Real Decreto analizado es la siguiente: la comunicación a la entidad gestora y la aplicación de las normas sobre patria potestad y guarda que determina el Código Civil por los órganos judiciales, dictando resolución previa el Instituto de la Seguridad Social suspendiendo el abono del beneficio hasta la resolución del conflicto. De esta forma, se hubiese unificado la resolución de los desacuerdos de los progenitores, que mantienen su convivencia, en cuanto al disfrute de las

**ES PRECISO RECORDAR
LA POSIBILIDAD DE
QUE LOS PROGENITORES
SEAN DEL MISMO SEXO, DE
MODO QUE
EN ESTOS SUPUESTOS
LAS ESPECIFICACIONES
DE LA NORMA NO SERÁN
DE APLICACIÓN**



diferentes prestaciones y se hubiesen evitado los problemas que la redacción asignada puede plantear.

b) La regulación de los supuestos de separación de los progenitores

Tradicionalmente las familias se formaban por la unión de un hombre y una mujer, usualmente a través del matrimonio, que permanecían unidos hasta el fallecimiento de uno de ellos. Sin embargo, esta realidad social se ha ido modificando de forma paulatina. En primer lugar, como ya se ha puesto de manifiesto, a través de la posibilidad de que un núcleo familiar sea originado por sujetos del mismo sexo. Por otro lado, en lo que interesa en este momento, por la generalización de la ruptura del nexo matrimonial. Dicho en otras palabras, se recorren distintas situaciones familiares a lo largo de la vida, esto es, se pasa por distintos “ciclos domésticos¹⁴”, que varían la composición de una familia.

Esta situación no puede ser ignorada por la norma, de modo que ha sido necesaria su adaptación a estas transformaciones sociales de forma gradual. De acuerdo con esta orientación, el Real Decreto 1335/2005 asume la posible casuística de las relaciones de los progenitores a la hora de determinar quién va a ser el sujeto beneficiario de las prestaciones familiares por hijo a cargo. Como ya se ha visto, en primer lugar, analiza los probables supuestos cuando éstos convivan en el mismo hogar. Ahora, se trata de estudiar las circunstancias potenciales si se han separado, incluyendo la nueva posibilidad insertada por la norma civil sobre la posible custodia compartida de hijos o menores.

Anteriormente, la norma ya contemplaba estos supuestos, dado que esta situación ya era muy usual en el momento en que se reguló el precedente Real Decreto. Se señalaba que en caso de separación judicial, nulidad o divorcio, el derecho al percibo de la asignación económica se conservaría para quien tuviese a su cargo el hijo, siempre que cumplierse los requisitos exigidos legalmente. En el Real Decreto 1335/2005 se contemplan además otros supuestos según las nuevas circunstancias contempladas en la norma civil, es decir, los casos de ejercicio compartido de la guarda y custodia. Además, ya no sólo se menciona a los hijos, sino también a los menores acogidos.

En la actual reglamentación, se completa la norma anteriormente descrita, señalando que en el caso de separación judicial, nulidad y divorcio de los progenitores, adoptantes o acogedores, si concurren ambos padres al beneficio, habrá que conceder la ayuda a uno solo de ellos, obviamente siempre que éste cumpla las condiciones económicas exigidas. Se presume, continúa señalando el artículo 11, que si alguno solicita la protección, es porque existe un previo pacto entre los progenitores. En el caso contrario, cuando no exista dicho acuerdo o una resolución judicial expresa, se entiende que el beneficiario es quien tenga la custodia del hijo o menor.

(14) VALERO LOBO, A., “La prevalencia de la familia nuclear en el sistema familiar español” en *Revista Internacional de Sociología*, núm. 3/1992, pág. 185.

La regulación de las prestaciones familiares

Hasta aquí la redacción dada al precepto parece repetitiva y asistemática. Hubiese sido más adecuado simplemente determinar que se presumirá acuerdo entre los progenitores, adoptantes o acogedores, en todo caso, cuando uno de ellos solicite el beneficio con independencia de que exista o no convivencia entre ellos. Estableciendo que si no se hubiese estipulado de forma mutua el beneficiario, en el supuesto de continuación de la convivencia, habría que estar a lo que se decidiese judicialmente, y en el caso de separación judicial, nulidad o divorcio, se otorgaría al padre/adoptante/acogedor que tuviese el hijo a cargo, siempre que cumpliese el resto de las condiciones especificadas por la norma.

En resumen, bastaría haber añadido a la anterior regulación, que en caso especial de ejercicio compartido de la custodia, se reconocerá, previa solicitud, la prestación mencionada en proporción al tiempo en que haya sido reconocida la custodia del hijo o menor. Siendo realmente esta circunstancia la única novedosa en esta materia.

Hay que hacer otra precisión: el precepto analizado finaliza su segundo apartado poniendo en evidencia que deben aplicarse las mismas reglas especificadas en los casos de ruptura de la unidad familiar, cuando en vez de disolverse el matrimonio, se trate de la disolución de una relación de afectividad análoga a la matrimonial. Una vez más se podría haber simplificado esta normativa, si se hubiese evitado la mención de la separación, nulidad o divorcio de los progenitores o acogedores, señalando directamente que en el supuesto de quiebra del núcleo familiar, con independencia del vínculo existente entre los cabezas de familia, se concedería la asignación a quien tuviese la custodia del hijo o menor.

Por último, hay que poner en evidencia una laguna de la norma: la imposibilidad de conceder la asignación por hijo a cargo a aquellos progenitores o acogedores que no tengan asignada la custodia, pero sí cumplan los requisitos de los límites económicos, siempre que el otro no pueda obtenerla por recibir rentas superiores a las marcadas legalmente. Si bien se está de acuerdo con beneficiar a quien tenga la custodia del hijo o menor, no obstante, cuando este sujeto cumpla las demás condiciones exigidas, no se entiende la razón para denegar esta protección al otro progenitor, siempre que el primero no pueda acceder a la asignación, y este último colabore en la manutención del hijo o menor. Si se continúa aportando recursos al núcleo familiar, aunque ya no se forma parte de él estrictamente, se mantiene la relación de dependencia económica entre padre e hijo, que en definitiva es lo que atiende la asignación familiar, de modo que la eliminación de la posibilidad de acceder a la protección no parece que sea el camino más adecuado para atender a las necesidades familiares¹⁵.

c) La igualación de derechos entre hijos naturales, adoptados y menores acogidos

En el Real Decreto 1335/2005 se amplía el campo subjetivo del derecho a las prestaciones familiares, puesto que junto a los progenitores, se reconoce también el acceso a los adoptantes y a los acogedores, en la línea que ya había inaugurado la Ley 52/2003. Respecto a este asunto, lo primero que hay que poner en evidencia es que no parece necesario que el legislador haga mención separada de los padres y de los adoptantes, dado que estos

(15) BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., *Las prestaciones familiares en el sistema de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 163 y 164.

últimos se convierten en progenitores una vez cumplidos los trámites de la adopción, de forma que ya quedan incluidos en la protección sin necesidad de referencia expresa¹⁶. De este modo, de acuerdo con el tenor del artículo 39 de la Constitución el acceso a las prestaciones familiares de padres naturales y adoptantes era ya idéntico. Por lo que la doble evocación de los adoptantes se estima superflua, puesto que desde la promulgación del texto constitucional se entiende eliminada toda regla que mantenga la diferencia entre los hijos por el origen de su filiación¹⁷.

Valoración distinta parece que merece la mención sobre la ampliación de la descripción del supuesto de hecho que da lugar a las prestaciones de pago único: Ahora se señala que los beneficios se concederán tanto por nacimiento como por adopción de un tercer o sucesivo hijo, así como en caso de parto o adopción múltiple. De acuerdo con el texto constitucional, esta cuestión parece que estaba superada. Sin embargo, al no mencionar expresamente estas circunstancias, era posible la denegación de la protección, que les llevase a tener que solicitar la ayuda por vía judicial. Por esta razón parece adecuado haber esclarecido que el hecho causante de estas prestaciones no sólo es el parto, sino igualmente la adopción. En definitiva, no se ha introducido ninguna novedad, pero se ha aclarado un punto que podía dar lugar a importantes conflictos.

De igual manera, se han equiparado como causantes los hijos y los acogidos en el acceso a la asignación por hijo a cargo, tal y como ya se había incluido en la LGSS por la Ley 52/2003¹⁸. Así, los progenitores y los acogedores tienen los mismos derechos de acceso a estas prestaciones familiares. En cada uno de los preceptos que se mencionan a los hijos, ahora se añade la concesión de idéntica protección a los menores acogidos. Esta igualdad debe ser valorada positivamente en cuanto a que un menor acogido provoca los mismos costes que un hijo y su relación obliga en igual medida a los progenitores y a los acogedores¹⁹. Respecto a la asignación no contributiva por hijo a cargo no se hace ninguna diferencia en la protección según las diferentes modalidades de acogimiento²⁰,

(16) La adopción es un medio de integración familiar no provisional y de carácter pleno, al que sólo se accede en virtud de resolución judicial, dando lugar a una filiación equiparable a la filiación por naturaleza. Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 119 y 120.

(17) De hecho, en este sentido la Ley de 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, introduce cambios radicales en la regulación acorde con el texto constitucional, suprimiendo las discriminaciones que subsistían por razón de la filiación. En concreto, se modifica el artículo 108 del Código Civil, que a partir de ese momento, declara que la filiación matrimonial, la no matrimonial y la adopción surten los mismos efectos. Así, la filiación se define como la relación jurídica entre padres e hijos, con independencia de que su origen se encuentre en un hecho natural o en una situación jurídica. Por lo tanto, junto a la filiación por naturaleza, se admite una "filiación artificial" creada por el ordenamiento jurídico con origen contractual: la adopción.

(18) El acogimiento es una situación previa, aunque no imprescindible, a la adopción. Se trata de una medida de carácter temporal y tiene como objetivo último la inserción en la propia familia.

(19) El acogimiento produce plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien le recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, que son exactamente las mismas obligaciones que desde la norma civil se le impone a los progenitores.

(20) De acuerdo con el artículo 173 del Código Civil, existen tres modalidades de acogimiento: el simple, de carácter temporal, donde continúa el vínculo con la familia originaria; el permanente y el preadoptivo, que se concede cuando la Entidad pública eleva la propuesta de adopción del menor o cuando, en un período anterior, fuese necesario establecer un tiempo de adaptación del menor a la familia.

de forma que habrá que entender que se concede el beneficio tanto en el caso de acogimiento simple, como permanente y preadoptivo²¹. No obstante, en la protección contributiva, se especifica que solamente se podrá disfrutar del beneficio en relación a las dos últimas variedades.

Aunque se podrían ofrecer justificaciones semejantes a las señaladas para asimilar el acceso a las prestaciones de pago único de los progenitores y los acogedores, puesto que estos últimos se enfrentan a gastos parejos, cuando inician su custodia, que los costes que se producen por un nacimiento o adopción. En este supuesto, la única razón válida para argumentar su denegación podría ser el rasgo de la temporalidad del acogimiento frente a la paternidad definitiva. Para superar este último alegato, hubiese bastado haber establecido una protección diferenciada según los grados de acogimiento. Si bien se está de acuerdo con denegar estos beneficios en el supuesto de acogimiento simple, sin embargo, no se puede mantener la misma postura en las otras dos modalidades (permanente y preadoptivo), dado que estas situaciones son antesala de la propia adopción. Hubiese sido más adecuado conceder la ayuda económica en estos dos últimos supuestos que cuando posteriormente se formaliza la adopción, dado que los gastos se realizarán realmente en ese momento inicial.

**RESPECTO
A LA ASIGNACIÓN
NO CONTRIBUTIVA
POR HIJO A CARGO
NO SE HACE NINGUNA
DIFERENCIA
EN LA PROTECCIÓN
SEGÚN LAS DISTINTAS
MODALIDADES
DE ACOGIMIENTO**

d) Principales novedades en la concesión de la modalidad contributiva de la asignación por hijo a cargo

En la modalidad contributiva de la prestación por hijo a cargo, se mantienen las novedades introducidas por la Ley 52/2003, que amplía los supuestos de excedencia que dan lugar al reconocimiento de períodos de cotización ficticios; ya no sólo se reconoce dicha protección cuando tenga su origen en el cuidado de los hijos, sino también cuando el sujeto de las atenciones sea un acogido en la modalidad permanente o preadoptiva. Del mismo modo, se ha añadido una mención especial a los hijos, determinando que causan la protección tanto los naturales como los adoptivos, referencia que, como se ha indicado, resulta superflua a tenor del artículo 39 de la Constitución.

(21) En todo caso, la norma incluye una valoración de los ingresos de los huérfanos de ambos progenitores o menores abandonados, que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, que no perjudica a quienes acojan a estos sujetos de forma simple, ya que sólo se computan a los efectos de acceder a las prestaciones familiares las rentas de los causantes de la protección. De este modo, incluso se puede concluir que la posición de los acogedores simples es más positiva puesto que, con independencia de sus recursos, podrán beneficiarse de las ayudas a los efectos de colaborar en su mantenimiento como representantes de los menores abandonados o huérfanos.

No obstante, el aspecto fundamental de las modificaciones introducidas por la Ley 52/2003 en esta modalidad contributiva, incluida en la norma de desarrollo por el Real Decreto 1335/2005 es la posibilidad de acceder al reconocimiento de períodos de cotización ficticios causados no sólo por la excedencia por cuidado de los hijos, sino igualmente por la de otros familiares. En concreto, el reglamento menciona que podrán ser causantes de esta protección los parientes hasta el segundo grado, esto es, los padres, abuelos, nietos y hermanos, tanto por consanguinidad como por afinidad. Siempre que la atención se encuentre justificada por razón de edad, accidente, enfermedad o discapacidad que provoquen que este sujeto no pueda valerse por sí mismo. A estas condiciones se añade una más: que no desempeñe actividad retribuida.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras había creado una nueva situación de excedencia junto a la ya existente de cuidado de hijos, se trataba de la causada por parientes hasta segundo grado. El hecho causante descrito es el mismo que se recoge en el Real Decreto 1335/2005, es decir, que las características que se exigen a los causantes de la excedencia son las mismas señaladas en el Estatuto de los Trabajadores cuando describe el presupuesto preciso para acceder a la suspensión del contrato de trabajo.

Cuando en 1999 se reconoce la excedencia por cuidado de familiares, se regula con derechos similares a la ya reconocida por atención de los hijos en el primer año, es decir, se conserva durante este período el derecho a conservar el puesto de trabajo y a que este tiempo compute a efectos de antigüedad, pero, sin embargo, no se causa el reconocimiento del período ficticio de cotización en el ámbito de la Seguridad Social.

La concesión de este derecho al trabajador no era completa sin el reconocimiento de dichos períodos de cotización ficticios, dado que uno de los elementos que podían hacer dudar al posible beneficiario sobre el disfrute de esta protección, además de la pérdida de su salario²², eran las lagunas de cotización provocadas por el tiempo que se dedicaba a la atención de sus familiares²³. Lo más adecuado hubiese sido regular esta prestación en el mismo momento que se reconoció la suspensión por cuidado de parientes y no dejar pasar más de cuatro años para igualar los derechos anejos a los otorgados en el supuesto de la suspensión por cuidado de hijos.

Fuera de esta cuestión, merece una especial mención el hecho de que el período reconocido de cotización ficticia es de una duración general de un año. Este lapso de tiempo se eleva cuando el menor que se cuida pertenece a un grupo familiar numeroso hasta 15 o

(22) Sin entrar a fondo en esta cuestión, es necesario reivindicar aquí la necesidad de conceder una prestación económica a los cuidadores familiares en compensación al salario perdido, con el fin de que su decisión de dedicarse a la atención directa de sus familiares dependientes no esté afectada por elementos ajenos. Dicho en otras palabras, con el reconocimiento de una ayuda en estas situaciones se conseguía realmente el objetivo de la conciliación de la vida familiar y laboral, puesto que habría una mayor independencia en su opción, que en la mayoría de los casos está sujeta a la posibilidad real de mantenerse económicamente, una vez se pierde el sueldo debido a la suspensión temporal de su contrato de trabajo.

(23) BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., "Incidencia de la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras en el ámbito de la Seguridad Social" en *Información Laboral*, núm. 16/2000, pág. 14.

La regulación de las prestaciones familiares

18 meses, respectivamente, según se trate de una familia numerosa de categoría general o especial²⁴. Esta medida se enmarca en una línea iniciada por la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas y que se continuó por la Ley 52/2003, que se enmarca en la apuesta normativa para mejorar la protección de la Seguridad Social concedida a estos núcleos familiares de acuerdo con su mayor carga familiar.

C) El cómputo de los ingresos recibidos a los efectos de acceder a las prestaciones familiares

Puesto que las prestaciones familiares son de naturaleza no contributiva, a excepción del cómputo ficticio de cotización en el supuesto de excedencia por cuidado de familiares, consecuentemente uno de los requisitos para acceder a ellas es la carencia de rentas suficientes para asumir los costes que provoca el mantenimiento de los hijos o acogidos. Así, la norma determina que para cada ejercicio económico se concretará en la Ley de presupuestos Generales el límite de recursos que no hay que superar para poder beneficiarse de la asignación por hijo a cargo y la prestación por nacimiento o adopción de tercer hijo o sucesivo. En este punto, hay que dejar a un lado la ayuda por parto o adopción múltiple, ya que este beneficio se concede con independencia de los ingresos de los beneficiarios, como ya se ha mencionado.

En este asunto, una de las cuestiones principales es la determinación de la forma de cómputo de estos ingresos a los efectos de establecer si se excede o no el límite de acceso a la protección señalado legalmente. La LGSS no especifica este particular, dado que parece más adecuado que sea la norma de desarrollo la que determine esta materia. De acuerdo con esta opción, el Real Decreto 135/2005 asume este objetivo más detalladamente que los anteriores decretos que ahora deroga, introduciendo ciertas novedades que a continuación se pasan a analizar.

En primer lugar, se mencionan qué ingresos se tienen en cuenta a los efectos de determinar si se supera el límite señalado para acceder a la protección, que serán los obtenidos en el ejercicio anterior a la solicitud. En concreto, se indica que se computarán los rendimientos originados por el trabajo, el capital, y los de naturaleza prestacional, añadiendo en esta nueva redacción, los causados por las actividades económicas. Podría interpretarse que hasta este momento los recursos obtenidos en este último concepto no se incluían en la suma de los recursos, sin embargo, esta deducción es incorrecta, ya que el propio artículo 182 LGSS señala que habrá que tener en cuenta todos los recursos de cualquier naturaleza. De esta afirmación se deduce la voluntad omnicomprendensiva de la norma de incluir todas las retribuciones de los posibles beneficiarios²⁵, y de forma que la normativa de desarrollo solamente se limita a listar qué rentas se pueden incluir en esta mención.

(24) Baste este ejemplo para traer a colación el incremento de los beneficios a las familias numerosas en el ámbito de la protección familiar en la Seguridad Social. Además de esta modificación, en el Real Decreto 1335/2005 se les ha incrementado el límite de renta demandado para acceder a las asignaciones familiares en el supuesto de familias merecedoras de esta calificación.

(25) FARGAS FERNÁNDEZ, J., *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, 2002, pág. 202.

La mayor novedad incluida en este campo son las reglas que se aplican en el cómputo de los ingresos, evitando la indeterminación que existía con anterioridad. En el Real Decreto 356/1991, donde se remitía el Real Decreto 1368/2000, sólo se señalaba que respecto a los bienes muebles e inmuebles se tenían en cuenta sus rendimientos efectivos, que en el caso de que no existiesen, se valorarían de acuerdo con la Ley sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, con excepción de la vivienda habitual. Por último, se indicaba que, en todo caso, no se estimarían a estos efectos las rentas obtenidas en concepto de asignación económica por hijo a cargo del sistema de la Seguridad Social.

La primera cuestión que se planteaba anteriormente a la redacción del Real Decreto 1335/2005 era la de si los ingresos debían computarse en su valor bruto o neto. La jurisprudencia no determinaba una solución única. Existían pronunciamientos a favor de ambas posibilidades, no obstante, la tendencia general era entender que había que estimarlos de forma bruta²⁶. El Real Decreto 1335/2005 resuelve la polémica en la línea seguida mayoritariamente por los tribunales, esto es, señala que los ingresos se estimarán de acuerdo con su valor bruto excepto los procedentes de actividades económicas realizadas por cuenta propia, que se valorarán netamente, sumando el importe de las cotizaciones sociales.

El hecho de computar los ingresos según su valor bruto merece una estimación negativa. Ya el límite de recursos establecidos por la norma para acceder a los beneficios familiares es desde cualquier punto de vista muy reducido, de modo que es de esperar que muchos progenitores/acogedores, que carezcan de recursos suficientes para mantener a los hijos o menores a cargo, no se benefician de la protección. Si a esto se añade que la valoración de las rentas de los posibles beneficiarios se estimará según su valor bruto, se puede deducir que el disfrute del beneficio se complica aún más. No hay que olvidar que los recursos reales de los que disponen los sujetos son los que quedan después de pagar sus impuestos, por lo que con esta opción se estaría ofreciendo una visión inadecuada del caudal con el que la familia realmente sobrevive y sostiene a sus descendientes o menores a cargo²⁷.

En cuanto a los rendimientos del capital mobiliario se indica que sólo se computarán los intereses u otra clase de rendimientos obtenidos por el beneficiario, pero no el capital en sí mismo. De esta forma, su valoración ya no se remite a la normativa fiscal, sino que la norma social determina exactamente cómo debe estimarse estos ingresos. Sin embargo, parece necesaria la consulta de la primera para determinar correctamente qué rentas deben incluirse en este apartado, lo cual se detalla en el Real Decreto estudiado.

Al contrario, el reglamento continúa remitiéndose para valorar los rendimientos de capital inmobiliario a la Ley que regula el Impuesto de las Renta de las Personas Físicas, esto es, el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo. No obstante, se hace una diferenciación

(26) A favor de computar los ingresos en su valor bruto, se pueden consultar las SSTs de 18 de febrero de 1994 (Ar. 2480), 6 de marzo de 1998 (Ar. 2370) y 10 de diciembre de 2002 (Ar. 2601).

(27) BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., *Las prestaciones familiares en el sistema de la Seguridad Social*, op. cit., pág. 215.

La regulación de las prestaciones familiares

en la norma según los bienes estén o no arrendados, que no se comprende bien, dado que posteriormente en ambos supuestos se reenvía para su valoración a la norma fiscal. De acuerdo con esta redacción, se entiende que hubiese bastado su remisión general, sin añadir ningún tipo de diferenciaciones, dado que ésta se determina ya en la normativa tributaria.

Por último, se hace referencia a las rentas que no deben computarse a la hora de determinar si los ingresos de un sujeto determinado exceden del límite establecido legalmente, remitiéndose a varios párrafos del artículo 7 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, TRLIRPF). Se trata de las prestaciones públicas extraordinarias por actos de terrorismo y las pensiones derivadas de medallas y condecoraciones concedidas por actos de terrorismo; las ayudas de cualquier clase percibidas por el virus de inmunodeficiencia humana; las pensiones reconocidas en favor de aquellas personas que sufrieron lesiones o mutilaciones con ocasión o como consecuencia de la Guerra Civil; las indemnizaciones recibidas como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales en la cuantía legal o judicialmente reconocida, así como las derivadas de contratos de seguros por accidente, con determinadas excepciones; las indemnizaciones por despido o cese en el trabajo señaladas legalmente, aunque sí se estimarán las establecidas por convenio, pacto o contrato; las prestaciones económicas percibidas de instituciones públicas con motivo de acogimiento de menores, personas con minusvalía, o mayores de 65 años, así como las concedidas para financiar estancias en residencias o centros de días, siempre que el resto de las rentas no exceda del doble del SMI; becas públicas y concedidas por entidades sin fines lucrativos; las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora, cuando se perciban en la modalidad de pago único, con ciertos límites económicos; las gratificaciones extraordinarias satisfechas por el Estado español por la participación en misiones internacionales de paz o humanitarias; las indemnizaciones satisfechas por las Administraciones Públicas por daños personales como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; las prestaciones percibidas por entierro o sepelio; las ayudas económicas contempladas en la Ley 14/2002, de 5 de junio, y, por último, las derivadas de la aplicación de los instrumentos de cobertura cuando cubran exclusivamente el riesgo de incremento del tipo de interés variable de los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual.

**LA MAYOR NOVEDAD
INCLUIDA EN EL CAMPO
DE LAS PRESTACIONES
FAMILIARES SON
LAS REGLAS
QUE SE APLICAN
EN EL CÓMPUTO DE
LOS INGRESOS, EVITANDO
LA INDETERMINACIÓN
QUE EXISTÍA
CON ANTERIORIDAD**

Mientras que en los supuestos señalados el Real Decreto se remite a unos párrafos específicos del artículo 7 del TRLIRPF, hay otras circunstancias, las cuales tampoco se computan como rentas, que sí se especifican en la norma. Así, tampoco se estimarán a los efectos del límite económico para acceder a la protección descrita las prestaciones familiares, ni el importe del complemento por tercera persona en los supuestos de pensiones de gran invalidez. Respecto a este último supuesto, destaca el hecho de que en el TRLIRPF se califique como renta exenta de tributación a la pensión de invalidez en su modalidad absoluta y gran invalidez, mientras que a los efectos del Real Decreto 1335/2005 sólo se excluyen los complementos anejos a la última.

En relación a las prestaciones familiares, la norma reglamentaria se remite al punto h) del artículo mencionado del TRLIRPF, señalando que quedarán exentas como rentas las prestaciones familiares que allí se mencionan. Concretamente en este párrafo se incluyen como rentas exentas “las prestaciones familiares por hijo a cargo reguladas en la LGSS, así como las demás prestaciones públicas por nacimiento, adopción e hijos a cargo, así como las pensiones y haberes pasivos de orfandad en los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas y demás prestaciones públicas por situación de orfandad”. Esta redacción puede interpretarse de dos formas diferentes: entendiéndose que la alusión concreta de las prestaciones familiares como rentas exentas, exceptúa como tales a las ayudas que se reciban en concepto de orfandad; o bien, interpretando que se mencionan en general las prestaciones familiares con el objeto de hacer un especial énfasis sobre esta cuestión, incluyendo como renta exenta a todas las mencionadas en el punto h). Dicho en otras palabras, en el primer caso se optaría por una noción estricta del término “prestación familiar” y en la segunda por una amplia²⁸.

De acuerdo con la utilización generalizada del término prestaciones familiares, parece que habrá que decantarse por la primera interpretación. Es decir, habrá que entender que “prestaciones familiares” sólo son las reguladas en la LGSS dentro del Título que lleva este nombre (la asignación por hijo a cargo, la prestación por nacimiento o adopción de tercer hijo o sucesivo y la prestación por parto o adopción múltiple). En este sentido se justifica la mención separada de esta cuestión de los demás puntos del artículo 7 del TRLIRPF, ya que aquí lo que se está haciendo es incluir solamente una parte de lo que la norma tributaria señala como renta exenta en el párrafo h). Además, hay que tener en cuenta que ésta era la línea seguida por el Real Decreto 356/1991 que señalaba la exclusión del cómputo de las cuantías recibidas en concepto de asignación por hijo a cargo. Expresado en otros términos, las prestaciones familiares en sentido estricto se excluirán del cómputo de los recursos de los posibles beneficiarios de la protección estudiada, mientras que las pensiones relacionadas con la orfandad sí se valorarán al efecto.

Si se entendiese que cuando el Real Decreto 1335/2005 menciona que las prestaciones familiares se consideran rentas exentas a los efectos de determinar el límite para acceder a la protección se deben comprender todas las alusiones que se contienen en el punto h)

(28) Sobre el concepto amplio y estricto del término “prestación familiar” puede consultarse, BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., *Las prestaciones familiares en el sistema de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 118 y ss.

del artículo 7 del TRLIRPF, se estaría abogando por una interpretación amplia del término en la que se incluyeran también a las pensiones de orfandad. Esta interpretación que puede parecer descabellada, por otra parte no parece del todo descartable si se tiene en cuenta que también se han incluido ciertas modificaciones de la pensión de orfandad en el Reglamento estudiado, tal y como se analizará más adelante. En este caso, el tratamiento diferenciado de esta exención respecto al resto vendría justificado por la intención de conceder un valor especial al hecho de no computar las rentas originadas por la propia protección familiar a la hora de su propia concesión. En cualquier caso, habría razones para mantener que en este supuesto hubiese sido bastante con mencionar el punto h) en el listado de remisiones a las rentas exentas del artículo 7 de la norma tributaria.

En definitiva, aquí se está haciendo referencia a las prestaciones familiares que reciba el beneficiario de la protección a la familia regulada en el Real Decreto 1335/2005 y no a las que perciba el causante, esto es, el hijo o menor acogido. De esta forma, excepto en el supuesto de incapacitación y de algunas ayudas de orfandad de ámbito reducido que aún se conceden a mayores de edad, en general será un presupuesto poco real en la práctica²⁹.

D) La compatibilidad de la asignación por hijo a cargo minusválido con la pensión de orfandad

En la Ley 52/2003 se estableció que la percepción de las asignaciones económicas por hijo o minusválido a cargo eran incompatibles con la pensión de orfandad concedida a los mayores de 18, incapacitados para todo trabajo. Así, en su caso, era preciso que el beneficiario optase por una de ellas. Dicha incompatibilidad produjo cierta alarma social entre los grupos que representan a los incapacitados que ponían en evidencia la desprotección que sufría este colectivo al tener que escoger uno de estos beneficios cuando, dada su baja cuantía, precisaba ambos para subsistir.

Con el objetivo de mantener el nivel de cobertura social de las personas discapacitadas, el Real Decreto 364/2004, de 5 de marzo, de mejora de las pensiones de orfandad a favor de familiares, estableció la posibilidad de completar la pensión de orfandad con la asignación por hijo a cargo, cuando se hubiese optado por la primera. Así, los huérfanos mayores de edad e incapacitados para todo trabajo percibirían en concepto de orfandad una cuantía compuesta por el importe de ésta, sumandos los complementos de mínimos que correspondiese en su caso, más el valor de la asignación por hijo a cargo mayor de 18 años según cada ejercicio económico.

El beneficiario que hubiese elegido la asignación por hijo a cargo mayor de 18 años y minusválido en vez de por la pensión de orfandad, siempre que los hechos causantes de ambas prestaciones se hubiesen producido con posterioridad al 1 de enero de 2004, podría efectuar nueva opción a favor de la pensión de orfandad con los efectos correspondientes

(29) Al margen de la interpretación que se elija respecto a la valoración de la pensión de orfandad que reciba el beneficiario en nombre propio, los ingresos provenientes de este beneficio y de la pensión a favor de familiares de los hijos a cargo no se computarán como ingresos cuando los reciban como representantes legales de éstos siempre que los descendientes convivan con un único progenitor o adoptante, debido al fallecimiento de uno de ellos o de la nulidad matrimonial, separación judicial o divorcio.

de acuerdo con la fecha del hecho causante. Es de imaginar que todos los sujetos que se encontrasen en estas circunstancias cambiaran su elección por la orfandad, dado que ésta es la única manera de obtener el importe de ambas prestaciones.

En definitiva, con esta regulación no se permitía la compatibilidad entre la asignación por hijo a cargo mayor de 18 años e incapacitado y la orfandad, pero se evitaba la desprotección de este colectivo. Se concede una sola de las prestaciones, pero si se elige la pensión de orfandad, la cuantía de ésta se completa con el importe de la asignación por hijo a cargo.

Pero, esta solución abigarrada no convenció lo suficiente. Asimismo un problema añadido consistía en que la última modificación sobre esta cuestión, regulada en una Ley, se había realizado por una norma de inferior rango: un Real Decreto. De modo que, posteriormente, la Ley 8/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el trabajo remunerado, derogó lo establecido con anterioridad, y reconoció la posibilidad de compatibilizar la pensión de orfandad y la asignación por hijo incapaz a cargo mayor de 18 años. En cualquier caso, la Exposición de Motivos de la norma señalada indicó acertadamente que con la derogación del Real Decreto 364/2004 no se incrementaba el coste de estas prestaciones, ya que la incompatibilidad ya no tenía ningún efecto práctico desde que este último se promulgó, pero que de esta forma se aportaba seguridad jurídica al supuesto, atendiendo a la demanda unánime de este colectivo.

En la línea descrita, ha regulado esta materia el Real Decreto 1335/2005. En sus artículos 29 y 30 reglamenta respectivamente la compatibilidad y la incompatibilidad de las prestaciones familiares entre sí y con otros beneficios sociales. Ya no se incluye la incompatibilidad con la pensión de orfandad, tal y como se manifestó en la Ley 8/2005, ni se mantiene el régimen establecido para complementar la cuantía de la pensión de orfandad con el importe de la asignación por hijo a cargo. En lo demás se mantiene el mismo régimen aplicable con anterioridad, aunque de forma más clara y aportando una mayor seguridad jurídica, ya que se establece de forma conjunta todas las posibilidades de compatibilidad e incompatibilidades, y se hace una mención especial a las posibilidades de opción que tiene el beneficiario cuando no puede disfrutar simultáneamente de una prestación familiar y otra de naturaleza igual o diferente.

E) Modificaciones introducidas por el Real Decreto 1335/2005 al margen de la regulación de las prestaciones familiares

Aunque, sin ánimo de exhaustividad, no se quiere finalizar este trabajo sin hacer una reflexión somera sobre algunas de las variaciones legislativas incluidas en el Real Decreto 1335/2005 al margen de la reglamentación de las prestaciones familiares. Precisamente, se quiere hacer hincapié en las modificaciones relacionadas con la tutela de la familia, es decir, de la pensión de orfandad y el subsidio por maternidad. Es curioso que tres de

las cuatro Disposiciones Finales, que introducen cambios normativos, se encuentren relacionadas con beneficios ubicados dentro del ámbito de la protección a la familia. De este modo, dejando al margen la Disposición Tercera, que reforma cuestiones relacionadas con el reconocimiento como cotizados de períodos de actividad sacerdotal o religiosa de sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia Católica Secularizada, las otras versan sobre dos tipos de protección vinculadas estrechamente con las relaciones familiares. En principio, esta cuestión debe valorarse como una mera casualidad legislativa, pero también podría interpretarse como un indicio legislativo de aunar la protección de la familia en las mismas normas y de empezar a conceder su protección de forma conjunta.

Al margen de esta cuestión, es interesante apuntar las modificaciones incluidas en la pensión de orfandad. En la Disposición Final Primera se reforman las causas de extinción del beneficio. En primer lugar, se incluye el supuesto de adopción. Este cambio parece adecuado en cuanto a que si en general un sujeto que es adoptado pierde toda relación con su familia de origen, dado que su nuevo núcleo familiar es quien asume su sostenimiento y educación, en el mismo sentido, un huérfano que precisaba una pensión de orfandad para sobrevivir después del fallecimiento de su progenitor, perderá dicha necesidad cuando el adoptante se comprometa a su mantenimiento.

Otra causa de extinción modificada es la de contraer matrimonio. Si bien ya estaba incluida con anterioridad, ahora es matizada, señalando que se mantendrá el derecho cuando el huérfano estuviese afectado por una reducción de su capacidad para el trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente, absoluta o gran invalidez. De nuevo hay que valorar positivamente el cambio introducido por el Real Decreto 1335/2005. De hecho, en ocasiones se había conservado la protección cuando el huérfano minusválido era abandonado o se divorciaba de su cónyuge³⁰. Se trataba de asegurar un medio de vida a estos sujetos, que no siempre se garantizaba con la unión matrimonial. En esta línea, esta reforma busca garantizar un modo de subsistencia para aquellos huérfanos que no pueden encontrarlo por sí mismos, dejando al margen las variaciones que puedan sufrir sus relaciones personales.

**SE QUIERE
HACER HINCAPIÉ
EN LAS MODIFICACIONES
RELACIONADAS
CON LA TUTELA
DE LA FAMILIA, ES DECIR,
CON LA PENSIÓN DE
ORFANDAD Y EL SUBSIDIO
POR MATERNIDAD**

(30) STSJ de Castilla y León (Burgos) de 31 de diciembre de 1993 (As. 5191); STSJ de Galicia de 4 de mayo de 1995 (As. 1891) y STSJ de Santa Cruz de Tenerife de 27 de junio de 1996 (As. 1705).

La Disposición Final Segunda incluye una nueva causa de incompatibilidad entre prestaciones de supervivencia relacionada con la reforma descrita en los párrafos anteriores. Como ahora es posible mantener la pensión de orfandad en caso de incapacidad, aunque se contraiga matrimonio, se señala que, en todo caso, si el huérfano quedase posteriormente viudo, no podrá compatibilizar este beneficio con la pensión de viudedad que causase su cónyuge. Así, en este supuesto deberá optar por una de ellas. De nuevo, se entiende que la lógica empleada es correcta. Si con la primera modificación se buscaba atender el estado de necesidad del huérfano que no puede obtener medios de subsistencia propios de otro modo, como la pensión de viudedad persigue idéntico objetivo, parece adecuado que solamente se le mantenga una de ellas. No deben concederse dos beneficios con idéntica finalidad en el marco del mismo grupo de prestaciones (las de supervivencia).

Por último, se incluye una pequeña modificación en el subsidio por maternidad, que consiste en la posibilidad de reconocer al otro progenitor la posibilidad de acceder al beneficio en el caso de fallecimiento de la madre durante o con posterioridad al parto por todo el período de descanso, o por la parte que quede por disfrutar, siempre que acredite los requisitos exigidos. La novedad en este punto es que el disfrute se concederá incluso en el supuesto de que la madre no hubiese estado incluida en el ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social.

Desde la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral, se reconoce la posibilidad de que la madre ceda al padre parte del disfrute de la prestación por maternidad, hasta 10 semanas en caso de parto y hasta 16 en el supuesto de adopción. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad de la parte que quede del período de suspensión, que hubiese generado la madre, siempre que cumpla con las condiciones establecidas legalmente.

Sin embargo, a partir de la Resolución de 21 de abril de 2004 se amplía la posibilidad de disfrute del subsidio de maternidad, concediendo la posibilidad de que el padre, que cumpla con los requisitos establecidos por la norma, pueda disfrutar de este beneficio cuando fallezca la madre, con independencia de que ésta hubiese generado el derecho en el sistema de la Seguridad Social³¹. Esta mejora se incluye de acuerdo con dos objetivos básicos de la protección de la Seguridad Social: la atención del menor y el fomento de la participación del padre en el cuidado del hijo, tal y como señala la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral. En definitiva, la labor de Real Decreto 1335/2005 consiste en incluir en la legislación lo que ya se estaba aplicando en la práctica desde que se dictó la Resolución mencionada.

(31) Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 21 de abril de 2004 sobre acceso a la prestación por maternidad por el padre en el supuesto de fallecimiento de la madre.

Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo

MARTA NAVAS-PAREJO ALONSO

Becaria FPI de la Comunidad de Madrid
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo

La llamada culpa de la víctima es una materia fundamental en las resoluciones sobre responsabilidad civil por accidente de trabajo. En este artículo se perfila en qué condiciones el comportamiento del trabajador es susceptible de atenuar la responsabilidad empresarial. Para ello, se comienza por analizar el concepto de conducta del trabajador, donde la culpa es un elemento de incidencia relevante. A partir de aquí se estudian los criterios de ponderación de los distintos comporta-

mientos intervinientes en la producción del daño. Así pues, aspectos como la imputación objetiva, gravedad de la culpa, el elemento temporal o la imprudencia profesional, constituyen una guía de valoración de la conducta culpable del trabajador. Todos estos parámetros permitirán elaborar un modelo que establezca en qué medida este comportamiento culpable puede disminuir o compensar las consecuencias de la responsabilidad civil del empresario.

Abstract

Victims' guilt and managerial responsibility for work accident

The so called victim's guilt it is a fundamental matter in the resolutions about civil responsibility for work accident. In this article it is outlined in what conditions the

worker's behaviour is able of attenuating the managerial responsibility. For it, it is started by analyzing the concept of worker's behaviour, where the guilt is an element of an outstanding

incidence. Starting from here the criteria of balancing of the different behaviours that operate on the production of the damage are studied. Therefore, aspects like the objective imputation, the seriousness of the guilt, the temporary element or the professional

imprudence, constitute a guide of valuation of the worker's guilty behaviour. All these parameters will allow to elaborate a model that settles down in what measure this guilty behaviour can diminish or compensate the consequences of manager's civil responsibility.

Sumario:

I. Introducción. II. La culpa de la víctima como elemento de exoneración de la responsabilidad empresarial. A) Naturaleza de la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo y papel de la culpabilidad. a) La naturaleza de la responsabilidad civil por accidente de trabajo. b) La culpabilidad como requisito subjetivo de imputación y su irrelevancia como requisito formal a efectos del análisis de la culpa de la víctima. c) La relevancia de la culpabilidad en su sentido material: concepto y graduación de la culpabilidad empresarial. B) La culpa de la víctima como elemento de exoneración. **III. Culpa de la víctima como concepto impropio: la conducta del trabajador y su responsabilidad.** A) Culpa de la víctima frente a responsabilidad por incumplimiento del deber de autoprotección. B) Culpa y hecho de la víctima: la conducta de la víctima. **IV. Criterios de valoración del alcance de la conducta de la víctima: la aparición de elementos externos a la culpa.** A) La imputación objetiva. B) La gravedad de la culpa: el estándar de diligencia del trabajador y su dependencia del cumplimiento del empresario. C) El elemento temporal: por el momento en que se produce la culpa de la víctima en relación a la del empresario. a) Situaciones de asimetría temporal. a') Culpa de la víctima anterior a la del empresario. b') Culpa de la víctima posterior a la del empresario. b) Situaciones de simetría temporal. D) La profesionalidad de la imprudencia. E) Otras circunstancias a valorar: la importancia del fundamento legal de la moderación de la responsabilidad. **V. Incidencia de la culpa de la víctima en la atribución de responsabilidad empresarial.** A) Efectos de la concurrencia de culpas: la compensación y graduación de la responsabilidad dependiendo del alcance de la culpa. a) La exoneración de responsabilidad del empresario. b) El mantenimiento de la responsabilidad empresarial. B) El papel de la imprudencia profesional y la imprudencia temeraria. **VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.**

I. INTRODUCCIÓN

En el terreno de la Prevención de Riesgos Laborales y, más concretamente, en el de la responsabilidad empresarial en materia de accidentes de trabajo, la influencia del comportamiento del trabajador en la atribución de esta responsabilidad plantea una serie de problemas, para cuyo estudio es necesario acotar el ámbito objetivo y subjetivo de análisis. En cuanto al primero, se encuentra delimitado por el hecho generador de responsabilidad y el concreto tipo de responsabilidad; de forma que se centrará la atención en el supuesto concreto de los accidentes de trabajo, de acuerdo con la definición contenida en el artículo 115 LGSS¹, y en la responsabilidad civil que de ellos puede derivarse. Ambos elementos son esenciales, pues hay que tener en cuenta que no todo accidente de trabajo es susceptible de generar responsabilidad civil, como es el caso del accidente *in itinere*² y, a la inversa, no siempre es necesario un accidente de trabajo para que se genere responsabilidad civil empresarial, como es el caso de los accidentes sufridos por trabajadores autónomos en el transcurso de su prestación de servicios³. En lo que hace al ámbito subjetivo, deberá tenerse en cuenta tanto la figura del empresario como la de la víctima del siniestro. No obstante, aquí se considerará únicamente el empresario como figura unipersonal y sin entrar a valorar las situaciones de pluralidad empresarial, como pueden ser los casos de contratas, ETT o grupos de empresa. Por otra parte, la atención se centrará en la figura de la víctima como sujeto pasivo del accidente de trabajo, obviándose el papel del perjudicado, sujeto activo o acreedor de la responsabilidad, si bien ambas figuras pueden coincidir⁴.

**EN MATERIA DE
ACCIDENTES DE TRABAJO
LA INFLUENCIA
DEL COMPORTAMIENTO
DEL TRABAJADOR
EN LA ATRIBUCIÓN
DE LA RESPONSABILIDAD
EMPRESARIAL PLANTEA
UNA SERIE DE PROBLEMAS**

II. LA CULPA DE LA VÍCTIMA COMO ELEMENTO DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

Puesto que se ha partido de la afirmación de que la culpa de la víctima tiene importancia en cuanto a la atribución de responsabilidad empresarial por accidente de trabajo, es necesario

(1) RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 29 de junio).

(2) Sin embargo, existen excepciones, como es el caso de que el empresario haya puesto a disposición de los trabajadores un medio de transporte que no cumpla las preceptivas inspecciones técnicas (LUQUE PARRA, M.: *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, CES, Madrid, 2002, pág. 47).

(3) LUQUE PARRA, M.: *La responsabilidad civil...*, CES, Madrid, 2002, pág. 48.

(4) GIL SUÁREZ, L.: "Responsabilidad civil o patrimonial derivada de accidente de trabajo: clases, elementos subjetivos y jurisdicción competente", en *Actualidad Laboral*, 10/2005, págs. 1132-1133.

comenzar por fijar los caracteres de la responsabilidad civil empresarial en esta materia; y, en especial, los de uno de sus elementos esenciales: la culpa del empresario. A partir de ahí podrá establecerse qué es la culpa de la víctima y cuándo es relevante en relación con la responsabilidad empresarial.

A) Naturaleza de la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo y papel de la culpabilidad

Una de las discusiones más controvertidas, tanto en términos doctrinales como jurisprudenciales, es la referida a la naturaleza de la responsabilidad civil por accidentes de trabajo. Su trascendencia reside en que de esa calificación dependerán cuestiones como la de la compatibilidad entre las indemnizaciones o percepciones provenientes de la Seguridad Social y la responsabilidad civil; aspectos procesales como el de la carga prueba, la jurisdicción competente o el plazo de prescripción; y la necesidad o no de existencia de culpa como requisito fundamental para la exigencia de responsabilidad. Sin embargo, lo que aquí se pretende es establecer si el tipo de responsabilidad influye en el papel de la culpa de la víctima y, en caso de que así sea, cómo lo hace.

a) La naturaleza de la responsabilidad civil por accidente de trabajo

Como se sabe, en sede civil existen dos tipos básicos de responsabilidad: la contractual, que supone la trasgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato (y cuya regulación se encuentra en el artículo 1101 CC⁵), o la extracontractual, que responde a la idea de la producción de un daño a una persona por haber transgredido el genérico deber de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás (regulada en el artículo 1902 CC). Ante el problema de determinar la naturaleza de la responsabilidad que se desencadena en los casos de accidente de trabajo, la doctrina entiende que, en realidad, constituyen instituciones paralelas y con fronteras difusas⁶, ya que ambas están constituidas por una serie de elementos comunes, como son⁷: la existencia de un daño; una conducta antijurídica cuyo alcance dependerá del tipo de responsabilidad; una relación de causalidad entre los dos elementos anteriores; un criterio de imputación subjetiva. En el análisis de la naturaleza de la responsabilidad los elementos que resultan determinantes son los tres primeros. Se parte, por tanto, de la existencia de un daño y, puesto que se está en el ámbito de los accidentes de trabajo, esto exige la existencia de un primer nexo de causalidad entre la lesión producida y el trabajo. Pero, además, debe producirse un segundo nexo causal⁸, entre la conducta antijurídica y la lesión y que es el único que interesa a efectos de la responsabilidad civil. Esta relación de causalidad puede ser estable-

(5) Código Civil (RD de 24 de julio de 1889).

(6) GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Las responsabilidades y sanciones en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", en AAVV: *La seguridad y salud en el trabajo en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1997, pág. 167.

(7) GIL SUÁREZ, L.: "Responsabilidad civil o patrimonial derivada de accidente de trabajo: clases, elementos subjetivos y jurisdicción competente", en *Actualidad Laboral*, 10/2005, pág. 1132.

(8) Por este motivo puede hablarse de la existencia de un doble nexo causal (LUQUE PARRA, M.: *La responsabilidad civil del empresario en materia...*, pág. 59).

Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo

cida de dos formas: causalidad jurídica y material. Partiendo del hecho de que ambas son diferentes, la segunda es la que interesa a estos efectos⁹, existiendo diversas teorías para su determinación¹⁰.

Hasta aquí todo son similitudes. La principal diferencia, pues, entre los dos tipos de responsabilidad reside en la existencia de una relación contractual¹¹ en cuyo marco se produce la lesión, y en que el incumplimiento en cuestión se produzca en la órbita de lo pactado¹². En cuanto al accidente de trabajo, se exige una relación de causalidad entre la lesión y el trabajo; lo que, por lo general, debería conllevar la existencia de un contrato de trabajo. Lo anterior, unido a que sea acuerdo prácticamente unánime el que el deber de velar por la seguridad y salud del trabajador¹³ es condición esencial del contrato de trabajo¹⁴, y a la existencia de una relación de dependencia entre el trabajador y el empresario, lleva a la afirmación de que la conducta antijurídica empresarial¹⁵ pertenece, asimismo, a las de tipo contractual. Las mayores dudas se plantean, en todo caso, en relación con el deber genérico de protección eficaz del trabajador recogido en el artículo 14.2 LPRL¹⁶. De acuerdo con la doctrina civilista, este deber se sitúa en el marco del artículo 1902 CC., deber genérico de no dañar a nadie, por lo que su infracción sería constitutiva de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, tanto el carácter de la LPRL¹⁷, como el singular vínculo obligacional que supone la relación laboral, permiten afirmar que esta previsión y la responsabilidad derivada de ella es también de carácter contractual pues “el carácter permanentemente dinámico de esta obligación, que se asienta sobre una evaluación de riesgos constante, obliga a incluir en su objeto también todos los comportamientos empresariales necesarios para la evitación de los daños o el mero riesgo incontrolado”¹⁸.

(9) LUQUE PARRA, M.: *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, CES, Madrid, 2002, pág. 60.

(10) Entre estas teorías destacan la de la equivalencia de condiciones y la de la causalidad adecuada. Esta última es la adoptada por el Tribunal Supremo, de acuerdo con la cual se seleccionan las causas del daño desde una base lógica y no cronológica, esto es, a partir de un criterio de previsibilidad o de probabilidad objetiva (LUQUE PARRA, M.: *La responsabilidad civil del empresario en materia...*, pág. 6.

(11) Aunque hay sectores doctrinales que consideran, incluso, que basta con la existencia de una previa relación jurídica entre ambos, haya o no contrato [CALVO GALLEGO, FJ.: “Responsabilidad civil y orden jurisdiccional competente: ¿el final de una prolongada discusión?. Comentario a las SSTs de 11 de febrero (RJ 2000, 673), 6 (RJ 2000, 3104) y 26 de mayo de 2000 (3497)”, en *Aranzadi Social*, núm. 13/2000, pág. 5].

(12) DESDENTADO BONETE, A.: “Responsabilidad contractual por accidente de trabajo”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 2, 1998, pág. 91.

(13) Recogido en los artículos 40.2 CE, 4.2.d) ET y 15 y concordantes de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, (Ley 31/1995, de 8 de noviembre) así como el RSP (Reglamento de los servicios de prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero).

(14) Pues los deberes y derechos que constituyen este contenido no sólo nacen del concierto de voluntades entre las partes, ya que el artículo 3 ET enuncia las fuentes de la relación laboral, estableciendo que los derechos y obligaciones se regulan por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, entre otras (SANFULGENCIO GUTIERREZ, J.A.: “La responsabilidad civil empresarial por los daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo: una aproximación a los criterios judiciales imperantes y reflexiones en pro de una urgente reforma procedimental”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004, pág. 329, citando Autos de la Sala de Conflictos de Competencia de 23 de diciembre de 1993 (Ar. 10131), 4 de abril de 1994 (Ar. 3196 y 3197) y de 10 de junio de 1996 (Ar. 9676)).

(15) Es necesario señalar que no toda conducta antijurídica conlleva de forma automática la atribución de responsabilidad pues es necesario que concurren los demás elementos señalados.

(16) LUQUE PARRA, M.: *La responsabilidad civil...*, pág. 202.

(17) Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE de 10 de noviembre).

(18) CALVO GALLEGO, FJ.: “Responsabilidad civil y orden jurisdiccional...”, pág. 10.

Integrarían, pues, la responsabilidad extracontractual únicamente los supuestos que no puedan relacionarse con el contrato de trabajo o, incluso, con la figura del empresario¹⁹.

En definitiva, puede afirmarse que, en los casos de accidente de trabajo, la responsabilidad que se sustancia será de naturaleza contractual. La fijación de esta naturaleza es necesaria pues, según nos situemos en un marco u otro, prevalecerá una interpretación diferente del requisito de imputación subjetiva o la culpabilidad. De este modo, en el caso de la responsabilidad extracontractual, prevalece una tendencia moderna, apoyada por el Tribunal Supremo²⁰ que, debido al incremento de la siniestralidad y de la peligrosidad de las actividades laborales, ha ido objetivando progresivamente la responsabilidad, exigiendo al empresario un nivel de diligencia reforzado²¹; en el marco de una responsabilidad contractual, en cambio, existe un menor grado de acuerdo. En todo caso, el Tribunal Supremo, como se verá, aboga por un sentido tradicional de la culpa.

b) La culpabilidad como requisito subjetivo de imputación y su irrelevancia como requisito formal a efectos del análisis de la culpa de la víctima

El segundo paso dentro de este proceso de identificación del tipo de responsabilidad es el estudio del último de sus elementos: la culpabilidad. Del papel que se otorgue a la misma dependerá la configuración de la responsabilidad como objetiva o por culpa. En el caso de la responsabilidad contractual, su régimen jurídico no resulta tan pacífico como en el de la extracontractual²², pues existe un menor grado de acuerdo sobre el carác-

(19) Como dice la STS de 10 de diciembre de 1998 (Ar. 10501): en el derecho laboral, al estar en presencia de una deuda de seguridad del patrono “es difícil imaginar supuestos en los que el empresario, en una misma actuación, viola el deber de garantía que entraña la culpa contractual y al mismo tiempo incurra en supuestos de la extracontractual, incardinados en ese marco laboral” (SANFULGENCIO GUTIÉRREZ, J.A.: “La responsabilidad civil empresarial por los daños y perjuicios derivados...” pág. 329).

(20) SSTS de 24 de enero de 1986 (RJ 1986\329); 26 de junio de 1987 (RJ 1987\9966); 8 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8534); 25 de febrero de 1992 (RJ 1992\1554); 7 de marzo de 1994 (RJ 1994\2197); 7 de abril de 1995 (RJ 1995\2985), 21 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8896) y 5 de diciembre de 1995 (RJ 1995\9259); 30 de septiembre de 1997 (RJ 1997\6853) y 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8972); 21 de mayo de 1998 (RJ 1998\3800), 8 de junio de 1998 (RJ 1998\4278), 18 de noviembre de 1998 (RJ 1998\9692), 21 de noviembre de 1998 (RJ 1998\8817), 3 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9614) y 10 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10501), y 18 de mayo de 1999 (RJ 1999\4112).

(21) Hasta el punto de reconfigurarla de acuerdo con los siguientes caracteres: inversión de la carga de la prueba, salvo cuando hay culpa de la víctima constatada; expansión de la apreciación de la prueba, esto es, cuando no se prueba con exactitud la causa del daño, es el agente el que debe probar su propia diligencia; la diligencia no se agota con el cumplimiento de la normativa y disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías de prevención y evitación de los daños; puede dar lugar a responsabilidad extracontractual un acto ilícito o también uno lícito cuando el agente no se asegura diligentemente del alcance y consecuencias de sus actos; exigencia al agente, no de una diligencia simple sino una más rigurosa; por último, la responsabilidad se concretará en la imposición de una indemnización que debe resarcir el daño íntegro, con lo cual la cuantía de la misma no dependerá del grado de culpabilidad del empresario, aunque sí puede estar sujeto a moderación por parte de los tribunales; Además, para que se produzca la exención es necesario que el daño sea imprevisible e inevitable. (SANFULGENCIO GUTIÉRREZ, J.A.: “La responsabilidad civil empresarial...” págs. 339-340; CEBRIÁN DOMÍNGUEZ, E.: “Responsabilidad extracontractual derivada de los accidentes de trabajo: puntos críticos”, en *Actualidad Laboral*, núm. IV, 1999, pág. 13; DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 120; CASADO DÍAZ, S.: “Accidentes de Trabajo: cúmulo de responsabilidades y competencia jurisdiccional”, en *Aranzadi Civil*, 2000, v. I, pág. 187.)

(22) Sin embargo, existen opiniones doctrinales, fundadas en jurisprudencia reciente, que apuntan una cierta recuperación del papel de la culpabilidad del empresario, interpretándola como un plus de exigencia sobre la objetivación, más propia del marco de la Seguridad Social. Por lo tanto, se trata de una cuestión abierta [MARÍN CASTÁN, F.: “Jurisprudencia civil sobre accidentes de trabajo”, en *II Jornadas nacionales sobre Responsabilidad Civil*, celebrado en Universidad de Alicante, 13 de enero

ter que se otorgue a la culpabilidad. Suele diferenciarse entre responsabilidad objetiva, cuasiobjetiva y responsabilidad por culpa. Sin embargo, por evitar los problemas de las situaciones intermedias se diferenciará directamente entre los extremos. La responsabilidad objetiva tiene como base la creación del riesgo por parte del empresario y el disfrute de los beneficios que de ello se derivan. Afirma que toda actividad que crea para los demás un riesgo especial hace al autor de tal actividad responsable del daño que en el marco de ese riesgo se pueda causar, sin que haya que buscar si ha existido o no culpa por su parte²³. Ello tiene una serie de consecuencias como son²⁴: inversión de carga a prueba; irrelevancia de la culpa por parte del empresario y, por tanto, de la diligencia mostrada, y se responde únicamente por los riesgos previsibles, lo cual conlleva la exoneración en situaciones de caso fortuito, fuerza mayor o culpa de la víctima.

Como argumentos en contra de esta teoría, se encuentran: la inadecuación de este tipo de responsabilidad al existir ya una responsabilidad de tipo objetivo como es la de Seguridad Social; la imposibilidad, en el sistema legislativo actual, de una imputación de responsabilidad sin tener en cuenta la culpa²⁵; los efectos de desincentivación de la prevención por parte del empresario²⁶, a pesar de no ser objetivo primordial y directo de la responsabilidad civil. Por todos estos motivos, se ha producido una extensa labor doctrinal acerca del carácter de la culpabilidad existiendo multitud de posiciones: desde los que opinan que se trata de un sistema de culpa en su sentido más tradicional, tesis seguida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que extrema la exigencia de culpa y no admite la inversión de la carga de la prueba²⁷, hasta aquellos que hablan de una responsabilidad cuasiobjetiva.

**LA RESPONSABILIDAD
OBJETIVA TIENE COMO
BASE LA CREACIÓN DEL
RIESGO POR PARTE DEL
EMPRESARIO
Y EL DISFRUTE
DE LOS BENEFICIOS
QUE DE ELLO SE DERIVAN**

de 2006 y SSTs de 18 de octubre de 2005; 15 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7632); 14 de noviembre de 2005 (STS núm. 851/2005)].

(23) Por tanto, se apoya en una idea de justicia (DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 108).

(24) ÁNGEL YAGÜEZ, R. de: *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 55 y ss.

(25) "Por ser un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico que impide condenar a quien prueba que actuó con la debida y exigible diligencia" (SANFULGENCIO GUTIÉRREZ, J.A.: "La responsabilidad civil...", pág. 341).

(26) DESDENTADO BONETE, A.; PUEBLA PINILLA, A. de la: "Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones", en GONZALO GONZÁLEZ, B.; NOGUEIRA GUSTAVINO, M. (dirs.): *Cien Años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pág. 650.

(27) Se exige una culpa muy grave que traspase los límites de responsabilidad protegida por la legislación laboral, por tratarse de un plus indemnizatorio (BUENDÍA JIMÉNEZ, J.A.: "Algunas reflexiones acerca de la responsabilidad empresarial por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Murcia de 23 de enero de 2001, en *Aranzadi Social*, 2001, v. I, Parte Presentación, pág. 3307).

Así pues, hay quienes apoyan la vuelta a un sistema de responsabilidad por culpa en sentido tradicional²⁸. Otros, ubicándose en la misma posición, matizan, objetivando la responsabilidad en los casos de empresas con actividades de riesgo. En este caso, además, se considera que al partir de una responsabilidad contractual y de una relación de subordinación del trabajador respecto al empresario, el primero sólo tiene que probar la existencia de la relación contractual²⁹, invirtiéndose la carga de la prueba³⁰. Existen también autores que consideran que la diferencia entre responsabilidad por culpa y por riesgo reside en el ámbito funcional de cada una³¹. Por último, el Tribunal Supremo mantiene la tesis según la cual para la exigencia de responsabilidad civil al empresario es necesario un plus de culpabilidad, pues ya existe otra responsabilidad de tipo objetivo como es la de Seguridad Social³². De este modo, aboga por³³: mantener el orden de la carga probatoria; exigir un plus de culpabilidad, y establecer un canon de diligencia residual del empresario normal y razonable³⁴. Tesis que ha sido criticada por ser excesivamente rigurosa para el estado de la sociedad actual y el alto grado de siniestralidad al que se enfrenta³⁵.

En definitiva, las alternativas interpretativas del requisito de culpabilidad son muy variadas. Por ello, es necesario plantearse si realmente la adopción de una u otra postura es relevante a efectos del papel que desempeñará la culpa de la víctima. Ya se anticipa que aquí se adoptará la posición según la cual la responsabilidad civil del empresario en materia de accidente de trabajo es por culpa, en contraposición a las teorías del riesgo. Pero no se va a concretar qué tipo o grado de culpabilidad es exigido, pues es innecesario. La cuestión central reside en la consideración del elemento de la culpabilidad en dos sentidos³⁶: en un sentido formal, como requisito necesario para la existencia de responsabilidad; en un

(28) MERCADER UGUINA, J. R.: *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y derecho de daños*, La Ley, Madrid, 2001, págs. 129 y ss.

(29) DESDENTADO BONETE, A.: "Responsabilidad contractual por accidente de trabajo", en *Revista de Derecho Social*, núm. 2, 1998, pág. 95.

(30) LUQUE PARRA, M.: "La responsabilidad civil del empresario...", pág. 205. En otro sentido, ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: "Responsabilidad contractual por accidente de trabajo" en *Revista de Derecho Social*, núm. 2, 1998, pág. 95, que considera que, por el mero hecho de tratarse de una responsabilidad contractual, la carga de la prueba pesa sobre el empresario, sin necesidad de tener en cuenta esa posición de dependencia.

(31) La primera tendría su origen en un riesgo ilícito, esto es, en la existencia de una conducta antijurídica y culpable del empresario, y la segunda en uno lícito, esto es, por el desarrollo de la actividad. En todo caso, el alto grado de exigencia de los deberes de seguridad y salud convierten en más habitual el de la culpa (GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: "Protección por accidentes de trabajo de la Seguridad Social y responsabilidad civil por riesgo", en *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004, pág. 367).

(32) BUENDÍA JIMÉNEZ, J.A.: "Algunas reflexiones acerca de la responsabilidad empresarial por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo. Sentencia del juzgado de lo Social núm. 2 de Murcia de 23 de enero de 2001" en *Aranzadi Social*, 2001, v. I, Parte Presentación, pág. 3307.

(33) STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2000 (JUR 2001\43360); BUENDÍA JIMÉNEZ, J.A.: "Algunas reflexiones...", pág. 3307.

(34) SANFULGENCIO GUTIÉRREZ, J.A.: "La responsabilidad civil...", págs. 341-342.

(35) BUENDÍA JIMÉNEZ, J.A.: "Algunas reflexiones acerca...", págs. 3307 y ss.

(36) En este sentido, SOLÉ FELIÚ, J.: "La concurrencia...", pág. 882, que establece la diferencia entre la necesidad de la mera existencia de ciertos elementos como la causalidad o la culpa como presupuestos de la relevancia del comportamiento de la víctima y su valoración para determinar el grado de incidencia.

Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo

sentido material, como criterio de valoración de la conducta a efectos de establecimiento de la indemnización final.

En el análisis del papel de la culpa de la víctima, necesariamente se ha de partir de la existencia de un empresario con una culpabilidad suficiente como para ser imputable a efectos de responsabilidad. Si no es así, la culpa de la víctima no tendrá relevancia, pues no existirá responsabilidad empresarial. Por tanto, los efectos de aquélla se trasladan a un momento posterior, el del sentido material de la culpa. De este modo, el grado de culpabilidad del empresario únicamente será relevante en su sentido material, esto es, a la hora de compararlo con el de la víctima y, a partir de ahí, establecer el monto de la indemnización. Es más, incluso en los supuestos de responsabilidad por riesgo, ya sea contractual o extracontractual, la culpa de la víctima constituye un factor de exoneración de responsabilidad empresarial³⁷. De esta forma, la única diferencia, en todo caso, podría encontrarse en la habitualidad con que, en sede judicial, se atribuya una mayor o menor cuota indemnizatoria para cada sujeto³⁸.

c) La relevancia de la culpabilidad en su sentido material: concepto y graduación de la culpabilidad empresarial

A partir de lo anterior, se afirma que el grado de culpabilidad exigido al empresario es, en lo que hace al problema de la culpa de la víctima, sólo relevante en cuanto a su sentido material. En el ámbito de la responsabilidad por culpa, ésta presenta dos posibles graduaciones: dolo o imprudencia. Ambas tienen en común el elemento de la intencionalidad. En el caso del dolo, se manifiesta como la acción u omisión intencionada con voluntad de producir un daño³⁹. Se trata de un concepto relativamente claro, por lo que la atención se dirigirá a la segunda de ellas: la culpa o imprudencia, donde existe un resultado previsible, pero no deseado, y pese a lo cual se lleva a cabo la conducta⁴⁰.

El principal problema que plantea la culpa es determinar cuándo existe la misma. De acuerdo con el artículo 1104 CC, la culpa del empresario puede definirse como “la omisión de la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. A esto hay que unirle el elemento de la previsibilidad, que actúa a modo de límite de atribución de responsabilidad⁴¹ y se deriva de los artículos 1105 y 1107 CC. Por tanto, se exige al empresario agotar la diligencia dentro de unos límites de previsibilidad e intencionalidad. A partir de ahí se podrá gra-

(37) Aunque aquí, el efecto exonerador de la culpa de la víctima no se debe tanto a una concurrencia de culpas, pues el agente del daño responde aun sin culpa, sino a una concurrencia de causalidades jurídicas. La importancia de la causalidad jurídica se analizará en profundidad en apartados posteriores.

(38) Por ejemplo, si se sigue la tesis del Tribunal Supremo, el empresario sólo sería imputable a efectos de responsabilidad en caso de que su culpa sea cualificada. Como efecto contrario, la posibilidad de exonerarle de indemnización por el daño causado, serán más escasos, pues se parte de una culpa material elevada. (En cuanto a la imprudencia temeraria, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Protección por accidentes de trabajo...”, pág. 389).

(39) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “Culpa de la víctima y accidente de trabajo” en *Anuario de Derecho Civil*, 1970, XXIII, tomo II, pág. 588-9.

(40) STS de 8 de abril de 1992.

(41) DESDENTADO BONETE, A.: “Responsabilidad contractual por accidente de trabajo” en *Revista de Derecho Social*, núm. 2, 1998, pág. 99.

duar la culpa de la víctima. Por tanto, hay que analizar cómo determinar la previsibilidad de un riesgo y cuál es el canon de diligencia exigido. En primer lugar, para determinar la previsibilidad de un riesgo, pueden utilizarse los siguientes criterios⁴²: la evaluación previa de riesgos y adopción de medidas, el cumplimiento de la secuenciación⁴³ de obligaciones que impone la ley, el respeto a las normas, el desarrollo de una diligencia extrema por parte del empresario. Si todo esto se cumple, podrá afirmarse que la materialización de ese riesgo podía no ser previsible, con lo que no habría culpa y tampoco responsabilidad. El otro elemento es el del canon de diligencia exigido. La diligencia es definida como la conducta que se considera adecuada para el cumplimiento de la obligación. De este modo, sus elementos se encontrarán dirigidos a valorar la idoneidad de la conducta en orden a la consecución de un resultado⁴⁴. El artículo 1104 CC establece dos especificaciones en cuanto a la diligencia exigida: una concreta, que se materializa en atender a lo pactado y a las circunstancias de la persona, tiempo y lugar; otra abstracta, que es la diligencia del buen padre de familia. Se ha discutido mucho acerca de la armonización de estos dos modelos de diligencia y existen opiniones diversas⁴⁵: desde la que considera que ambos deben apreciarse en conjunto, hasta los que consideran que el criterio del buen padre de familia es subsidiario. En todo caso, resulta necesario analizar si este criterio es el adecuado para el caso de la diligencia exigida al empresario.

Generalmente, la diligencia exigida suele concretarse en una serie de obligaciones hasta el punto de que, en ocasiones, se confunde el cumplimiento de las mismas con la prestación de la diligencia adecuada. Ya se decía anteriormente que no todo incumplimiento de la normativa de seguridad y salud, esto es, no toda conducta antijurídica, conlleva responsabilidad, pues es necesario que exista culpa o negligencia en la misma⁴⁶. Sin embargo, la indeterminación del grado de diligencia exigido conlleva la tendencia a equiparar el incumplimiento de las obligaciones, la antijuridicidad, a la existencia de un comportamiento culpable o negligente⁴⁷. A partir de aquí, si se analizan las obligaciones del empresario en materia de PRL, se observa que revisten un carácter muy amplio. En general, pueden clasificarse en las siguientes, que se derivan en abstracto del artículo 15 LPRL⁴⁸: las que se refieren a la evaluación, planificación, prevención, adaptación y evitación a través de la adopción de medidas necesarias y de impartir las debidas ins-

(42) ALFONSO MELLADO, C.L.: "La culpabilidad como fundamento de la responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral" en *Aranzadi Social*, 2003, v. V, pág. 1222.

(43) Esto es, adoptar el orden vertical de las medidas previstas por la LPRL: 1º Evitar lo peligroso. 2º Combatir el riesgo en el origen. 3º Adoptar medios de protección colectivos. 4º Facilitar Equipos de Protección Individual. De acuerdo con este autor, esta ordenación impediría omitir medidas que son posibles en un grupo de nivel superior y adoptar las de otro grupo de nivel inferior (ALFONSO MELLADO, C.L.: "La culpabilidad como fundamento..." pág. 1222).

(44) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La moderación de la culpa por los tribunales. (Estudio doctrinal y jurisprudencial)*, Lex Nova, Madrid, 1999, pág. 47.

(45) *Op. cit.*, págs. 47-48.

(46) ROCA, E.: *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 57.

(47) LUQUE PARRA, M.: *La responsabilidad civil...*, pág. 57.

(48) MANZANO SANZ, F.: "Infracciones, sanciones y responsabilidades (I)", en *Boletín de Prevención de Riesgos Laborales*, 2004, v. I, Parte Estudio, pág. 50, Ref. electrónica BIB 2004/582.

trucciones a los trabajadores. Una serie de obligaciones⁴⁹ que, cuando entran en conexión con la conducta del trabajador, pueden resumirse en los deberes de formación, información y control⁵⁰ y que se llevan al punto de exigirle, a través del artículo 15.4 LPRL, la previsión de las conductas imprudentes de los trabajadores.

La cuestión reside, entonces, en si el canon del artículo 1104 CC es escaso o no para estos supuestos. Existen diversas interpretaciones acerca de lo que se considera buen padre de familia. Por un lado, se atribuye a esta expresión un significado de “actuación de quien carece de conocimientos técnicos o profesionales”. De manera que la concreción de la diligencia del profesional, de mayor rigor que la del buen padre de familia, se realiza a través de la autonomía de la voluntad reflejada en el artículo 1104 CCiv⁵¹. Sin embargo, existe otra orientación doctrinal, según la cual se afirma que el comportamiento exigible al buen padre de familia es diferente a la conducta habitual, ya que es “lo que la conciencia social considera racionalmente como debido, justamente exigible de un profesional tipo⁵². También se habla de la conducta de una persona normalmente cuidadosa en el ámbito de su actividad⁵³ o de una

**GENERALMENTE,
LA DILIGENCIA EXIGIDA
SUELE CONCRETARSE EN
UNA SERIE
DE OBLIGACIONES HASTA
EL PUNTO DE QUE
SE CONFUNDE
EL CUMPLIMIENTO
DE LAS MISMAS
CON LA PRESTACIÓN
DE LA DILIGENCIA
ADECUADA**

(49) Obligaciones que, más específicamente, son descritas por PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La configuración del derecho de protección frente a los riesgos laborales” en CASAS BAAMONDE, M.E. (Coord.); PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (Coord.); VALDÉS DAL RÉ, F. (Coord.): *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, págs. 8 y ss. (1. Principios generales de la acción preventiva. 2. Evaluación de riesgos. 3. Formación de los trabajadores. 4. Actuación en situaciones de emergencia. 5. Vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores. 6. Protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos. 7. Protección de la maternidad. 8. Protección de los menores. 9. Protección de los trabajadores temporales. 10. Organización de la prevención y constitución de servicios de prevención. 11. Intervención colectiva de los trabajadores en la realización de la prevención. 12. Coordinación de actividades empresariales.) En cambio, son 18 en el caso de SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 50. (1. Evaluación de riesgos. 2. Proporcionar equipos de trabajo conforme a las exigencias legales. 3. Proporcionar equipos de protección individual. 4. Obligación de informar sobre los riesgos y medidas de protección laborales. 5. Consultar respecto de determinadas materias con carácter previo a la adopción de una decisión. 6. Permitir la participación de los trabajadores ya sea por sí mismos o a través de sus representantes. 7. Dar formación suficiente y adecuada a los trabajadores y sus representantes. 8. Adoptar medidas de emergencia. 9. Adoptar medidas para el caso de que se produzca un riesgo grave e inminente. 10. Garantizar la vigilancia de la salud de los trabajadores. 11. Elaborar y desasparar determinada documentación relativa a la salud laboral. 12. Coordinar las actividades empresariales cuando se desempeñen labores en un mismo centro de trabajo por varias empresas, exista o no relación jurídica entre ellas. 13. Proteger a los trabajadores especialmente sensibles. 14. Adoptar medidas en cuanto a la protección de la procreación. 15. Proteger la maternidad, el embarazo y la lactancia. 16. Proteger a los menores. 17. Adoptar medidas específicas en cuanto a los trabajadores temporales y los que provengan de empresas de trabajo temporal. 18. Organizar los servicios de prevención adecuados.)

(50) SSTs de 18 de junio de 1985 (Ar. 3623); 9 de junio de 1992 (Ar. 5179); 12 de febrero de 1993 (Ar. 7762); 29 de noviembre de 1995 y MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Prevención de riesgos laborales y sistema de responsabilidades empresarial, sindical y de los trabajadores” en GONZALO GONZÁLEZ, B.; NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (Dir. Coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternalidad Muprespa, Madrid, 2000, pág. 624.

(51) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La moderación...*, pág. 54.

(52) JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 120; citado por GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La moderación de la culpa por los tribunales. (Estudio doctrinal y jurisprudencial)*, Lex Nova, Madrid, 1999, pág. 52.

(53) LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil. Tomo II, Derecho de obligaciones*, v. 1 Barcelona, Bosch, 1977, pág. 103; citado por GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La moderación...*, pág. 52.

conducta prevista y evitada de una persona de aptitudes físicas e intelectuales normales, prudente y cuidadosa (un buen padre de familia) participante en el mismo sector del tráfico”⁵⁴. Es decir, que el canon del CC es un modelo de diligencia-tipo, de modo que deben diferenciarse grupos de actividades o profesiones y grupos de edad o de aptitudes físicas o intelectuales generalizables. En consecuencia, dependiendo de la interpretación que se otorgue a la expresión “buen padre familia”, el canon exigido al empresario se identificará con la versión agravada del estipulado en el artículo 1104 CC o con otro diferente.

En la actualidad, el TS considera que el canon de diligencia exigible debe ser el de un empresario normal y razonable⁵⁵, sosteniendo, además, que las obligaciones empresariales no se satisfacen únicamente con el cumplimiento de la normativa específica, sino que el empresario tiene el deber de adoptar todas las medidas posibles para prevenir y evitar los daños. Esto, unido a la diversa posición que ocupan empresario y trabajador en la relación laboral, donde el primero tiene mayor conocimiento y control del riesgo así como poder de dirección⁵⁶, permite establecer que el canon de diligencia debe ser superior al del grado mínimo del genérico buen padre de familia. De hecho, de acuerdo con la doctrina, el canon genérico será el de una diligencia objetiva, máxima y técnica⁵⁷; esto es, agravada⁵⁸. Este aspecto resulta esencial pues, como se verá, la incidencia de la culpa de la víctima en la responsabilidad empresarial será de menor entidad cuando la culpa del empresario es considerada más grave, cuando su grado de negligencia es mayor.

En definitiva, intencionalidad, previsibilidad y grado de diligencia son los elementos que determinan la graduación de la culpa empresarial, la cual, a su vez, resultará ser un criterio fundamental en la medición final de las consecuencias derivadas de la concurrencia entre la culpa de la víctima y la del empresario.

B) La culpa de la víctima como elemento de exoneración

La primera manifestación de la importancia de la conducta desarrollada por la víctima de un accidente de trabajo se encuentra ya en la Sentencia del TS de 21 de octubre de 1903, donde se estableció que la culpa notoria del obrero exoneraba de responsabilidad empresarial. También se ha puesto en evidencia a través del concepto de imprudencia profes-

(54) PANTALEÓN PRIETO: *Enciclopedia jurídica básica. Voz “Culpa”*, Tomo II, Madrid, Civitas, 1995, pág. 1864; citado por GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La moderación...*, pág. 52.

(55) SANFULGENCIO GUTIÉRREZ, J.A.: “La responsabilidad civil empresarial...”, págs. 341-342.

(56) ALFONSO MELLADO, C.L. “La culpabilidad como fundamento de la responsabilidad civil...” pág. 1220.

(57) CALVO GALLEGU, F.J.: “Responsabilidad civil y orden jurisdiccional competente: ¿el final de una prolongada discusión? Comentario a las SSTs de 11 de febrero (RJ 2000, 673), 6 (RJ 2000, 3104) y 26 de mayo de 2000 (3497)”, en *Aranzadi Social*, núm. 13/2000, pág. 10.

(58) MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Prevención de riesgos laborales y sistema de responsabilidades empresarial, sindical y de los trabajadores” en GONZALO GONZÁLEZ, B.; NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (Dir. Coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pág. 624.

Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo

sional, recogido por la Ley con antelación a la culpa notoria del obrero, posteriormente denominada imprudencia temeraria⁵⁹.

Como se ha visto, se parte de un sistema de responsabilidad contractual por culpa, donde la diligencia exigida al empresario es elevada hasta el punto de incurrir en responsabilidad por un incorrecto cumplimiento de las medidas de vigilancia, de información o de formación. Sin embargo, en todo sistema de responsabilidad por culpa se tienen en cuenta ciertos elementos que permiten la graduación o, en casos extremos, la exoneración de la responsabilidad al incidir sobre dos elementos fundamentales: la culpa y el nexo de causalidad. De este modo, se tienen en cuenta las situaciones de caso fortuito, fuerza mayor y la llamada culpa de la víctima⁶⁰. Por tanto, la figura de la culpa puede tenerse en cuenta en un doble plano: no sólo como una condición o requisito esencial de atribución de responsabilidad al empresario, sino también como un medio de exoneración de la misma, esto es, cuando la víctima del daño es también, o exclusivamente, el sujeto culpable. Por tanto, la culpa de la víctima nunca podrá concebirse de forma aislada⁶¹.

Es precisamente esta dependencia funcional la que, a priori, permite definir la culpa de la víctima de forma similar a la del empresario. Ante la carencia de regulación expresa de esta figura en la LPRL, es necesario acudir a otra normativa como es el CC o la LGSS. A partir de ahí, podría entenderse que la culpa de la víctima presenta los mismos elementos constitutivos de los artículos 1104, 1105 y 1107 CC, esto es, diligencia, previsibilidad e intencionalidad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la víctima no puede equipararse, en principio, a la figura del agente causante del daño. Esto lleva a plantearse si, ante la existencia de un daño a cuya producción ha concurrido la víctima, se generan dos responsabilidades paralelas o, en cambio, la culpa de la víctima se inserta en el mecanismo de la responsabilidad empresarial. A partir de aquí, existe también la duda de si la culpa de la víctima concurre con la del empresario o, en cambio, lo que se produce es un concurso de conductas donde la de la víctima afecta al nexo causal existente entre la conducta del empresario y la lesión.

La respuesta a todas estas cuestiones reside en el carácter que se otorgue al deber de autoprotección de la víctima.

(59) RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: “Conducta temeraria del trabajador y accidente de trabajo” en GONZALO GONZÁLEZ, B.; NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (Dir. Coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pág. 364.

(60) En realidad, según esta autora, la culpa de la víctima determinante de la exoneración total de responsabilidad empresarial podría encuadrarse en un concepto ampliado de fuerza mayor debido a sus caracteres de imprevisibilidad o previsibilidad pero inevitabilidad (MEDINA ALCOZ, M.: *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 123).

(61) LAPOYADE DESCHAMPS, C.: *La responsabilité de la victime*, Tesis doctoral, 1977. Universidad de Burdeos I, págs. 17 y ss.

III. CULPA DE LA VÍCTIMA COMO CONCEPTO IMPROPIO: LA CONDUCTA DEL TRABAJADOR Y SU RESPONSABILIDAD

Existen diferentes alternativas de afrontar el estudio de la influencia de la culpa de la víctima en la responsabilidad empresarial. De elegir una u otra opción dependerá la posterior valoración de este comportamiento del trabajador que sufre el accidente de trabajo, por lo que es fundamental detenerse en su análisis.

A) Culpa de la víctima frente a responsabilidad por incumplimiento del deber de autoprotección

Ante un accidente de trabajo a cuya producción concurra la víctima, se ha planteado la posible generación de dos responsabilidades, una del empresario y otra de la víctima. Esta afirmación otorgaría al concepto de culpa de la víctima un carácter propio y, por tanto, su constitución como requisito determinante de una responsabilidad civil del trabajador paralela a la del empresario, produciéndose una compensación entre las indemnizaciones correspondientes a cada uno⁶². En este caso, las dos responsabilidades se sustanciarían de forma independiente, sin influencia del comportamiento del otro sujeto. En el caso del empresario, determinaría un deber de indemnizar el daño causado y, en el de la víctima, el deber de soportar dicho daño. Posteriormente, se produciría una compensación de resultados que se reduciría a una merma del derecho de resarcimiento de la víctima. Sin embargo, existe otra hipótesis como es la de la existencia de una única responsabilidad, la del empresario, que se ve afectada por la culpa de la víctima. Es necesario, pues, valorar cuál de estas posibilidades es la más ajustada a una relación tan específica como es la laboral.

De acuerdo con la doctrina civilista, si por culpa se entiende la infracción, con negligencia, de un deber jurídico respecto a un tercero, no puede hablarse de culpa en los casos en que el perjudicado contribuye a la producción de su propio daño, pues no existe un deber general de autoprotección. En todo caso, éste sería el propio de una carga⁶³, obligando a la víctima, como mucho, a soportar una serie de consecuencias negativas como es la reducción de la indemnización a que tendría derecho. De este modo, si no existe una culpa de la víctima en sentido propio⁶⁴, no existirá tampoco una responsabilidad que determine una merma a su derecho al resarcimiento y que compense la indemnización debida por el empresario. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, a diferencia del ámbito civil extracontractual, en el marco de una relación laboral y con base en el artículo 29 LRPL, existe un elenco de obligaciones impuesto al trabajador que van dirigidas a que

(62) Entendiendo aquí como indemnización del trabajador el deber soportar el daño (MEDINA ALCOZ, M.: *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual* ..., pág. 214).

(63) Tesis negada por algunos al considerar que las cargas son una figura propia del ámbito procesal. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Obligaciones y responsabilidades del trabajador" en OJEDA ÁVILÉS, A.; ALARCÓN CÁRACUEL, M.R.; RODRÍGUEZ RAMOS, (Coords.) *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995, Navarra, Aranzadi, 1996*, pág. 193.

(64) SOLÉ FELIÚ, J.: "La concurrencia de la culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo" en *Anuario de Derecho Civil, 1997*, v. II, abril-junio, pág. 868.

Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo

vele por su propia seguridad y salud, cuya naturaleza se afirma contractual⁶⁵ y cuyo incumplimiento es sancionable⁶⁶.

En efecto, del análisis de la normativa se deriva un conjunto de obligaciones que se encuentran también presentes en otros preceptos tanto de esta ley, como es el artículo 19.2 LPRL, como de otra normativa, como es el artículo 5.b) ET. El conjunto de estas obligaciones ha sido estructurado en tres grupos generales⁶⁷: deber de autoprotección, deber de obediencia y deber de cooperación. Por lo que se refiere a la primera de ellas, su base se encuentra en el convencimiento de que, a pesar de que el empresario adopte todas las medidas de seguridad necesarias, éstas pueden fallar tanto por factores naturales como humanos, esto es, por la negligencia del trabajador. De este modo, y como se desarrollará más adelante, “este deber es una expresión del deber básico de diligencia que debe exigirse respecto de cualquier trabajador”⁶⁸.

La segunda de las obligaciones es la de obediencia, que se materializa en la obligación del trabajador de seguir las órdenes, instrucciones y recomendaciones del empresario, así como, de acuerdo con el artículo 19 ET, de observar las medidas legales y reglamentarias. Por tanto, obediencia al empresario y a las normas. Y es que los mecanismos preventivos resultan ineficaces si el trabajador no los utiliza o desobedece las instrucciones empresariales. Sin embargo, de esta obligación se deriva una previa del empresario, como es la de establecer dichas medidas preventivas y la de otorgar al trabajador la formación e información necesarias en esta materia. Por tanto, se trata de un tipo de obligación que depende del previo cumplimiento de las del empresario. La tercera obligación del trabajador, sin llegar a analizar las específicas del artículo 29.2 LPRL, es la de colaborar con el empresario. Desde luego, esto no puede entenderse en el mismo sentido que el deber del empresario, ya que no es misión del trabajador la organización de la prevención, pero sí lo es, por ejemplo, el deber de información. En todo caso, se

**DEL ANÁLISIS
DE LA NORMATIVA
SE DERIVA UN CONJUNTO
DE OBLIGACIONES
ESTRUCTURADO
EN TRES GRUPOS
GENERALES: DEBER DE
AUTOPROTECCIÓN,
DEBER DE OBEEDIENCIA Y
DEBER DE COOPERACIÓN**

(65) GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Derecho a la salud y control de los trabajadores” en *Relaciones Laborales*, núm. 6-7, 1990, págs. 82-83.

(66) GONZÁLEZ ORTEGA, S.; APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 192.

(67) GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Obligaciones y responsabilidades del trabajador” en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M.R.; RODRÍGUEZ RAMOS, (Coords.): *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Navarra, 1996, pág. 210.

(68) *Op. cit.*, pág. 211.

considera que este deber del trabajador resulta ineficaz cuando no se le atribuye el carácter de estándar de conducta exigido al trabajador.

A partir de aquí, existen opiniones que atribuyen a este elenco de obligaciones una naturaleza según la cual su incumplimiento determinará “la asunción de responsabilidad por parte del trabajador que justifica la merma de su derecho al resarcimiento por parte del empresario”⁶⁹. Sin embargo, a pesar de que esto es posible en un ámbito de responsabilidad disciplinaria, resulta excesivo afirmar la existencia de una responsabilidad civil por accidente de trabajo atribuible al trabajador. Esto equivaldría a asimilar las obligaciones de seguridad del trabajador a las del empresario y, no hay que olvidar, no sólo que la esfera de riesgo es creada por este último, sino que la organización de la prevención depende de él hasta el punto de tener que prever las posibles imprudencias de los trabajadores. Por ello, la afirmación de un incumplimiento por parte del trabajador debe ser matizada, pues resulta de todo punto ilógico hacer pesar sobre el trabajador la responsabilidad civil indemnizatoria, reparadora del daño, que no de los perjuicios al empresario, sufrido por él mismo. Incluso en el propio ámbito de la responsabilidad disciplinaria se niega que los comportamientos del trabajador contrarios al artículo 29 LPRL sean siempre generadores de la misma⁷⁰.

En consecuencia, se parte aquí de la inexistencia de una responsabilidad del trabajador y, por tanto, de una culpa de la víctima en sentido impropio. A partir de aquí, se plantea la cuestión de si en estas situaciones se produce una concurrencia de culpas o, en cambio, lo que hay que valorar es la incidencia de la conducta de la víctima en la producción del siniestro.

B) Culpa y hecho de la víctima: la conducta de la víctima

En la actualidad, es opinión mayoritaria la que sostiene la incorrección de un análisis basado en la influencia de la culpa de la víctima sobre la responsabilidad del empresario. Lo adecuado, y lo que realmente se desprende de la labor jurisprudencial, es el análisis de la incidencia de la conducta de la víctima en la producción del siniestro. De este modo, lo correcto será la expresión “concurrencia de concausas”⁷¹. Es cierto que este análisis tendrá en cuenta, entre otros aspectos, la existencia de una culpa en sentido impropio, definida en el mismo sentido que la del empresario, pero de forma complementaria

(69) GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Responsabilidad civil por accidentes de trabajo a cuya producción ha contribuido el trabajador” en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.): *Nueva sociedad y derecho del trabajo*, La Ley, Madrid, 2004, págs. 448-449.

(70) Para ello se le exigen tres requisitos: un comportamiento constitutivo de incumplimiento, el cual se encuentra muy matizado y limitado; que este incumplimiento revista una cierta entidad para ser sancionable; que sea imputable al trabajador, esto es, consciente y voluntario. En definitiva, que exista culpa (GONZÁLEZ ORTEGA, S.; APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 192).

(71) SJS de la Comunidad Valenciana, Alicante, de 23 de mayo de 2002 (AS 2002\2205). YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 207.

Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo

al denominado *hecho de la víctima*⁷² en un sentido de atribución causal del daño^{73 y 74}. Por tanto, ya no sólo se ha de tener en cuenta el elemento de la culpa de la víctima sino su conducta⁷⁵. De hecho, los tribunales vienen afirmando que “la cuestión no está en compensar culpa con culpa, lo que conduciría a criterios subjetivos, sino que lo que en realidad se pretende es compensar conductas mediante la estimativa de criterios objetivos y abstractos, y valorada su incidencia en el nexo causal deducir, por vía de compensación, la disminución en el *quantum* de la indemnización”⁷⁶. Esta distinción no es novedosa, pues ya se realizaba por la doctrina francesa en el ámbito civil, aunque, en los casos concretos es difícil de establecer.

En definitiva, la culpa de la víctima como elemento de moderación de la responsabilidad empresarial, es un concepto impropio. No sólo por no existir una verdadera responsabilidad del trabajador en la producción del AT, sino también porque no es la culpa, sino un concepto más amplio, la conducta o hecho de la víctima, la que actúa e incide en el nexo causal de la responsabilidad empresarial determinando su ruptura en mayor o menor medida y, con ello, la exoneración o moderación de la indemnización. De este modo, en la valoración de la relevancia de esta conducta de la víctima, se deben tener en cuenta una serie de criterios que se analizarán en el epígrafe siguiente y que van más allá del estudio de la culpa.

IV. CRITERIOS DE VALORACIÓN DEL ALCANCE DE LA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA: LA APARICIÓN DE ELEMENTOS EXTERNOS A LA CULPA

Una vez determinado que el elemento susceptible de incidencia en la responsabilidad empresarial es el de la conducta de la víctima, es necesario tener en cuenta su alcance o relevancia en el momento de su concurrencia con la conducta del empresario. En este punto, son necesarios una serie de requisitos previos para poder considerar que se está ante una situación de concurrencia de concausas⁷⁷. Estos dos requisitos son la existencia de una culpa del empresario y la de un nexo de causalidad entre la conducta negligente del dañado y la lesión. Es de señalar que, en este caso, se hace referencia a una causalidad natural, no jurídica, que no tiene forzosamente que ser con el accidente sufrido sino que basta que sea con el daño resultante⁷⁸.

(72) LAPOYADE DESCHAMPS, C.: *La responsabilité de la victime*, Tesis doctoral, 1977, Universidad de Burdeos I, pág. 16.

(73) GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Responsabilidad civil...”, pág. 449.

(74) De hecho, se ha afirmado que el hecho de la víctima incluye tanto las conductas culpables como no culpables que son causa del daño. (MEDINA ALCOZ, M.: *La culpa de la víctima...*, pág. 165).

(75) Op. cit., pág. 449.

(76) STS de 1 de febrero de 1989 (RAJ 650).

(77) SOLÉ FELIÚ, J.: “La concurrencia...”, pág. 871.

(78) De este modo, la no utilización de gafas de protección por un trabajador, se considera imprudente por parte de la víctima porque, si bien no hubiera evitado el accidente, sí hubiera disminuido los efectos dañinos [STS de 15 de marzo de 1995 (RAJ 2657) en sede civil].

Establecidas estas premisas, es necesario identificar los criterios susceptibles de determinar el alcance de la culpa y que tienen un origen fundamentalmente jurisprudencial. Su selección no es pacífica, pero se vienen observando ciertos puntos constantes y comunes⁷⁹ tanto en la doctrina civil como en la laboral, que permiten aventurar una homogeneidad y cierta seguridad jurídica a la hora de valorar el alcance de la conducta de la víctima. De todos los criterios que a continuación se expondrán, es necesario llamar la atención sobre el de la imputación objetiva, al que se le otorga una importancia primordial.

A) La imputación objetiva

En la valoración del alcance que tiene la conducta de la víctima, la jurisprudencia otorga una importancia capital a la causalidad jurídica. Esto es, una vez constatada la existencia de un nexo causal entre la conducta culpable de la víctima y el daño producido (una causalidad material, de acuerdo con las leyes de la naturaleza), se analiza el requisito de imputación objetiva, con lo que, como ya se ha señalado, se desborda el marco propio de la culpa de la víctima y se acude al de la conducta de la víctima. Esta causalidad jurídica establece la probabilidad de que el comportamiento de la víctima haya ocasionado el daño y en qué proporción lo ha hecho; esto es, en qué medida le es atribuible esa consecuencia negativa de acuerdo con un juicio normativo. Para el establecimiento de esta proporción deben tenerse en cuenta una serie de elementos previos como son⁸⁰: la personalidad de la víctima; su comportamiento anterior al daño; su comportamiento posterior al daño.

El elemento de la personalidad de la víctima se refiere a su condición como imputable. La doctrina y la jurisprudencia han solucionado esta cuestión de forma prácticamente unánime, considerando que el hecho de que la víctima sea un menor o un incapaz no obsta a la apreciación de su culpa, pues la concurrencia de ésta es constatable “por el solo hecho objetivamente culposo del perjudicado y con independencia de si subjetivamente era o no capaz de culpa civil”⁸¹. En el marco de las relaciones laborales, existen ejemplos de estas situaciones como son las del trabajo de menores. En todo caso, siguiendo la misma lógica anterior, estas víctimas serán consideradas imputables, aunque habría que valorar si el tipo de responsabilidad que se sustanciaría, en el caso de los menores, sería la de tipo extracontractual.

El segundo de los elementos es el comportamiento de la víctima anterior a la producción del daño en el sentido del consentimiento a su producción y su aceptación del riesgo. Ambos difieren por razón de su origen y de sus límites de aplicación. En el caso del consentimiento, éste hace referencia a los pactos de aceptación del daño, dirigidos a evitar la antijuridicidad de la acción del empresario. Sin embargo, esto es únicamente predicable de los contratos en que el bien jurídico protegido es de tipo patrimonial ya que en otro

(79) SOLÉ FELIÚ, J.: “La concurrencia...”, págs. 881-882.

(80) LAPOYADE DESCHAMPS, C.: *La responsabilité de la victime*, Tesis doctoral, 1977, Universidad de Burdeos I, págs. 391 y ss.

(81) SOLÉ FELIÚ, J.: “La concurrencia...”, pág. 874.

Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo

caso se trata de derechos indisponibles y cuya renuncia incurre en nulidad⁸². En todo caso, habrá que tener en cuenta cierto tipo de relaciones laborales en las cuales estos pactos pueden llegar a ser válidos siempre que se encuentren dentro de lo razonable. Es el caso, por ejemplo, de las relaciones deportivas⁸³.

Cuestión parecida pero no equivalente es la referida a la asunción de riesgos por parte de la víctima. Y es que la culpa de la víctima se ha asociado en ocasiones a una aceptación de riesgos, que puede producirse en tres situaciones⁸⁴: aceptación del riesgo en el marco de la comisión de una infracción; en el de la realización de un derecho o deber; en una situación intermedia. En este caso, para que exista asunción de riesgos es necesario la presencia de una culpa suficientemente grave como para considerarla imprudencia y un consentimiento razonable, ya que antes se decía que los pactos sobre bienes indisponibles son nulos⁸⁵. Sin embargo, en el ámbito del contrato de trabajo, esto no puede considerarse válido, ya que el trabajador se encuentra en una situación de subordinación respecto al empresario, principal garante de su seguridad⁸⁶. Por tanto, el comportamiento de un trabajador que asume una serie de riesgos, fruto de los cuales se produce un accidente de trabajo, no siempre se considerará susceptible de incumplimiento y de generar culpa⁸⁷. Así pues, este criterio de imputación objetiva no será válido, si bien sí lo será el del incumplimiento de la norma en determinados niveles.

Por último, en cuanto al comportamiento de la víctima posterior a la producción del daño, se hace referencia a aquellas situaciones en que el trabajador, víctima de un accidente de trabajo, se niega a recibir la asistencia necesaria para paliar los efectos del accidente, o bien realiza alguna acción que agrave

EL COMPORTAMIENTO DE UN TRABAJADOR QUE ASUME UNA SERIE DE RIESGOS, FRUTO DE LOS CUALES SE PRODUCE UN ACCIDENTE DE TRABAJO, NO SIEMPRE SE CONSIDERARÁ SUSCEPTIBLE DE INCUMPLIMIENTO Y DE GENERAR CULPA

(82) LUQUE PARRA, M.: *La responsabilidad civil...*, pág. 58.

(83) Se trataría de una suerte de cláusula de no responsabilidad, donde, desde el momento en que el acto es consentido, la conducta del empresario dejaría de ser culpable. En estas situaciones es necesario tener en cuenta, en todo caso, el límite de la razonabilidad y legítima justificación, pues, en caso contrario, el consentimiento es nulo. No obstante, tampoco hay un acuerdo claro acerca de si estas situaciones son realmente de aceptación del daño. (HONORAT, J.: *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, LGDJ, París, 1969, págs. 18-19, 69 y ss.)

(84) HONORAT, J.: *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, LGDJ, París, 1969, pág. 25.

(85) *Op. cit.*, pág. 4.

(86) SAP de Córdoba de 24 de julio de 2000 (ASP 2000\2123). GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: "Responsabilidad civil por accidentes de trabajo a cuya producción ha contribuido el trabajador", págs. 441-453. En BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.): *Nueva sociedad y derecho del trabajo*, La Ley, Madrid, 2004, pág. 452.

(87) NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *Responsabilidad civil empresarial y riesgos laborales*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 251.

los resultados de dicho siniestro. Este comportamiento es el llamado deber de la víctima de contribuir a la disminución del daño. El ejemplo más común es el del sometimiento a las operaciones o tratamientos médicos necesarios. De acuerdo con esto, la víctima no podrá exigir responsabilidad por los daños que hubiera podido eliminar o reducir sometándose a un tratamiento razonable. Por tanto, le es también atribuible a la hora de analizar la incidencia de la conducta de la víctima en orden a la imputación objetiva del daño⁸⁸.

En definitiva, como criterios previos de imputación objetiva, hay que tener en cuenta que ni los pactos ni la asunción de riesgos pueden atribuir el daño al comportamiento de la víctima; y, en consecuencia, en estas situaciones, la culpa de la víctima se considerará irrelevante.

Una vez determinado que el comportamiento de la víctima no está incurso en ninguna causa de irrelevancia, es necesario evaluar el papel que desempeña. En este punto existe disparidad de opiniones. Por lo general, se acepta que esta labor consiste en evaluar qué comportamiento ha incidido más eficazmente o con mayor probabilidad en la producción del daño, o si el carácter gravemente negligente de uno de ellos convierte en irrelevante el actuar del otro, debiéndose acudir, por tanto, a la medida del alcance de la obligación del trabajador⁸⁹. Esto ha sido matizado en ocasiones por aquellos que limitan esta atribución al trabajador del daño al que el legislador pretendía evitar con la imposición de la norma que se ha incumplido⁹⁰. En todo caso, el criterio jurisprudencial es el primero de ellos, quizá por apreciarse cierta confusión en sus pronunciamientos entre el requisito de la causalidad jurídica y la gravedad de la culpa. Ambas son difícilmente dissociables en el caso concreto ya que la pretensión y el alcance de la obligación del trabajador también se tendrá en cuenta a la hora de analizar el nivel de diligencia exigido como elemento que contribuye a la graduación de la culpa.

En conclusión, con la imputación objetiva, se pretende establecer el grado de contribución de la víctima a su propio daño a partir del incumplimiento de la norma. Es de señalar que este criterio ha adquirido una importancia creciente considerándose el fundamental en el estudio de la incidencia del comportamiento de la víctima. Sin embargo, la jurisprudencia utiliza otros fundamentales que es necesario tener presente.

B) La gravedad de la culpa: el estándar de diligencia del trabajador y su dependencia del cumplimiento del empresario

El segundo de los criterios es el de la gravedad de la culpa. Si bien se le ha otorgado un valor secundario respecto a la imputación objetiva, no puede obviarse su importancia

(88) ÁNGEL YAGÜEZ, R. de: *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 845.

(89) SOLÉ FELIÚ, J.: "La concurrencia...", pág. 884.

(90) GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: "Responsabilidad civil...", pág. 451.

Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo

hasta el punto de que, en varias ocasiones, la propia jurisprudencia confunde en sus argumentaciones ambos factores de valoración. En general, la forma de establecer la culpa de la víctima puede asimilarse a la del empresario. Pero el hecho de que esta conducta provenga de la víctima hace que su valoración tenga peculiaridades⁹¹, ya que debe fundamentarse en la apreciación de sus elementos: intencionalidad, previsibilidad y negligencia.

Por lo que se refiere a la intencionalidad, al igual que sucede en el caso de la culpa del empresario, ha de distinguirse entre el dolo y la imprudencia. En el primero de los casos el riesgo se quiere correr y el daño se pretende. En cambio, en el caso de la imprudencia, el daño no es querido⁹², presentándose una gran diversidad de matices que lleva desde una imprudencia leve a una temeraria. Pero para poder atribuir una determinada graduación a una culpa, se debe atender también a la previsibilidad como requisito de existencia de la misma y, lo que es más importante, al grado de negligencia producido. Lo más característico de este análisis reside en que el mismo sólo puede realizarse en relación con el de las obligaciones del empresario⁹³.

En general, se afirma que la culpa de la víctima debe valorarse “atendiendo a un modelo de comparación objetivo, basado en la diligencia que una persona razonable emplearía en la gestión de sus propios asuntos y en la prevención de su propio daño”⁹⁴, esto es, se aplicaría de nuevo el canon de diligencia del buen padre de familia del artículo 1104 CC. Sin embargo, en el curso de una relación laboral, este criterio resulta insuficiente. Para determinar la posible negligencia del trabajador, así como la previsibilidad⁹⁵ del daño, es necesario tener en cuenta el peculiar alcance de las obligaciones del mismo. No sólo estas obligaciones son de segundo orden⁹⁶, sino que además, no se permite la excusa del empresario en el incumplimiento del trabajador, debiendo prever las posibles imprudencias de éste⁹⁷. Por estos motivos, hay que tener en cuenta que “no pueden ser aplicados los mismos criterios para medir la culpa de la víctima que la del agente del daño por la sencilla razón de que es exigible un superior grado de diligencia a quien controla un ins-

(91) LAPOYADE DESCHAMPS, C.: *La responsabilité de la victime*, Tesis doctoral, 1977, Universidad de Burdeos I, pág. 18. En contra, MARTÍNEZ MENDOZA, J.M.F. “Las distintas responsabilidades dimanantes del accidente de trabajo y enfermedades profesionales por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales”, en *Relaciones Laborales*, II/1999, pág. 672.

(92) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “Culpa de la víctima y accidente de trabajo” en *Anuario de Derecho Civil*, 1970, XXIII, tomo II, págs. 588-9.

(93) BARAONA GONZÁLEZ, J.: “La culpa de la víctima en los accidentes de trabajo: dogmática y jurisprudencia chilena”. Versión escrita de la conferencia del autor en el VI Seminario sobre Actualización en Derecho de Daños, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Santiago de Chile), los días 18, 19 y 21 de octubre de 2004, pág. 26, dirección internet: <http://hechosdelajusticia.org/quinta.htm>

(94) SOLÉ FELIÚ, J.: “La concurrencia...”, pág. 874.

(95) STS de 31 de julio de 1997 (Ar. 5529). SANFULGENCIO GUTIÉRREZ, J.A.: “La responsabilidad civil empresarial...”, pág. 355.

(96) GONZÁLEZ ORTEGA, S.; APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 189.

(97) Artículos 14.4 y 15.4 LPRL y PIZÁ GRANADOS, J.: “Los siniestros laborales por imprudencia del trabajador asociada con la falta de previsión del empresario [Comentario a propósito de la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 15 de mayo de 2000 (AS 2000, 2614)]”, en *Aranzadi Social*, núm. 13/2000, pág. 3, Ref. electrónica BIB 2000\1509.

trumento de riesgo que a quien no lo hace”⁹⁸. De esta forma, para apreciar el grado de diligencia del trabajador hay que determinar el estándar exigido al mismo. Aquí, al igual que sucedía en el caso del empresario, el análisis se encuentra íntimamente relacionado con el del alcance de las obligaciones que le son impuestas, confundándose, de este modo, los rasgos que determinan una conducta antijurídica con los de la diligencia exigida.

Los factores de cumplimiento o modalización de las obligaciones por parte del trabajador pueden resumirse en los siguientes⁹⁹: sus características personales, en el sentido de los conocimientos, experiencia, etc.; la naturaleza de las medidas de prevención previstas en la empresa; la formación del trabajador¹⁰⁰; las instrucciones provenientes del empresario. Son estos factores los que determinarán el alcance de esos deberes. Así, no puede considerarse que existe incumplimiento del trabajador si no ha recibido formación, las medidas de prevención eran insuficientes o se seguían las instrucciones del empresario¹⁰¹. Sí lo habrá, en cambio, en las situaciones en que se contravengan dichas órdenes. Todo ello, a su vez, al estar modalizado por las características personales del trabajador¹⁰², suaviza el contenido de las obligaciones de este último.

Es necesario diferenciar, sin embargo, las instrucciones del empresario en el sentido de información sobre las actuaciones preventivas necesarias, y las órdenes de realización de un trabajo para el que no se han dispuesto las medidas de seguridad exigibles. Es ésta una situación muy particular en que hay que tener en cuenta diversos aspectos: la situación de subordinación en que se encuentra el trabajador hace que de esta obediencia puede depender la continuidad de su relación laboral; o el derecho de resistencia. La cuestión es tan compleja hasta el punto de existir dos opiniones: que las situaciones en que el trabajador actúa bajo las órdenes del empresario sean constitutivas de culpa irrelevante o, incluso, de inexistencia de incumplimiento¹⁰³; que la base del incumplimiento está en la ausencia de una previa negativa del trabajador a realizar su labor sin las medidas preventivas necesarias. Es en este punto donde la calificación del derecho de resistencia del trabajador como posible deber presenta toda su importancia.

(98) REGLERO CAMPOS, F.L.: “La conducta o la negligencia del perjudicado en la nueva Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor (RCL 1995\3046)”, en *Aranzadi Civil*, v. III, Parte Estudio, pág. 165, Ref. electrónica BIB 1997\160.

(99) GONZÁLEZ ORTEGA, S.; APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, págs. 189-190.

(100) STSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2004 (AS 2004\3790). En distinto sentido, STSJ de Galicia de 23 de junio de 2000 (AS 2000\1708), que considera que el deber de vigilancia del empresario, teniendo en cuenta la formación y experiencia del trabajador, no debe jugar aquí como incumplimiento pues sería objetivar la responsabilidad empresarial, aspecto no adecuado en la responsabilidad civil.

(101) SSTS de 12 de julio de 1999 (Ar. 4772); 31 de diciembre de 1997 (Ar. 9413); 10 de julio de 1993 (Ar. 6005). SAP de Alicante de 29 de enero de 2003 (ARP 2003\211). SANFULGENCIO GUTIÉRREZ, J.A.: “La responsabilidad civil...”, pág. 354.

(102) SSTS de 18 de diciembre de 1997 (Ar. 9105); 11 de julio de 1997 (Ar. 5605); 30 de junio de 1997 (Ar. 5409). SANFULGENCIO GUTIÉRREZ, J.A.: “La responsabilidad civil...”, pág. 355.

(103) NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *Responsabilidad civil empresarial y riesgos laborales*. Bosch, Barcelona, 2002, pág. 251.

El derecho de resistencia forma parte del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, a través del derecho a la interrupción del trabajo en caso de riesgo grave e inminente. De este modo, la jurisprudencia afirma que “el deber de obediencia no se extiende al cumplimiento de aquellas órdenes que, por suponer graves e innecesarios riesgos, provocados por el empleador a través de no observar la normativa vigente en materia de Seguridad e Higiene, devienen en ilícitas, lo que permite configurar el doctrinalmente denominado *ius resistentiae*, como derecho del trabajador a negar la prestación de sus servicios en el supuesto indicado”¹⁰⁴. Los requisitos para el ejercicio de este derecho son: objetiva existencia del riesgo, sin tener en cuenta las creencias subjetivas del trabajador; el riesgo debe ser grave, innecesario e inevitable o, si evitable, “que no se hayan adoptado los mecanismos necesarios para ello con infracción de las normas de seguridad existentes”; comunicación motivada al empresario.

Sin embargo, el derecho de resistencia no es una obligación. A no ser que se ponga en relación con el genérico deber de autoprotección, la no utilización por el trabajador de este derecho no puede considerarse un incumplimiento. Parece que la opción contraria puede ser excesiva, principalmente si se tiene en cuenta la situación actual del empleo y más aun en aquellas situaciones en que son tan comunes los supuestos de trabajadores irregulares en el sector que más índice de siniestralidad presenta, la construcción. Es por esto que debe seguirse, como regla general, aquella que considera irrelevante la conducta del trabajador que actúa bajo las órdenes del empresario a pesar de no contar con las medidas de seguridad necesarias¹⁰⁵. Incluso se entiende que la mera tolerancia o aquiescencia del empresario con el actuar del trabajador convierte en irrelevante esta imprudencia¹⁰⁶; aunque este último criterio ha sido utilizado en ocasiones más como una matización de la imprudencia que como una factor de irrelevancia de la culpa de la víctima¹⁰⁷.

**EL DERECHO
DE RESISTENCIA FORMA
PARTE DEL DERECHO
DE LOS TRABAJADORES A
UNA PROTECCIÓN EFICAZ
EN MATERIA
DE SEGURIDAD Y SALUD
EN EL TRABAJO EN CASO
DE RIESGO GRAVE
E INMINENTE**

(104) CÁMARA BOTÍA, A.: “El derecho del trabajador a interrumpir el trabajo en caso de riesgo grave e inminente para su vida y salud: un apunte sobre sus precedentes normativos y jurisprudenciales” en *Aranzadi Social*, v. I, Parte Estudio, pág. 2767.

(105) Que no hay que confundir con la falta de vigilancia o de prever las imprudencias del trabajador.

(106) STS de 2 de marzo de 2000 (RJ Ar. 200/589); STSJ del País Vasco de 1 de diciembre de 2004 (AS 2004\4022). NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.; PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F.: *Responsabilidad civil empresarial y riesgos laborales*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 251.

(107) RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: “Conducta temeraria del trabajador y accidente de trabajo” en GONZALO GONZÁLEZ, B.; NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (Dir. Coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*. Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pág. 378.

En definitiva, para que se considere relevante la negligencia de la víctima es necesario tanto el conocimiento del riesgo¹⁰⁸ (teniendo en cuenta los caracteres anteriormente señalados de formación¹⁰⁹, experiencia e información), como que la conducta causante del daño no sea exigida por el desempeño de su cometido laboral, o que en su desarrollo no hubiera atendido a las instrucciones o procedimientos exigidos¹¹⁰.

C) El elemento temporal: por el momento en que se produce la culpa de la víctima en relación a la del empresario

De acuerdo con este criterio, extraído de la doctrina francesa, la culpa de la víctima puede producirse en tres momentos diferentes: anterior, posterior o simultánea a la del empresario. De este modo, debe analizarse si, en función del momento de su producción, ésta será siempre susceptible de producir consecuencias en la responsabilidad empresarial.

a) Situaciones de asimetría temporal

Las llamadas situaciones de asimetría temporal son aquellas en que la culpa de la víctima y del empresario no son simultáneas en el tiempo, esto es, supuestos de conducta imprudente desarrollada por la víctima cuando ésta ha derivado de una anterior del empresario, o viceversa. Ésta es la situación más frecuente, requiriendo una labor de análisis del nexo de causalidad de ambas conductas culpables con el daño y entre sí.

a') Culpa de la víctima anterior a la del empresario

En este supuesto, es la víctima la primera que se conduce de forma negligente, sin que exista ninguna intervención inicial por parte del empresario. Sin embargo, esta previa actuación del trabajador desencadena una posterior del empresario. Esta respuesta puede producirse a través de una provocación o de una derivación. La provocación suele limitarse a los supuestos en que el empresario actuaría en legítima defensa. Sin embargo, si bien estas situaciones tienen relevancia en el ámbito civil extracontractual, no es así en el de las relaciones laborales ni en el del accidente de trabajo.

El mecanismo de derivación o reacción es limitado por la doctrina comparada a dos supuestos. El primero se produce cuando la víctima no adopta todas las medidas necesarias para evitar un daño inminente. El segundo consiste en adoptar una conducta que, en principio, no conlleva consecuencias para él mismo más que por no prever la posterior

(108) STSJ de Navarra de 19 de febrero de 2000 (RJ 2000\2973).

(109) STSJ del País Vasco de 8 de julio de 2003 (AS 2003\2834): "Partamos de que uno de los elementos determinantes del suceso es la inexistencia de cualquier formación del operario, lo que se evidenció, por desgracia, en la brutalidad del suceso. El método inapropiado, el desconocimiento de los riesgos, y la falta mínima de cualquier garantía en el actuar son los desencadenantes del evento. Por ello, no puede entenderse que se actúa con negligencia o imprudencia a los efectos de poder concurrir en la culpa, puesto que se lleva a cabo en el actuar aquello que se creyó más acomodado, probablemente por desconocer el mismo riesgo".

(110) NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: Responsabilidad civil empresarial...., pág. 251.

Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo

reacción de un tercero que es, finalmente, el que produce el daño¹¹¹. De esta forma, el papel del agente o empresario queda limitado a un momento posterior al daño. Como puede observarse, la posibilidad de que este supuesto se plantee en el ámbito de las relaciones laborales es escasa. El único caso posible que encaja en esta situación es aquél en que el empresario no pone en funcionamiento los mecanismos suficientes para disminuir las consecuencias del daño.

b') Culpa de la víctima posterior a la del empresario

Ésta es la situación más frecuente y compleja en la práctica. En estos supuestos es necesario medir si la conducta de la víctima, objetivamente culpable, pierde esta calificación por venir precedida de la del empresario. Los mecanismos de asimetría en este caso son, de nuevo, la provocación y la derivación. La provocación acude de nuevo al supuesto de legítima defensa, poco aplicable a los accidentes de trabajo. Sin embargo, la derivación o reacción es más corriente en materia de accidente de trabajo. El empresario comete una infracción culpable quedando latente un daño, el cual se actualiza por la consiguiente conducta culpable de la víctima. Esto es, la conducta del empresario crea un estado de peligro que otra conducta convierte en daño.

En estas situaciones existen referencias de derecho comparado que optan por atribuir la culpa de estas situaciones únicamente a uno de los sujetos, presentando varias teorías, de las cuales la más aceptada es la de la *last clear chance*, consistente en analizar cuál ha sido la conducta decisiva del perjuicio. Sin embargo, esta situación se traduce en una exoneración total bien de la víctima bien del empresario; lo que es posible, e incluso recomendable de acuerdo con parte de la doctrina¹¹², pero que no es lo que aquí se apoya. Por ello, para estas situaciones, puede buscarse un fundamento en la doctrina francesa, que considera que será necesario analizar la relación de causalidad entre las dos conductas culpables. Si la conducta de la víctima fue de reacción ante la del empresario, aquélla no será tenida en cuenta¹¹³; en otro caso, se considerarán como culpas independientes que habrá que valorar y cuyo supuesto puede asimilarse a las situaciones de simetría temporal, donde la culpa de cada sujeto es ignorada por el otro.

Si lo anterior se extrapola a nuestro ordenamiento jurídico, es necesario tener en cuenta una serie de aspectos. A pesar de que sobre la víctima recae una obligación de velar por su propia seguridad¹¹⁴, la imputación culpable de su incumplimiento sólo se producirá una vez que el empresario haya cumplido con sus obligaciones. Esto no quiere decir que la culpa de la víctima únicamente sea relevante en situaciones de simultaneidad de conductas, pues sería llegar a un extremo no aceptable en este ámbito. No obstante, si la conducta

(111) LAPOYADE DESCHAMPS, C.: *La responsabilité de la victime*, Tesis doctoral, 1977, Universidad de Burdeos I, págs. 26 y ss.

(112) NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *Responsabilidad civil empresarial y riesgos laborales*, Bosch, Barcelona, 2002, págs. 142-3 y GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: *Responsabilidad civil por accidentes de trabajo a cuya producción ha contribuido el trabajador*. págs. 441-453, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.): *Nueva sociedad y derecho del trabajo*, La Ley, Madrid, 2004, pág. 453.

(113) LAPOYADE DESCHAMPS, C.: *La responsabilité...*, pág. 38.

(114) Artículo 29 LPRL.

del trabajador tuvo causa en una actuación culpable previa del empresario, de modo que sin ella nunca se habría producido culpa de la víctima desencadenante del daño, esta última no será relevante a efectos de moderación o exoneración de responsabilidad empresarial. En otros términos, la culpa de la víctima, cuando se produce posteriormente a la del empresario, únicamente sería relevante cuando entre ambas no exista una relación de causalidad¹¹⁵.

A partir de aquí se plantea la cuestión de si existe culpa relevante cuando el trabajador efectúa su trabajo sin que existan medidas de seguridad a su disposición y sin orden ni conocimiento del empresario de realizar su labor. Es posible que aquí exista un incumplimiento de su deber de autoprotección, pero en un grado mínimo de negligencia, debido a esta causalidad de culpas y al artículo 15.4 LPRL, por lo que, en todo caso, la posible culpa será irrelevante¹¹⁶. Su conducta no crea un riesgo nuevo sino que es el mismo que el empresario debió evitar¹¹⁷. Éste es un parámetro interesante a tener en cuenta ante situaciones de imprudencia profesional¹¹⁸.

b) Situaciones de simetría temporal

El caso de las denominadas faltas concomitantes o simultáneas de ambos sujetos son situaciones en que la culpa del agente es ignorada por la de la víctima y la de ésta no sufre influencia de la del agente¹¹⁹. En el sistema de responsabilidad civil francés, el tratamiento de ambos supuestos es similar. Se utiliza como baremo para determinar la incidencia o gravedad de la culpa el canon de diligencia abstracto, pero teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso y de la persona, así como el resto de requisitos de la culpa, en igual medida que en el caso del empresario. En este caso, la doctrina civil considera que no hay víctima y autor sino que ambos son agentes. De este modo, el análisis de la gravedad y de las consecuencias de cada culpa debería realizarse de forma independiente para

(115) Un ejemplo en que la culpa de la víctima es reacción de la del empresario se produce cuando no se pone a disposición del primero un casco y el trabajador efectúa su labor sin él aun cuando no actúe bajo el conocimiento del empresario; en cambio, es diferente la situación en que ambas culpas son independientes: el trabajador no utiliza guantes de protección y el empresario no realiza su labor de vigilancia.

(116) La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 27 de febrero de 2003 (AS 2003\3242) afirma que “aunque pueda reconocerse al trabajador un posible derecho de resistencia para negarse a cumplir la prestación de trabajo en condiciones que supone una amenaza para su seguridad, la falta de ejercicio de este derecho no supone consentimiento en la producción del daño, ni culpa concurrente que pueda compensar la de la empresa”. En un sentido opuesto: STSJ de Aragón de 6 de marzo de 1997 (AS 1997\992): También, IÑIGO CORROZA, E.: “Sobre la sentencia absolutoria de empresarios de la construcción por las lesiones de un trabajador fundamentadas en la imprudencia del propio trabajador. Comentario a la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de septiembre de 2003 (ARP 2003, 619)” en *Aranzadi Social*, núm. 18/2003, pág. 4, Ref. electrónica BIB 2003\1519.

(117) Sin embargo, hay que tener en cuenta que las obligaciones del empresario también tienen límites, de modo que si el trabajador no adopta las medidas de seguridad que sí se le han proporcionado, aprovechando que el empresario no se encuentra en ese momento vigilando, sí incurrirá en culpa relevante [STSJ de Madrid de 16 de mayo de 2005: (...) “el deber de vigilancia ha de interpretarse no como una obligación de control permanente de todas y cada una de las actividades productivas sino más bien como un deber de control periódico”].

(118) En todo caso, existen pronunciamientos judiciales que consideran que este tipo de situación conlleva una moderación, pero en los casos concretos del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, supuesto diferente debido a su especial naturaleza jurídica [Por ejemplo, STSJ del País Vasco de 1 de diciembre de 2004 (AS 2004\4022)].

(119) LAPOYADE DESCHAMPS, C.: *La responsabilité...*, pág. 20.

cada una de ellas¹²⁰. Sin embargo, en el seno de una relación laboral esto debe ser matizado, pues los criterios de valoración presentan un alcance diferente y, como se ha dicho desde el principio, la culpa de la víctima no puede valorarse sin tener en cuenta su relación con la del empresario¹²¹.

D) La profesionalidad de la imprudencia

El criterio de la profesionalidad de la imprudencia hace referencia al origen de la culpa. Este aspecto no ha sido recogido entre los que se utilizan para graduar la intensidad de la culpa pues la calificación como profesional o no de la imprudencia es una operación propia del ámbito laboral y, en concreto, del ámbito de la Seguridad Social, donde a partir del artículo 115 LGSS se distingue entre ésta y la imprudencia temeraria. El estudio de este criterio debe incluirse entre aquellos que la doctrina civil considera relevantes a efectos de la valoración de la conducta de la víctima, pues se trata de un elemento relacionado con la producción del daño. Por este motivo suele tenerse en cuenta por los tribunales¹²². Lo más relevante al respecto es que parece que una conducta o una imprudencia de tipo profesional suele dotar de menor relevancia a la conducta culpable de la víctima. En todo caso, como el análisis presenta importancia en lo que se refiere a los efectos de esta calificación, se realizará en un epígrafe posterior.

E) Otras circunstancias a valorar: la importancia del fundamento legal de la moderación de la responsabilidad

Los criterios anteriores son los principales a la hora de valorar las conductas concurrentes en la producción de un siniestro. Sin embargo, la jurisprudencia suele otorgar importancia a otra serie de circunstancias que influyen posteriormente en la moderación de la responsabilidad. Éstas pueden ser la edad, el parentesco, la existencia de un seguro o similares para ajustar el quantum indemnizatorio. Sin embargo, su valoración se tendrá o no en cuenta por los tribunales dependiendo del fundamento legal que se atribuya a la moderación de la responsabilidad. Hay que recordar que el CC no contiene ninguna referencia expresa a la culpa de la víctima. Por ello, el fundamento jurídico de la misma se ha situado tradicionalmente en el artículo

LA PROFESIONALIDAD DE LA IMPRUDENCIA NO HA SIDO RECOGIDA ENTRE LOS CRITERIOS QUE SE UTILIZAN PARA GRADUAR LA INTENSIDAD DE LA CULPA

(120) Esto remitiría al sistema de responsabilidades paralelas que se explicaba anteriormente.

(121) Op. cit., págs. 20 y ss.

(122) STSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2004 (JUR 2004\118157), entre otras.

1103 CC, cuya base es la equidad; sin embargo, posteriormente se fue otorgando mayor importancia al elemento causal, por lo que se discute si la moderación de la responsabilidad se sitúa en atención a la concurrencia de la conducta negligente de la víctima en la producción del daño. La diferencia fundamental entre la aplicación de uno u otro criterio es que, en el primer caso, sí se atenderá a estas “otras circunstancias” mencionadas, y en el segundo no.

Es tradicional la idea de que el criterio utilizado es el del artículo 1103 CC. A partir de él se moderaría una responsabilidad que pueda tacharse de desproporcionada e injusta. Este proceso sería, no obstante, posterior al análisis de la concurrencia de conductas¹²³, esto es, de los criterios señalados anteriormente. Sin embargo, cada vez son más sólidas las opiniones en el sentido de que no es la equidad la que opera en estas situaciones. De este modo, se encuentran opiniones como la de que “el juez no compensa equitativamente nada sino que se limita a condenar a aquél (el empresario) por los daños que él ha causado, eximiéndole de pagar los que el perjudicado ha causado en su propia persona o bienes¹²⁴, o lo que no cuadra al caso de estudio es que hay culpa de los dos, luego el que al otro se le aminore la cuantía de la reparación no se debe a que se libre de indemnizar parte del daño que él causó, sino a que no puede exigírsele que repare todo el daño que sólo en parte procede de su culpa”¹²⁵. Esto es, no es que se reste de la indemnización del empresario la parte correspondiente a la de la víctima, sino que lo que se produce es la indemnización por aquél únicamente de la parte que le corresponde del daño causado por su culpa. Quizá sea ésta la interpretación que más se adecua a la idea que anteriormente se señalaba de la inexistencia de una culpa de la víctima en sentido propio; por lo que no se produce una concurrencia o compensación de responsabilidades sino que únicamente la conducta de la víctima se valora en orden a tener en cuenta qué parte del daño, de acuerdo con los criterios anteriormente expuestos, corresponde al empresario y, por tanto, debe indemnizar.

Sin embargo esto plantea algunos problemas: uno de ellos, es la dificultad de realizar esta operación, aspecto que se analizará posteriormente; otro es la apreciación o no de esas “otras circunstancias”. En todo caso, lo cierto es que la práctica judicial en sede laboral suele acudir al artículo 1103 CC¹²⁶, aunque lo hace sin entrar a discernir cuál es realmente el fundamento jurídico utilizado¹²⁷. El procedimiento que sigue suele caracterizarse, como paso inicial, por determinar la existencia de responsabilidad del empresario y su

(123) SOLÉ FELIÚ, J.: “La concurrencia...”, pág. 894.

(124) YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 208.

(125) ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, tomo II, v. 2, *Derecho de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 495, citado por GUI-LARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La moderación de la culpa por los tribunales (Estudio doctrinal y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, pág. 157

(126) En realidad, la doctrina afirma que se acude a dos criterios: la mal llamada compensación de culpas, con base en los principios de proporcionalidad y ponderación de los elementos subjetivos, entre otros. Esto es, una proporcionalidad exigida respecto del daño causado [STS] de Galicia de 23 de febrero de 2002 (AS 2002\3307); [STS] de Madrid de 16 de mayo de 2005]; de forma principal, el criterio moderador del artículo 1103 CC., como facultad moderadora. (Para el establecimiento de estos criterios, MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: *Prevención de riesgos laborales...*, pág. 626.)

(127) MEDINA ALCOZ, M.: *La culpa de la víctima...*, pág. 231.

----- **Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo** -----

valoración; posteriormente, se establece la existencia de la culpa de la víctima, y, finalmente, a la hora de valorar el *quantum*, se tiene en cuenta el resto de requisitos. De este modo, la concreta valoración de la conducta de la víctima suele realizarse al valorar el *quantum* indemnizatorio. Por ello, se aplican los criterios moderadores con base en la equidad, no desde la apreciación de existencia de culpa, sino únicamente cuando le corresponde establecer la indemnización¹²⁸.

V. INCIDENCIA DE LA CULPA DE LA VÍCTIMA EN LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

Una vez constatada la existencia de una conducta culpable de la víctima concurrente con la del empresario, es necesario determinar si aquélla es relevante o irrelevante. Si se aprecia su relevancia, la teoría que sustenta su influencia sobre la responsabilidad del empresario es la de la ruptura o afectación del nexo causal de la conducta empresarial con el daño. La intensidad de esta afectación se mide a partir de la atribución a la víctima de una cuota causal que se obtiene a partir de la valoración conjunta¹²⁹, no sólo de los criterios anteriormente señalados, sino también de la propia conducta y cuota causal del empresario. De esta forma, hay ocasiones en que una culpa grave de la víctima puede llegar a no ser relevante dependiendo de la gravedad de la del empresario. En todo caso, hay que tener presente que se tiende a prestar más relevancia al criterio de la causalidad jurídica que al resto¹³⁰. Es decir, lo que se pretende es “desplazar la institución de la compensación de culpas al campo de lo causal, valorando los comportamientos limitando su aplicación a los supuestos en que se produce una interferencia en el nexo causal como consecuencia de la actuación negligente de la propia víctima”¹³¹.

Por tanto, es necesario determinar si el hecho de la víctima afecta al nexo causal de forma parcial o total, esto es, produciendo su ruptura. Es en este último caso cuando se habla de

(128) De hecho, se encuentran casos en la jurisprudencia donde criterios que aquí se han incluido en los otros grupos de valoración se consideran propios de la equidad: experiencia y formación profesional del interesado [SSTS de 18 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9105), 11 de julio de 1997 (RJ 1997\5605) y 30 de junio de 1997 (RJ1997\5409)]; previsibilidad del riesgo de daño [STS de 31 de julio de 1997 (RJ 1997\5529)]; observancia de las instrucciones recibidas [SSTS de 12 de julio de 1999 (RJ 1999\4772), 31 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9413)]; mecanismos de seguridad puestos a disposición de la víctima [SSTS de 20 de octubre de 1988 (RJ 1988\7594) y 28 de octubre de 1985 (RJ 1985\5086)]; conexión de las funciones propias del trabajador y los cometidos realizados al acaecer el accidente [SSTS de 1 de febrero de 1999 (RJ 1999\745) y 29 de septiembre de 1989 (RJ 1989\6388)].

(129) SOLÉ FELIÚ, J.: “La concurrencia...”, pág. 896.

(130) Esto hasta el punto de afirmarse en ocasiones que los restantes criterios son sólo indicios de la eficacia causal del comportamiento del trabajador (MEDINA ALCOZ, M.: *La culpa de la víctima...*, pág. 242.). En contra de esto, otros autores afirman que la valoración no sólo debe ser conjunta sino también equitativa y en atención a las circunstancias concurrentes en el caso (SOLÉ FELIÚ, J.: “La concurrencia...”, pág. 896). En el estudio que nos ocupa, la culpa de la víctima se considera, en todo caso, necesaria debido a las especiales características que presiden una relación laboral.

(131) STS de 26 de marzo de 1990 (RAJ 1731); STS de 27 de mayo de 1972 que “(...) la culpa de la víctima exonera al agente cuando es único fundamento del resultado, rompiendo el nexo causativo (...)”; SSTS de 14 de octubre de 1957 (RJ 1957\2865); 26 de junio de 1964 (RJ 1964\3687); 22 de septiembre de 1967 (RJ 1967\3325); 16 de octubre de 1967 (RJ 1967\3739); 26 de mayo de 1969 (RJ 1969\2864); 1 de octubre de 1985 (RJ 1985\4566); 1 de febrero de 1989 (RJ 1989\650), y SOLÉ FELIÚ, J.: “La concurrencia...”, pág. 884.

culpa exclusiva de la víctima¹³² y cuando, como se verá, se produce la exoneración total del empresario.

A) Efectos de la concurrencia de culpas: la compensación y graduación de la responsabilidad dependiendo del alcance de la culpa

Los efectos del comportamiento de la víctima y del empresario en la producción del daño final pueden diferenciarse según la moderación o exoneración de la responsabilidad y, como consecuencia, en la reducción o nula imposición de un *quantum indemnizatorio*¹³³. Pueden, por tanto, producirse dos situaciones: exoneración de la responsabilidad empresarial por culpa de la víctima; o mantenimiento de la misma, cada una de ellas en diversos grados.

a) La exoneración de responsabilidad del empresario

La exoneración de la responsabilidad empresarial es el caso más extremo de todos, pues determina la absolución del empresario del deber de indemnizar a la víctima. En estas situaciones, la gravedad de la culpa de la víctima es tal que rompe el nexo causal entre la conducta del empresario y el daño. Tradicionalmente, se afirmaba que esta exoneración podía tener lugar por una absorción de la culpa del empresario o por una culpa exclusiva de la víctima.

El supuesto de absorción de la culpa del empresario en aquél en que se aprecia una culpa de la víctima en un grado tan elevado que la culpa del empresario deviene en irrelevante. En cambio, la culpa exclusiva de la víctima es un supuesto que podría asimilarse al de fuerza mayor, en que se produce una situación imprevisible o, si previsible, inevitable por el empresario, no existiendo culpa por su parte¹³⁴. Sin embargo, esta clasificación ha sido muy criticada dado que los supuestos de absorción de culpa del empresario no se plantean en la práctica. Lo cierto es que los casos en que la jurisprudencia ha considerado que existía una absorción de la culpa del empresario son aquellos en que ésta era tan insignificante¹³⁵ que el resultado se habría producido de igual modo aun sin culpa de la víctima¹³⁶. De este modo, los supuestos de absorción se traducen en supuestos de culpa exclusiva de la víctima.

Por otra parte, hay que señalar que en los supuestos de culpa exclusiva de la víctima, no se plantea una exoneración en sentido estricto pues no existe responsabilidad del empre-

(132) Aquí es necesario realizar una advertencia previa. La utilización de términos como culpa exclusiva o absorción de culpas se debe a que son las expresiones propias de la doctrina, a pesar de que, como se sabe, se trate de una culpa en sentido impropio y, en realidad, nos refferimos a conductas o comportamientos.

(133) SANFULGENCIO GUTIÉRREZ, J.A.: "La responsabilidad civil...", pág. 355.

(134) MEDINA ALCOZ, M.: *La culpa de la víctima...*, pág. 141.

(135) En la práctica, cuando la cuota causal correspondiente al empresario es inferior al 10 por 100 se considera que existe culpa exclusiva de la víctima. En las restantes ocasiones, se procede a la moderación del *quantum indemnizatorio*.

(136) YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 208.

sario¹³⁷. Bien porque su comportamiento no tiene vinculación causal con el daño, bien porque éste no le resulta imputable objetivamente, bien porque ha sido diligente^{138 y 139}. El caso más claro es de la imprudencia temeraria¹⁴⁰ definida como aquella de gravedad extraordinaria y causa determinante del daño.

b) El mantenimiento de la responsabilidad empresarial

El mantenimiento de la responsabilidad empresarial puede venir derivado de la coexistencia de ambas conductas culpables o de la irrelevancia de la culpa de la víctima. La diferencia entre ambas se encuentra en la intensidad del efecto reductor de esta última sobre el quantum indemnizatorio.

A) La moderación de la responsabilidad empresarial

Es el supuesto en que coexisten ambas culpas, esto es, cuando ninguna de las dos es eliminada o absorbida por la otra. De este modo, la conducta de la víctima simplemente afecta parcialmente al nexo causal sin llegar a producir su ruptura. Ésta es la situación definida como “el expediente ideado para reducir la obligación de indemnizar hasta donde o en la medida en que el propio dañado sea el propio artífice de su mal, cuyo efecto es aminorar, por imperativos de equidad, la indemnización debida al demandante”¹⁴¹. Este sistema plantea las cuestiones referidas a la forma de atribución y al sustento de esa moderación.

**EL MANTENIMIENTO
DE LA RESPONSABILIDAD
EMPRESARIAL PUEDE
VENIR DERIVADA
DE LA COEXISTENCIA
DE AMBAS CONDUCTAS
CULPABLES O
DE LA IRRELEVANCIA
DE LA CULPA
DE LA VÍCTIMA**

(137) STS de 27 de enero de 1983 (RJ 1983\392) que declara que al no poder ser reprochada de culposa o negligente la conducta del demandado, “desaparece la base jurídica imprescindible para la imputabilidad del dicho demandado en la causación del accidente y la consiguiente relación de causalidad entre la actuación de aquél y el daño resultante”.

(138) Como establece la STSJ de Madrid de 16 de mayo de 2005 (STSJ 550/2005), en cuanto a la vigilancia del empresario, aunque en términos generales y no como solución a su caso concreto. No es que se absorba la culpa del empresario por la de la víctima, sino que no existe responsabilidad del empresario: “La vigilancia constante, adscribiendo un vigilante por cada trabajador exigiría un despliegue de medios (...) pero no hay que llevar tal vigilancia al extremo de comprobar en cada una de las labores que ejecuten sus operarios que utilizan las prendas de protección y que lo hacen adecuadamente, dado que esta intromisión en la vida profesional de los operarios podría afectar al respeto que merece su dignidad humana. (...) a salvo de trabajadores que no tengan la necesaria experiencia, antigüedad y cualificación profesional, el deber de vigilancia ha de interpretarse no como una obligación de control permanente de todas y cada una de las actividades productivas sino más bien como un deber de control periódico”. YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 208.

(139) SOLÉ FELIÚ, J.: “La concurrencia...”, pág. 888.

(140) GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Protección por accidentes de trabajo de la Seguridad Social y responsabilidad civil por riesgo” en *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004, pág. 389.

(141) STS de 13 de febrero de 1984 y ÁNGEL YAGÜEZ, R. de: *Tratado de responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 830.

La forma de esta atribución final no sigue una tendencia invariable en la jurisprudencia¹⁴². Existen pronunciamientos en los cuales se atribuyen cuotas de “responsabilidad”¹⁴³ a través del mecanismo de los porcentajes o, incluso, de cuartas partes o mitades. Esta última opción suele emplearse cuando al tribunal le es especialmente difícil determinar la contribución al daño de cada una de las partes; opción criticable, pues la especial posición del trabajador en la relación laboral debería comportar una presunción a su favor. En todo caso, sí existe una constante en la jurisprudencia y es la distribución de las cuotas causales o de participación en el suceso en un máximo del 90 por 100 y un mínimo del 10 por 100 entre los respectivos sujetos. Esto es debido a que los supuestos de contribución causal al suceso superior al 90 por 100 se estiman de culpa exclusiva del sujeto en cuestión¹⁴⁴.

En cuanto al sustento legal de la moderación, ya se advirtió que se observa una disparidad de procedimientos de determinación de la indemnización según se aplique el artículo 1103 CC o el criterio de la contribución de la víctima al daño. Debido a su más fácil resolución, la práctica judicial en sede laboral suele seguir el proceso correspondiente al artículo 1103 CC¹⁴⁵, esto es, el cálculo previo de la indemnización global y posterior resta de la cuota correspondiente a la conducta de la víctima.

B) Culpa irrelevante de la víctima

La segunda hipótesis de mantenimiento de la responsabilidad empresarial es aquella en la que concurre una culpa irrelevante de la víctima. Este resultado puede producirse, bien ante la consideración de que la culpa de la víctima es irrelevante porque su consentimiento no sea válido, su contribución al daño sea mínimo, o su gravedad irrelevante¹⁴⁶; o porque se esté ante un caso de lo que la doctrina francesa denomina culpa inexcusable del empresario. Ésta era definida tanto para el trabajador como para el empresario, hasta el año 2002, por la concurrencia necesaria de los siguientes requisitos¹⁴⁷: gravedad excepcional, teniendo en cuenta que para el empresario esa excepcionalidad se aprecia en abstracto y en el caso de un trabajador sería en concreto¹⁴⁸; consciencia; voluntariedad;

(142) Hay que tener en cuenta que los ejemplos de sistemas de atribución se obtienen tanto de la jurisprudencia laboral como de la civil, pues son muy numerosos los supuestos de accidente de trabajo con culpa de la víctima que se sustentan en este último orden.

(143) STSJ del País Vasco de 21 de octubre de 2003 (AS 2003\3766) y SOLÉ FELIÚ, J.: “La concurrencia de la culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo” en *Anuario de Derecho Civil*, 1997, v. II, abril-junio, pág. 896.

(144) SOLÉ FELIÚ, J.: “La concurrencia de la culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo” en *Anuario de Derecho Civil*, 1997, v. II, abril-junio, pág. 896.

(145) YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 259; SOLÉ FELIÚ, J.: “La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho Civil*, 1997, págs. 900-902.

(146) ÁNGEL YAGÜEZ, R. de: *Tratado de responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 820.

(147) CAMAS RODA, F.: “Las principales características de la normativa laboral de seguridad y salud en el trabajo en Francia” en *Derecho Social*, núm. 10, 2000, pág. 94.

(148) Esto, de acuerdo con su formación y demás caracteres analizados anteriormente.

Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo

injustificación; causa determinante del accidente de trabajo. Sin embargo, estos requisitos han sido suavizados a partir de tal fecha, facilitándose su reconocimiento: consciencia de la peligrosidad; que exista causalidad sin que sea necesaria la causalidad determinante; incumplimiento de medidas de seguridad. En todo caso, para la víctima, los requisitos son diversos al no depender de él la obligación de seguridad, manteniéndose los originarios excepto el de la causalidad determinante.

De este modo, la irrelevancia de la culpa de la víctima suele apreciarse cuando el daño se hubiera producido de igual modo aun sin la negligencia de ésta¹⁴⁹. Por este motivo, la cuestión que se plantea es, de nuevo, si este supuesto se produce en la práctica, ya que en estas situaciones lo que suele ocurrir es que, o bien la culpa de la víctima ya llega valorada al tribunal, o es que en realidad entre la conducta de la víctima y el daño no hay un nexo de causalidad. Además, debido a que el efecto de esta valoración será la atribución completa de la responsabilidad al empresario sin reducción del *quantum* indemnizatorio, se afirma que ésta es una cuestión más teórica que práctica pues el resultado no se refleja en la indemnización¹⁵⁰. Por último, y para finalizar este apartado, hay que tener en cuenta que esta valoración de la culpa de la víctima no se limita únicamente al *quantum* de la indemnización por daños y perjuicios sino que todos estos criterios se trasladan, de igual modo, a la apreciación de la cuantía del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, a partir del cual existen multitud de pronunciamientos judiciales¹⁵¹.

B) El papel de la imprudencia profesional y la imprudencia temeraria

A partir de la valoración de los elementos que determinan el alcance de la conducta del trabajador se producen esos efectos de moderación o exoneración de responsabilidad del empresario. Sin embargo, no es posible completar este estudio sin tener en cuenta la única referencia que existe en el ámbito laboral y de prevención de riesgos laborales a la conducta del trabajador; esto es, la previsión legal de las situaciones de imprudencia temeraria y profesional. La pregunta fundamental en torno a ellas es qué consecuencias tendría su apreciación en un caso concreto: si una exoneración total, o una moderación de la responsabilidad del empresario.

Por lo que se refiere a la imprudencia temeraria, su concepto es de origen doctrinal y jurisprudencial¹⁵², impidiendo, por ejemplo, en materia de Seguridad Social la calificación del siniestro como accidente de trabajo¹⁵³. En la imprudencia temeraria concurren los re-

(149) ÁNGEL YAGÜEZ, R. de: *Tratado...*, pág. 820.

(150) *Op. cit.*: págs. 819 y 822.

(151) Por ejemplo, la STSJ de la Comunidad Valenciana, Alicante, de 23 de mayo de 2002 (AS 2002\2205); STSJ de Galicia de 23 de febrero de 2002 (AS 2002\3307); STSJ de Andalucía, Sevilla, de 21 de noviembre de 2002 (JUR 2003\53644); STSJ de Andalucía, Sevilla, de 27 de febrero de 2003 (AS 2003\3242); STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de marzo de 2003 (AS 2003\3289); STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de marzo de 2003 (AS 2003\3292); STSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2004 (JUR 2004\118157).

(152) JIMÉNEZ GARCÍA, J.: "La imprudencia temeraria en los accidentes de trabajo", en *Revista de la facultad de ciencias jurídicas*, núm. 1, 1996, pág. 220.

(153) Artículo 115 LGSS.

quisitos de gravedad extrema y única causa del accidente de trabajo¹⁵⁴, entremezclándose de nuevo el criterio de la imputación objetiva y el de la gravedad de la culpa. Además, se le asocia tanto una idea de inexcusabilidad¹⁵⁵, como de peligrosidad¹⁵⁶. Por todo ello, se considera que la imprudencia temeraria es prácticamente equiparable al dolo¹⁵⁷.

Por otra parte, como se sabe, junto a la imprudencia temeraria, categoría reconocible en derecho civil, se encuentra la imprudencia profesional. Su definición se recoge en el artículo 115 LGGS al establecer que es la que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira. Esto es, la decisión de correr el riesgo se basa en la seguridad que otorga la posesión de especiales conocimientos. A partir de aquí se plantean diversas cuestiones.

La primera es si la conducta realizada por el trabajador, una vez se ha constatado que tiene su razón de ser en esa habitualidad, puede calificarse de temeraria o no; dicho de otro modo, si la temeridad impide por sí misma la calificación de una imprudencia como profesional. En este sentido, se ha afirmado que la imprudencia temeraria que propugna el artículo 115 LGSS es la de carácter extraprofesional y que la especificación del artículo 115 sobre la profesional no tiene sentido más que en el grado de temeridad, como excepción a la imprudencia temeraria que evita la calificación de accidente de trabajo¹⁵⁸. Por tanto, se recurre aquí a una clasificación de la imprudencia en la cual la diferencia entre la temeraria y la profesional es, únicamente, la posesión o no de conocimientos para enfrentarse voluntariamente a un peligro posible y conocido¹⁵⁹, y no la gravedad de la negligencia.

No obstante, estas objeciones son fruto del proceso histórico que integró en la ley la imprudencia profesional antes que la temeraria. Además, la jurisprudencia ha delimitado la imprudencia temeraria no sólo como aquella que presenta un grado muy notable de gravedad¹⁶⁰, dolo próxima¹⁶¹ y sin ninguna justificación¹⁶², sino también como la que mues-

(154) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "Culpa de la víctima y accidente de trabajo" en *Anuario de Derecho Civil*, 1970, XXIII, tomo II, pág. 582.

(155) Esto es, ninguna justificación legítima, situación que no se produciría en las conductas debidas a las órdenes del empresario (op. cit., pág. 591).

(156) Donde concurren dos aspectos: extrema probabilidad de acaecimiento de un siniestro y previsibilidad que haga estable ese peligro, esto es, que sea reconocible el peligro inminente creado (op. cit., pág. 585).

(157) Si bien se requiriere un grado muy notable de gravedad que explique esta equiparación (op. cit., pág. 584).

(158) RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: "Conducta temeraria del trabajador y accidente de trabajo", en GONZALO GONZÁLEZ, B.; NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (Dir. Coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid, Fraternidad Muprespa, 2000, pág. 365.

(159) STCT de 6 de mayo de 1983.

(160) JIMÉNEZ GARCÍA, J.: "La imprudencia temeraria en los accidentes de trabajo" en *Revista de la facultad de ciencias jurídicas*, núm. 1, 1996, págs. 217-218.

(161) STS de 9 de mayo de 1985 y RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: "Conducta temeraria del trabajador y accidente de trabajo" en GONZALO GONZÁLEZ, B.; NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (Dir. Coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pág. 375.

(162) STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de abril de 1991.

tra una actitud del trabajador que va contra las más elementales normas de precaución y cautela exigibles a toda persona normal¹⁶³; comportamiento abiertamente contrario al actuar propio de una persona de diligencia normal¹⁶⁴; conducta que asuma riesgos manifiestos, innecesarios y especialmente graves ajenos a la conducta usual de la gente¹⁶⁵; desprecio del instinto de conservación y clara conciencia y patente menosprecio del riesgo¹⁶⁶. Por tanto, se trata de una conducta que no tiene en cuenta ni el estándar de diligencia exigible al trabajador, ni el de un hombre de mediana prudencia y perspicacia. Esto no se adecua al concepto de imprudencia profesional, que lleva asociada una intencionalidad que no puede considerarse dolo próxima, sino que se ve atenuada por ese carácter profesional, esa seguridad de que los conocimientos que posee el trabajador disminuyen el riesgo de producción del daño. Por tanto, se merma el carácter de esa negligencia y del desprecio del riesgo¹⁶⁷. Así pues, es necesario considerar la profesionalidad y la temeridad como alternativas excluyentes^{168 y 169}, a pesar de que la primera se refiera al origen y la segunda al grado de la falta¹⁷⁰. En todo caso, hay que tener presente que, tanto por la presunción de laboralidad del accidente establecida en el artículo 115.3 LGSS, como por la particularidad de la relación laboral, la calificación de una conducta como temeraria debe hacerse con carácter restrictivo¹⁷¹.

**TANTO POR
LA PRESUNCIÓN
DE LABORALIDAD
DEL ACCIDENTE
ESTABLECIDA
EN EL ARTÍCULO 115.3
LGSS, COMO POR
LA PARTICULARIDAD
DE LA RELACIÓN
LABORAL,
LA CALIFICACIÓN
DE UNA CONDUCTA
COMO TEMERARIA DEBE
HACERSE CON CARÁCTER
RESTRICTIVO**

(163) STS de 16 de julio de 1985 (RJ 1985\3787).

(164) STS de 9 de mayo de 1985 (RJ 1985\2685).

(165) STS de 10 de mayo de 1988 (RJ 1988\3595).

(166) STCT de 12 de julio de 1988 y JIMÉNEZ GARCÍA, J.: “La imprudencia temeraria en los accidentes de trabajo” en *Revista de la facultad de ciencias jurídicas*, núm. 1, 1996, págs. 217-218.

(167) Concepción descrita por RODRÍGUEZ-PINERO, M.: “Culpa de la víctima y accidente de trabajo” en *Anuario de Derecho Civil*, 1970, XXIII, tomo II, págs. 594 y ss., y que califica como poco adaptada a la realidad actual.

(168) JIMÉNEZ GARCÍA, J.: “La imprudencia temeraria...”, pág. 218.

(169) A pesar de ello, existen opiniones doctrinales que afirman que los criterios de la habitualidad y repetición ya no son completamente válidos en un marco donde el cambio de trabajo es una constante. A partir de aquí, el carácter profesional no se situaría en la habitualidad del trabajo, sino en el trabajo, en la normalidad de la conducta realizada por el trabajador. De esta forma, sería temeraria toda conducta que conlleve un desprecio de las normas de juicio y sensatez indisculpables, poniéndose el acento, no en la profesionalidad o no de la imprudencia sino en su gradación (RODRÍGUEZ-PINERO BRAVO-FERRER, M.: “Conducta temeraria del trabajador y accidente de trabajo” en GONZALO GONZÁLEZ, B.; NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (Dir. Coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pág. 365).

(170) STSJ de Navarra de 19 de enero de 2005 (JUR 2005\104770); STSJ del País Vasco de 3 de marzo de 1998 (AS 1998\1287): “nos hallamos ante un supuesto de imprudencia profesional, que se produce por una excesiva confianza del empleado en su actuación, como consecuencia del ejercicio habitual de su trabajo, debido a una disminución del control consciente de su actuar, sustituido por un automatismo inconsciente (...) determinan a nuestro entender la falta de una conciencia del riesgo”.

(171) MATEU CARRUANA, J.M.: “El alcance de la presunción contenida en el artículo 115.3 de la LGSS (RCL 1994\1825) y la calificación como laborales de los accidentes acaecidos en el lugar y durante el tiempo de trabajo (Comentario a la STSJ del País Vasco de 1 de junio de 1999 (AS 1999\2629))” en *Aranzadi Social*, v. III, Parte Presentación, pág. 2918.

La siguiente cuestión es si en los supuestos de imprudencia profesional es posible la exoneración de responsabilidad empresarial o únicamente su moderación. Subyace aquí la idea de injusticia de tener en cuenta las imprudencias del trabajador por la realización de su trabajo que presidía la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900. Ante esta situación, existen opiniones que consideran que las imprudencias profesionales no influyen en la responsabilidad del empresario, entre otras razones porque éste está obligado a preverlas¹⁷². Otros, en cambio, afirman que, en función de su gravedad, la imprudencia profesional puede moderar o incluso exonerar de responsabilidad civil al empresario¹⁷³. Las razones que esgrimen se basan en que hay que tener presentes esas obligaciones del trabajador que se han analizado anteriormente y el hecho de que la exigencia de previsibilidad también juega en el caso del trabajador.

Ninguna de estas dos opciones es aquí compartida por completo. Si se parte de que la imprudencia profesional no puede producirse en grado temerario, debe rechazarse la exoneración de la responsabilidad del empresario en un grado inferior al de temeridad, pues no elimina su deber de cuidado. Esto resulta de su papel como garante de la seguridad, del cual se derivan los principios de desconfianza y la propia imprudencia profesional¹⁷⁴. Es más, la exoneración del empresario sólo se producirá cuando concurra una culpa grave donde la cuota causal de la víctima sea mayor de un 90 por 100, quebrándose el nexo causal de la conducta empresarial con el daño.

Por lo que se refiere a la moderación de la responsabilidad por imprudencia profesional, se ha afirmado que la única culpa relevante del trabajador es aquella en que existe asunción personal, consciente y notoria del riesgo incumpliendo las instrucciones y órdenes del empresario, como forma de justificar que únicamente la extraprofesionalidad puede moderar la responsabilidad¹⁷⁵. Sin embargo, no sólo hay que tener en cuenta el resto de criterios anteriormente señalados, como es el de la causalidad jurídica determinante¹⁷⁶, sino también el hecho de que una imprudencia profesional también reviste una asunción del riesgo, y en ocasiones puede producirse también en desobediencia a las instrucciones recibidas, pero atenuada por esa confianza que le otorga la experiencia o repetición en el trabajo. Por tanto, la moderación sí será posible, si bien en casos de imprudencia cualificada, ya que hay que tener presentes las previsiones del artículo 15.4 LPRL.

(172) GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: "Responsabilidad civil por accidentes de trabajo a cuya producción ha contribuido el trabajador" en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.): *Nueva sociedad y derecho del trabajo, La Ley*, Madrid, 2004, pág. 451.

(173) ALONSO OLEA, M.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 18ª edición, 1998, pág. 78, citado en NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *Responsabilidad civil empresarial y riesgos laborales*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 139 y SSTs de 18 de noviembre de 1998 y 8 de octubre de 2001.

(174) SAP de Córdoba de 24 de julio de 2000 (ARP 2000\2123).

(175) NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *Responsabilidad civil empresarial y riesgos laborales*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 143.

(176) En este caso, se llegaría a la conclusión de que no existe relación de causalidad entre la conducta del empresario y el daño, con lo que no existiría responsabilidad empresarial.

Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo

En definitiva, la imprudencia profesional no debería eximir, aunque sí moderar, de responsabilidad al empresario a no ser que el resto de criterios a valorar establecieran que su actuación fue causa determinante del daño.

VI. CONCLUSIONES

En primer lugar, la contribución de un trabajador a la producción de un accidente de trabajo del que es víctima, sólo tiene relevancia en cuanto a la producción de efectos en la consiguiente responsabilidad civil empresarial. Esta relevancia no implica la existencia de una responsabilidad paralela de la víctima, sino únicamente la presencia de un elemento externo que incide sobre el nexo de causalidad existente entre la conducta del empresario y el daño producido. Para su análisis debe tenerse en cuenta, no sólo lo referido a la culpa de la víctima sino, más en general, su conducta, teniendo presente por tanto su contribución a la producción del daño.

En segundo lugar, los criterios que deben servir de guía para determinar el posible alcance del comportamiento de la víctima son los siguientes: imputación objetiva, gravedad de la culpa, momento temporal, profesionalidad de la imprudencia y otras circunstancias no relacionadas con la contribución de la víctima al daño y que, en sede laboral, son aplicables a partir del artículo 1103 CC como son la edad de la víctima, el parentesco o la existencia de un seguro. La apreciación de estos criterios debe realizarse en su conjunto y teniendo en cuenta la conducta culpable del empresario; es decir, partiendo del hecho de que la determinación del alcance de la conducta de la víctima es indisoluble de la del empresario.

De este modo, el criterio de imputación objetiva pretende establecer el grado de contribución de la víctima a su propio daño a partir del incumplimiento de la norma. Para ello debe tenerse presente la nulidad de los pactos de aceptación del daño, la inaplicación del criterio de asunción de riesgos en el ámbito laboral y la relevancia de la culpa de la víctima cuando ésta es un menor. En cuanto a la culpa de la víctima, éste es un concepto impropio que puede definirse de forma equivalente a la del empresario pero cuya valoración sigue cánones menos rigurosos fundamentados en la posición de garante de seguridad que tiene el empresario y en el carácter secundario de las obligaciones del trabajador. De esta forma, habrá que tener en cuenta: las características personales del trabajador; la naturaleza de las medidas de prevención previstas en la empresa; la formación del trabajador y las instrucciones provenientes del empresario.

En el elemento de temporalidad, no será relevante la conducta culpable de la víctima que sea consecuencia o derive de una previa del empresario. Por último, la profesionalidad constituirá un criterio de atenuación de la relevancia de la culpa de la víctima. A partir del concepto de imprudencia temeraria y profesional, se ha llegado a la conclusión de que ambas son alternativas excluyentes. De modo que la imprudencia profesional no puede llevar a la exoneración de la responsabilidad empresarial, si bien sí a su moderación. En todo caso, para alcanzar esta conclusión será necesario tener en cuenta la actuación conjunta de todos los criterios anteriormente descritos.

En tercer lugar, la conducta de la víctima puede producir una ruptura total o parcial del nexo causal entre la conducta del empresario y el daño causado. Esto determina dos posibles efectos: exoneración y mantenimiento de la responsabilidad empresarial. La exoneración se produce en los supuestos de culpa exclusiva de la víctima, y suele apreciarse en situaciones de imprudencia temeraria de cualquier tipo o en ausencia de responsabilidad empresarial. En el caso del mantenimiento de la responsabilidad empresarial, ésta puede presentarse: por la coexistencia de ambas culpas produciéndose una moderación de responsabilidad, generalmente a través de la detracción de la cuota de participación de la víctima respecto de la responsabilidad del empresario; por la culpa irrelevante de la víctima, bien por presencia de pactos nulos o por presencia de culpa inexcusable del empresario, con efectos de mantenimiento de la indemnización íntegra.

En definitiva, puede afirmarse que, en el marco de un accidente de trabajo, la conducta de la víctima será considerada relevante de acuerdo con los siguientes criterios: irrelevancia de los pactos y del consentimiento de la víctima al daño o al riesgo; conocimiento de riesgo, teniendo en cuenta los factores de formación, experiencia e información; culpa cualificada que no mantenga relación de causalidad con la del empresario; por tanto, que el desarrollo de la conducta causante del daño no dependa de las órdenes o instrucciones del empresario o de procedimientos exigidos; que las situaciones de imprudencia profesional se tengan en cuenta únicamente como criterio de reducción de la indemnización, siempre que no sean causa determinante del suceso.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MELLADO, C.L.: “La culpabilidad como fundamento de la responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral” en *Aranzadi Social*, 2003, v. V, págs. 1217-1226.
- ÁNGEL YAGÜEZ, R. de: *Tratado de responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993, 1103 págs.
- BARAONA GONZÁLEZ, J.: “La culpa de la víctima en los accidentes de trabajo: dogmática y jurisprudencia chilena”, *Versión escrita de la conferencia del autor en el VI Seminario sobre Actualización en Derecho de Daños, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Santiago de Chile)*, los días 18, 19 y 21 de octubre de 2004, 43 págs. Dirección internet: <http://hechosdelajusticia.org/quinta.htm>.
- BUENDÍA JIMÉNEZ, J.A.: “Algunas reflexiones acerca de la responsabilidad empresarial por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Murcia de 23 de enero de 2001” en *Aranzadi Social*, 2001, Parte Presentación, v. I, págs. 3300-3308.

Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo

- CALVO GALLEGU, F.J.: “Responsabilidad civil y orden jurisdiccional competente: ¿el final de una prolongada discusión? Comentario a las SSTs de 11 de febrero (RJ 2000, 673), 6 (RJ 2000, 3104) y 26 de mayo de 2000 (3497)” en *Aranzadi Social*, núm. 13/2000, 15 págs., Ref. electrónica BIB 2000\1507.
- CÁMARA BOTÍA, A.: “El derecho del trabajador a interrumpir el trabajo en caso de riesgo grave e inminente para su vida y salud: un apunte sobre sus precedentes normativos y jurisprudenciales” en *Aranzadi Social*, v. I, Parte Estudio, págs. 2759-2770.
- CAMAS RODA, F.: “Las principales características de la normativa laboral de seguridad y salud en el trabajo en Francia”, en *Derecho Social*, núm. 10, 2000, págs. 81-95.
- CARDENAL CARRO, M.: “El recargo de prestaciones y la nueva legislación sobre prevención de riesgos laborales. STSJ Castilla y León (Burgos) 26 enero 1998 (AS 1998, 37)” en *Aranzadi Social*, vol. I, 1998, Parte Presentación, págs. 2484-2486.
- CASADO DÍAZ, S.: “Accidentes de Trabajo: cúmulo de responsabilidades y competencia jurisdiccional” en *Aranzadi Civil*, 2000, v. I, págs. 1867-1882.
- CEBRIÁN DOMÍNGUEZ, E.: “Responsabilidad extracontractual derivada de los accidentes de trabajo: puntos críticos” en *Actualidad Laboral*, 1999, v. I, págs.45-68.
- DESDENTADO BONETE, A.: “Responsabilidad contractual por accidente de trabajo” en *Revista de Derecho Social*, núm. 2, 1998, págs. 83-105.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, 367 págs.
- GIL SUÁREZ, L.: “Responsabilidad civil o patrimonial derivada de accidente de trabajo: clases, elementos subjetivos y jurisdicción competente” en *Actualidad Laboral*, núm. 10/2005, Parte Estudio, págs. 1128-1141.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Derecho a la salud y control de los trabajadores” en *Relaciones Laborales*, núm. 6-7, 1990, págs. 81-95.
- “Las responsabilidades y sanciones en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales” en *AAVV: La seguridad y salud en el trabajo en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1997, págs. 155-180.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.; APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, 343 págs.
- GONZALO GONZÁLEZ, B., NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (Dir. Coord.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, 742 págs.

- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Obligaciones y responsabilidades del trabajador”, págs. 189-254, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M.R.; RODRÍGUEZ RAMOS, (Coords.): *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Navarra, 1996, 467 págs.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La moderación de la culpa por los tribunales. (Estudio doctrinal y jurisprudencial)*, Lex Nova, Madrid, 1999, 194 págs.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Protección por accidentes de trabajo de la Seguridad Social y responsabilidad civil por riesgo” en *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004, págs. 363-394.
- “Responsabilidad civil por accidentes de trabajo a cuya producción ha contribuido el trabajador” págs. 441-453, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.): *Nueva sociedad y derecho del trabajo*, La Ley, Madrid, 2004, 681 págs.
- HONORAT, J.: *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, LGDJ, París, 1969, 253 págs.
- ÍÑIGO CORROZA, E.: “Sobre la sentencia absolutoria de empresarios de la construcción por las lesiones de un trabajador fundamentadas en la imprudencia del propio trabajador. Comentario a la Sentencia de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de septiembre de 2003 (ARP 2003, 619)” en *Aranzadi Social*, núm. 18/2003, 5 págs., Ref. electrónica BIB 2003/1519.
- JIMÉNEZ GARCÍA, J.: “La imprudencia temeraria en los accidentes de trabajo” en *Revista de la facultad de ciencias jurídicas*, núm. 1, 1996, págs. 205-224.
- LAPOYADE DESCHAMPS, C.: *La responsabilité de la victime*, Tesis doctoral, 1977, Universidad de Burdeos I, 659 págs.
- LUQUE PARRA, M.: *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, CES, Madrid, 2002, 223 págs.
- MANZANO SANZ, F.: “Infracciones, sanciones y responsabilidades (I)” en *Boletín de Prevención de Riesgos Laborales*, 2004, v. I, Parte Estudio, págs. 49-66, Ref. Electrónica BIB 2004\582.
- MARÍN CASTÁN, F.: “Jurisprudencia civil sobre accidentes de trabajo” en *II Jornadas nacionales sobre Responsabilidad Civil*, celebrado en Universidad de Alicante, 13 de enero de 2006.
- MARTÍNEZ MENDOZA, J.M.F.: “Las distintas responsabilidades dimanantes del accidente de trabajo y enfermedades profesionales por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales” en *Relaciones Laborales*, II/1999, págs. 657-720.

Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo

- MATEU CARRUANA, J.M. “El alcance de la presunción contenida en el artículo 115.3 de la LGSS (RCL 1994\1825) y la calificación como laborales de los accidentes acaecidos en el lugar y durante el tiempo de trabajo. Comentario a la STSJ del País Vasco de 1 de junio de 1999 (AS 1999\2629)” en *Aranzadi Social*, v. III, Parte Presentación, págs. 2916-2921.
- MEDINA ALCOZ, M.: *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003, 413 págs.
- MERCADER UGUINA, J.R. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y derecho de daños*, Madrid, La Ley, 2001, 272 págs. (Col. Biblioteca de Temas de Seguridad Social).
- NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *Responsabilidad civil empresarial y riesgos laborales*, Bosch, Barcelona, 2002, 286 págs.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La configuración del derecho de protección frente a los riesgos laborales” en CASAS BAAMONDE, M.E. (Coord.); PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (Coord.) págs. 3-16; VALDÉS DAL RÉ, F. (Coord.): *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, 338 págs.
- PIZÁ GRANADOS, J.: “Los siniestros laborales por imprudencia del trabajador asociada con la falta de previsión del empresario [Comentario a propósito de la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 15 de mayo de 2000 (AS 2000, 2614)]” en *Aranzadi Social*, núm. 13/2000, 4 págs., Ref. electrónica BIB 2000\1509.
- REGLERO CAMPOS, F.L.: “La conducta o la negligencia del perjudicado en la nueva Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor (RCL 1995\3046)” en *Aranzadi Civil*, v. III, Parte Estudio, págs. 157-167, Ref. electrónica BIB 1997\160.
- ROCA, E.: *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, 232 págs.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “Culpa de la víctima y accidente de trabajo” en *Anuario de Derecho Civil*, 1970, XXIII, tomo II, págs. 544-599.
- SANFULGENCIO GUTIÉRREZ, J.A.: “La responsabilidad civil empresarial por los daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo: una aproximación a los criterios judiciales imperantes y reflexiones en pro de una urgente reforma procedimental” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004, págs. 321-362.
- SOLÉ FELIÚ, J.: “La concurrencia de la culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo” en *Anuario de Derecho Civil*, 1997, v. II, abril-junio, págs. 865-902.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, 545 págs.

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. La supremacía de la Constitución: el principio de igualdad. A) Sujeción de la Ley al principio de igualdad. B) Sometimiento del convenio colectivo al principio de igualdad. **2. El convenio colectivo como fuente de Derecho del Trabajo.** A) Relación entre el convenio colectivo y la ley. B) Sucesión de convenios colectivos: regresividad. C) Convenio aplicable en supuestos de transmisiones de empresa. D) Convenio aplicable en empresas con multiactividad. **3. Otras fórmulas de regulación colectiva de las condiciones de trabajo.** A) Los convenios colectivos extraestatutarios. B) Las ordenanzas laborales: condiciones y límites de aplicación. **4. La autonomía individual como fuente de obligaciones laborales.** A) Relación del contrato de trabajo con la ley y el convenio colectivo. B) La condición más beneficiosa. C) El finiquito. **5. Dinámica de las fuentes y principios generales del derecho.** A) La aplicación de las normas sociales en el tiempo. B) ¿Cabe hablar de retroactividad de las sentencias y de la jurisprudencia? C) El principio *in dubio pro operario*.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas recogidas en los números 1 a 4 de 2006 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a 584).

1. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD**A) Sujeción de la Ley al principio de igualdad**

En relación a la supresión de los salarios de tramitación en los casos de despido improcedente sin readmisión que introdujo el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, en

vigor cuando se produce el cese del trabajador, y por tanto aplicable al caso, se plantea en la **STS de 20 de febrero de 2006**, I.L. J 2005, si estamos ante una regulación contraria al principio de igualdad, no sólo porque los despidos que tienen lugar durante el corto período de vigencia del referido Real Decreto-Ley 5/2002 se ven privados de salarios de tramitación, a diferencia de lo que venía sucediendo con anterioridad, y de lo que vuelve a suceder posteriormente, una vez entrada en vigor la Ley 45/2002, de 12 de septiembre, sino también porque, en el marco de lo que previene el Real Decreto-Ley 5/2002, la regla de privación del derecho a salarios de tramitación opera solamente en relación a supuestos de despido improcedente sin readmisión, no a situaciones en las que haya readmisión.

Resuelve la sentencia que no nos encontramos ante una regulación contraria al principio de igualdad, que, de serlo, no podría ser decretada por los jueces ordinarios sino que tendría por supuesto que ser reconducida mediante el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Sin un pronunciamiento de fondo sobre por qué la regla de no abono de salarios de tramitación en el supuesto de referencia no resulta contraria al principio de igualdad por contraste con lo que sucede en la normativa anterior y posterior al Real Decreto-Ley 5/2002 —simplemente se dice que la parte interesada no ha solicitado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, por lo que ésta no puede ser declarada judicialmente—, sí resuelve la sentencia por qué no es contrario al principio de igualdad no reconocer salarios de tramitación en casos de despido improcedente sin readmisión y sí en casos de despido nulo e improcedente con readmisión. Primero, porque no estamos ante una diferencia que responda o pueda relacionarse en principio con ninguna de las causas típicas de discriminación prohibidas por nuestro ordenamiento. Segundo, porque “las causas por las que un despido se califica como nulo o improcedente son distintas, dependiendo su calificación de las situaciones singulares y conductas individuales contempladas en cada caso”. Estos argumentos —concluye la sentencia— “son válidos para rechazar las alegaciones (...) sobre infracción del artículo 14 CE y de los principios de aplicación de la norma más favorable y pro operario en base a que la sucesión normativa entre el Real Decreto-Ley 5/2002 y la Ley 45/2002 determinaría un efecto discriminador respecto al trabajador” al aplicar una normativa transitoria y perjudicial.

B) Sometimiento del convenio colectivo al principio de igualdad

La **STS de 16 de febrero de 2006**, I.L. J 146, se ocupa de la cuestión de cuándo el tratamiento jurídico diferenciado de situaciones que introduce un convenio colectivo deja de ser una operación lícita y pasa a convertirse en simple vulneración de los principios de igualdad y no discriminación. A propósito de un convenio colectivo que otorgaba ciertos privilegios en materia de reunión a los trabajadores afiliados a sindicatos con presencia en el Comité de Empresa —concretamente el derecho a participar en asambleas convocadas en determinadas condiciones dentro de la jornada de trabajo—, la sentencia resuelve que ni nos encontramos ante una vulneración de la libertad sindical de quienes no tienen presencia en los órganos de representación unitaria ni tampoco ante una previsión discrimi-

I. Fuentes del Derecho

minatoria o contraria al principio de igualdad, puesto que el dato de la implantación del sindicato en el Comité de Empresa es razón suficiente y proporcionada para introducir la diferencia de trato —el privilegio— que establece el convenio.

Dice la sentencia que “el criterio de la representación como causa determinante de la desigualdad de trato se declaró por el Tribunal (...) acorde con la Constitución Española”, pues “el reconocimiento y existencia del sindicato más representativo no puede suponer un atentado al principio de igualdad y libertad sindical”, dado que “en un régimen de pluralismo sindical no resulta irrazonable la adopción de algún criterio no discriminatorio que trate de evitar el peligro de la atomización sindical para los trabajadores”. También la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical utiliza la mayor representatividad sindical como criterio para la introducción de tratamientos diferenciados, sin que ello pueda ser visto como contrario al principio de igualdad y no discriminación. Resulta por tanto —concluye la sentencia— que “el concepto de mayor representatividad, así como el de mayor implantación, son criterios objetivos, y por tanto constitucionalmente válidos, para fundamentar o legitimar una desigualdad de trato”, siempre claro dentro de los límites de la regla de proporcionalidad. En el caso, la sentencia entiende que la diferencia de trato que introduce el convenio no es irrazonable ni desproporcionada, no sólo porque aparece establecida por convenio colectivo —que cumple no sólo una función de mejora de derechos legalmente reconocidos, sino también un papel modulador de los mismos—, sino también porque simplemente se trata de una mejora que no priva a otros sindicatos ni a sus afiliados de sus derechos de actividad sindical.

La **STS de 15 de febrero de 2006**, I.L. J 190, dispone que es lícito que un convenio colectivo establezca diferencias de retribución entre sus trabajadores siempre que las mismas respondan a razones objetivas y sean proporcionadas. En un supuesto en el que se había impugnado la previsión de un convenio en que se creaba un nuevo nivel profesional con retribuciones inferiores la sentencia dice que ello no constituye vulneración ninguna del principio de igualdad en la medida en la que la creación de este nuevo nivel profesional “obedece a la misma razón que justificó la de los demás niveles, que no es otra que la que preside cualquier distribución de funciones por este sistema, o sea, la de retribuir mejor a quien ha acreditado mayor experiencia y/o capacidad en el desarrollo de las funciones que tiene atribuidas su grupo profesional”. El hecho de que el nuevo nivel profesional que se crea tenga una retribución inferior —dice la sentencia— “es conforme con el hecho de que en toda organización del trabajo hay quien tiene reconocido un salario inferior al de otros por razones de profesionalidad, antigüedad, conocimientos o capacidad de trabajo, y en tal sentido debe estimarse objetivamente justificada esa diferencia”, pues conviene no olvidar —continúa— que “en el artículo 14 CE no se contiene una previsión de igualdad de trato de carácter absoluto cuando se trata de relaciones privadas” y que “el trato desigual entre privados sólo puede considerarse contrario al principio de igualdad si carece de justificación objetiva, razonable y proporcionada al fin que se pretende conseguir”.

Conforme a la **STS de 16 de enero de 2006**, I.L. J 355, no hay vulneración del principio de igualdad y no discriminación cuando un convenio colectivo establece distintas retribuciones y condiciones de trabajo (cómputo de jornada, excedencias, contratación

temporal) en virtud del “único criterio de la fecha de contratación y el reconocimiento de una condición más beneficiosa para los trabajadores que ingresaron en la empresa antes de determinada fecha”. Aunque el convenio colectivo está sometido al principio de igualdad, éste es compatible con la introducción de diferencias siempre que estén basadas en circunstancias objetivas, fundadas y proporcionadas. La sentencia considera por ello conforme con el principio de igualdad establecer peores condiciones de trabajo para quienes más tarde han ingresado en la empresa cuando ésta: (1) ha experimentado “una profunda transformación empresarial”, al pasar de una posición de monopolio a una situación de competencia; (2) ha acreditado “la necesidad de adecuar sus estructuras organizativas y productivas” mediante la práctica de “varios expedientes de regulación de empleo para adaptarse a la nueva situación”; (3) tiene que pasar a competir con “empresas que se abren a la situación de competencia sin el lastre del necesario respeto a condiciones laborales preexistentes en épocas de la bonanza monopolística”; (4) tiene pactada en convenio un compromiso de “respeto *ad personam* de las condiciones más beneficiosas, pero sin intención de extenderlas a trabajadores de nueva contratación para evitar el colapso de la actividad empresarial”; (5) está sometida a procesos de “innovación tecnológica y de medios de producción que requieren una mayor capacitación técnica para su implantación y desarrollo”; (6) está, en fin, operando cuando el ordenamiento laboral ya permite sin complejos la regresividad de los convenios colectivos, conforme dispone el artículo 82.4 ET.

Es evidente —dice la sentencia— “que existen circunstancias que obligaron a los negociadores del convenio a tomar una serie de medidas que salvaguardaran los intereses colectivos y la propia continuidad de la empresa, evitando que los costes laborales asumibles durante el monopolio no impidieran la competitividad en el libre mercado, puesto que las condiciones laborales de los competidores no eran equiparables, lo que avala que en el supuesto no se haya producido infracción en el principio de igualdad de trato, al respetarse los derechos adquiridos tanto colectiva como individualmente del personal anterior al momento de la (transformación de la empresa en sujeto que ha de operar en condiciones de competencia)”, razón por la que no cabe hablar de una ilícita “doble escala salarial”.

Admite igualmente la **STS de 14 de marzo de 2006**, I.L. J 374, que las situaciones de crisis empresarial pueden ser fundamento objetivo, razonable y proporcionado para establecer diferenciaciones de tratamiento retributivo según la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa. Según la sentencia, un convenio colectivo no vulnera el principio de igualdad y no discriminación cuando declara suprimidos a partir de cierta fecha determinados complementos retributivos, de modo que éstos no podrán ser percibidos por quienes ingresen en la empresa a partir de entonces, manteniéndose exclusivamente, como “garantía personal”, a quienes los venían disfrutando antes de la llegada de la fecha de referencia. O por lo menos sucede así siempre que pueda acreditarse que la razón por la que el convenio colectivo introduce esta regla restrictiva de los derechos de los nuevos contratados es la de paliar una situación de grave crisis empresarial que afecta seriamente a la capacidad competitiva de la empresa y que puede poner en peligro la viabilidad del empleo dentro de la misma.

I. Fuentes del Derecho

Dice la sentencia que aunque el convenio colectivo se encuentra sometido al principio de igualdad no es menos cierto que “la negociación colectiva, reconocida con rango constitucional en el artículo 37 CE y como fuente del derecho y derecho laboral básico, respectivamente, en los artículos 3.1 y 4.1.c) del ET, debe tener un marco de actuación que permita la regulación de la relación laboral en función de las concretas situaciones, de índole social y económica, que caractericen, en un momento dado, al concreto colectivo al que la misma va referida”. De modo que “si bien es cierto que esto no puede en modo alguno conllevar infracción de la norma legal, también lo es que debe reconocerse a los que negocian colectivamente la posibilidad de atemperar la regulación de la relación de trabajo a la peculiar situación del proceso productivo de la empresa o empresas en las que va a regir el pacto colectivo que de la negociación resulte”. Consecuentemente con esto, la sentencia viene a decir que no es contrario al principio de igualdad que el convenio colectivo, teniendo en cuenta la situación de grave crisis que viene atravesando la empresa, y para garantizar la viabilidad de la empresa así como del empleo –presente y futuro– en la misma, introduzca, dentro del conjunto de medidas paliativas que puede adoptar, un régimen de retribución más desfavorable para quienes ingresen a partir de cierta fecha.

En relación a la cuestión de por qué han de ser los trabajadores ingresados a partir de cierta fecha quienes tengan que soportar la carga del saneamiento de la empresa la sentencia contesta que ello obedece al hecho de que la situación de crisis empresarial “no es algo que surja de forma sorpresiva e inesperada, sino que por el contrario tiene tras de sí todo un recorrido de incidencias y negociaciones que abocan finalmente al acuerdo que ahora se impugna”. Como dice la sentencia, “no puede ni debe ignorarse que los trabajadores beneficiados con la distinta y mejorada retribución –los más antiguos– hubieron de asumir (en su día) las consecuencias de los avatares producidos en el seno de la empresa desde el momento en que empezó su situación de crisis (suspensiones contractuales, suspensiones de incrementos salariales y de jornada, etc.), lo que, obviamente, no afectó a los trabajadores de nuevo ingreso, quienes a su vez tienen en el pacto colectivo impugnado la garantía de un empleo estable”.

De cuanto queda razonado –concluye la sentencia– “cabe inferir que la medida de diferenciación retributiva entre trabajadores ya pertenecientes a la plantilla de la empresa y los que, ulteriormente, se integraron en la misma no entraña género alguno de discriminación y tiene, por el contrario, una justificación objetiva y razonable que claramente supera el juicio de proporcionalidad”. Pues debe tenerse en cuenta –termina diciendo– que “la grave situación de crisis empresarial existente en la empresa al tiempo de suscribirse el pacto colectivo impugnado y la finalidad de mantenimiento de la estabilidad en el empleo constituye una razón lógica y justificativa de la medida adoptada que, demás, resulta aceptada en la negociación colectiva llevada a cabo bajo el amparo del artículo 37.1 de la Constitución”.

La STSJ de Cantabria de 25 de enero de 2006, I.L. J 292, dictada a propósito de una Administración pública –un Ayuntamiento– que conforme a lo dispuesto en su convenio colectivo establece distintas fórmulas de cálculo del complemento de antigüedad de los trabajadores en función de su fecha de ingreso en la empresa, resuelve que ésta es una práctica contraria al principio de igualdad –no a una mera regla de no discrimina-

ción—, al carecer de justificación razonable y proporcionada. Dice la sentencia que “no hay causa o razón alguna que justifique una valoración de la antigüedad *ad futurum* de modo distinto para los dos colectivos de trabajadores cuando la diferenciación se hace exclusivamente en función de la fecha de su ingreso en la empresa, desfavoreciendo así, como señala la STC 24/2004, de 4 de marzo, a determinados trabajadores con relación a sus compañeros más antiguos por razón de un dato tan inconsistente como es el factor meramente temporal”. Las cláusulas convencionales que establecen la regla en cuestión “vulneran los principios de igualdad y no discriminación al no superar los controles de racionalidad y no arbitrariedad a los que se encuentran sometidos los empleadores públicos”.

Se ocupa la **STSJ de Cantabria de 1 de febrero de 2006**, I.L. J 345, de la posibilidad de que un convenio colectivo establezca becas de estudio sólo para los trabajadores de la empresa que tienen la condición de indefinidos, y no para los temporales, o, más precisamente, de una interpretación del referido convenio colectivo que proponía una lectura del mismo en este sentido. Tras recordarnos la sentencia que el convenio colectivo, por su carácter de fuente del derecho y valor normativo, no sólo se encuentra sometido a la regla de no discriminación sino también al principio de igualdad, la sentencia dice que no es fundamento objetivo y proporcionado para dar la beca de estudios a los empleados indefinidos y no a los temporales una presunta mayor vinculación de aquellos trabajadores a la empresa. Ciertamente, viene a decir la sentencia que tendría sentido que las becas se dieran sólo a los trabajadores más fieles a la empresa, puesto que éste sería el modo en que la empresa podría sacar provecho productivo de las ayudas que concede, pero que no cabe presumir que los trabajadores más fieles a la empresa sean los vinculados a ella con contratos indefinidos.

Con palabras de la sentencia, “si bien la duración del contrato no es un factor desdeñable a la hora de establecer ciertas diferencias —las que establece el convenio, o, mejor, su interpretación—, las diferencias han de tener su origen en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo o el régimen jurídico del contrato (...) que las expliquen razonablemente”. Y continúa diciendo que “en modo alguno puede admitirse la existencia de algún tipo de lógica intrínseca en la naturaleza y objeto de la beca de estudios que conduzca a pensar que cuando en una disposición se está previendo su aplicación a los trabajadores, sin distinguir modalidad de contratos, debe entenderse referida en caso de duda exclusivamente a los trabajadores fijos, pues el beneficio empresarial que se alega como causa —el presunto mejor rendimiento de quienes tienen mayor formación— también se produce mientras realiza estudios el personal temporal”. Así pues, “si la norma convencional que regula la concesión de las becas no toma en consideración una determinada duración del contrato, es decir, no contempla en su concesión la naturaleza indefinida o temporal del vínculo, no vemos cómo puede entenderse deducido a través de una interpretación de intenciones que las partes hayan partido de dicha consideración”.

2. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE DE DERECHO DEL TRABAJO

A) Relación entre el convenio colectivo y la ley

Según dispone la STS de 14 de marzo de 2006, I.L. J 272, el convenio colectivo puede en el ordenamiento español introducir regulaciones restrictivas de los derechos de los trabajadores cuando estos derechos no aparezcan reconocidos como indisponibles por ley y en todo caso cuando no se trate de derechos de clara configuración legal, al no estar explícitamente reconocidos por ley y derivar principalmente de operaciones interpretativas. Es el caso de lo que sucede, concretamente, con la retribución del tiempo de vacaciones, no concretada en el artículo 38 del ET y que atendiendo a lo que dispone el Convenio 132 de la OIT suele cifrarse en la remuneración normal o media que venga percibiendo el trabajador.

Conforme a una constante y pacífica doctrina jurisprudencial, dice la sentencia que para el cálculo de la paga de vacaciones el convenio colectivo puede excluir ciertos complementos retributivos del trabajador. “Esta posibilidad –continúa– de que una fuente de derecho interno como es el convenio colectivo establezca la no percepción durante las vacaciones del total de los complementos salariales que el trabajador haya percibido en su promedio –con el límite naturalmente de los mínimos de derecho necesario y de la ley y los derechos fundamentales– no es contraria ni al artículo 38 ET, que remite al convenio colectivo la regulación de las vacaciones (...) ni tampoco vulnera (...) el Convenio 132 de la OIT”, que es la norma que establece la obligación de retribuir las vacaciones según el salario promedio. La razón es que esta norma internacional establece que la legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio –entre otros instrumentos– de contratos colectivos o laudos arbitrales”. “En definitiva –viene a concluir la sentencia– el Convenio 132 se remite a la vía interna para determinar los conceptos retributivos que deben pagarse durante las vacaciones, y en este derecho interno adquiere singular relieve en nuestro ordenamiento el convenio colectivo, dado su rango de fuente del derecho”.

En relación al tratamiento retributivo que, en el ámbito sanitario, haya de darse a las llamadas guardias de presencia física –es decir, al tiempo en el que el personal sanitario, no trabajando propiamente, se encuentra a disposición de la empresa en el centro de trabajo (no sucede lo mismo en las guardias en régimen de localización, que no exigen presencia del trabajador en el centro sanitario)–, la STS de 21 de febrero de 2006, I.L. J 359, introduce dos importantes precisiones a propósito de los cometidos que puede asumir el convenio colectivo en la regulación de este tiempo de trabajo. La primera es que, una vez que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en aplicación de las Directivas comunitarias sobre tiempo de trabajo y seguridad y salud de los trabajadores, ha considerado las guardias de presencia física tiempo de trabajo efectivo, no cabe que los convenios colectivos, como sucede en el caso, definan el referido tiempo de trabajo como “jornada complementaria especial”, excluyendo el mismo del cómputo de la jornada máxima y, en consecuencia, para determinar si se desempeñan horas extraordinarias.

Dice la sentencia que cuando el convenio colectivo caracteriza el tiempo de trabajo en régimen de guardias de presencia física como jornada complementaria de carácter especial está en el fondo constituyendo una jornada especial más al lado de las que ha reconocido en nuestro ordenamiento el RD 1561/1995 con amparo en el artículo 34.7 del ET. Pero “con la particularidad de que el Estatuto de los Trabajadores no habilita a los Convenios Colectivos para crear esas jornadas especiales, sino sólo al Gobierno”, máxime cuando “el trabajo en hospitales no está previsto como especial a estos efectos ni en aquella ni en ninguna otra disposición legal o reglamentaria”. Por ello –continúa la sentencia– “no cabe introducir válidamente esa distinción entre tiempo de trabajo en planta y tiempo de trabajo en régimen de guardia de presencia, desde el momento en que en uno y otro caso el trabajador se encuentra a disposición del empresario y en el centro de trabajo, con la particularidad de que si bien el trabajo en guardia puede ser ciertamente irregular, dependiendo de factores imprevisibles, también cabe decir que se trata de un trabajo prestado en horas y circunstancias más incómodas”. Dado, en definitiva, que las guardias de presencia física son trabajo efectivo, porque así lo ha resuelto el TJCE, que nos encontramos ante una determinación de derecho imperativo, fuera del alcance de la autonomía colectiva, y que no hay una habilitación en las normas estatales, el convenio colectivo no es quien para definir tal trabajo como jornada especial y dotarlo de un régimen particular.

La segunda precisión que hace la sentencia sobre las funciones que puede asumir el convenio colectivo en relación a las guardias de presencia física guarda relación con la retribución de este tiempo de trabajo. La sentencia nos recuerda que el TJCE, definiendo las guardias de presencia física como tiempo de trabajo, nada dispone a propósito de su retribución, de modo que no cierra la posibilidad de que las mismas puedan ser retribuidas en una cuantía inferior a la del tiempo de trabajo ordinario. Pero, en todo caso, dice la sentencia que las horas de trabajo en régimen de guardia de presencia física que excedan el tope de jornada máxima, y que hayan de ser definidas en consecuencia como extraordinarias, sí tendrán garantizada su retribución en la cuantía al menos de las horas de trabajo ordinarias. La razón es que el artículo 35.1 del ET establece la regla de que las retribución de las horas extraordinarias “en ningún caso podrán ser inferiores al valor de la hora ordinaria”. Según la sentencia –y esto es lo que verdaderamente nos importa– esta regla es imperativa, de modo que queda fuera del alcance de la negociación colectiva pactar retribuciones inferiores para las horas extraordinarias. Aunque es cierto que antes de la Ley 11/1994 sí se admitía que el convenio colectivo pudiera establecer para las horas extraordinarias retribuciones inferiores al mínimo legalmente establecido esto era porque entonces este mínimo implicaba que el valor de la hora extraordinaria se incrementaba en un 75 % sobre el valor de la hora ordinaria, y era sobre este suplemento porcentual sobre el que se permitía jugar a la negociación colectiva. Pero actualmente esto no es posible, puesto que el ordenamiento ha hecho equivaler el valor retributivo mínimo de la hora extraordinaria con el valor retributivo de la ordinaria.

Dice la sentencia que si en la jurisprudencia anterior a 1994 era “lícita y válida la disposición o cláusula de un convenio colectivo en la que se fijara el valor de las horas extraordinarias en cuantía inferior a la que resultara de una interpretación excesivamente

I. Fuentes del Derecho

rigurosa del artículo 35.1 del ET”, ello guardaba relación con el hecho de que hasta aquel momento el valor mínimo de la hora extraordinaria se situaba un 75 % por encima de la ordinaria, de modo que “al eliminarse el histórico 75 % de recargo en el valor de la hora extraordinaria (...) se decidió suprimir la posibilidad de que por convenio colectivo se pudiese pactar un valor de la hora extraordinaria inferior al suelo normativo del valor de la hora ordinaria”. En su redacción actual, el artículo 35.1 del ET, cuando fija la mínima retribución de las horas extraordinarias, constituye “una norma legal imperativa y de derecho necesario que garantiza a los trabajadores la indisponibilidad de los derechos que la misma les confiere (artículo 3.5 del ET) y ello aun cuando la disposición tuviere lugar en virtud de lo pactado en convenio colectivo, pues la garantía que respecto de la negociación colectiva atribuye a trabajadores y empresarios el artículo 37.1 de la Constitución Española no impide en modo alguno que el legislador coloque a los convenios en un plano jerárquicamente inferior al de las disposiciones legales y reglamentarias [artículo 3.1.b) del ET] y exija también (artículo 85.1) que lo que en tales convenios se pacte lo sea dentro del respeto a las leyes”.

Se pronuncian en el mismo sentido, en casos idénticos, las SSTs de 21 de febrero de 2006, I.L. J 360, 21 de febrero de 2006, I.L. J 363, 22 de febrero de 2006 (Sala General), I.L. J 364, 6 de marzo de 2006, I.L. J 384, 24 de marzo de 2006, I.L. J 365 y 28 de marzo de 2006, I.L. J 379.

B) Sucesión de convenios colectivos: regresividad

La STS de 20 de febrero de 2006, I.L. J 213, dictada a propósito de ciertas mejoras voluntarias acordadas en convenio colectivo, nos recuerda que el principio de irregresividad ya no resulta aplicable en nuestro ordenamiento, de modo que el convenio colectivo que sucede a otro anterior no sólo puede mejorar las condiciones laborales que el mismo incorporaba sino también empeorarlas o incluso suprimirlas completamente. Conforme a lo que dispone actualmente el artículo 82.4 del ET, según el cual “el convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél”, aplicándose “en dicho supuesto (...) íntegramente lo regulado en el nuevo convenio”, la sentencia resuelve que “las partes que negocian convenios y acuerdos colectivos de eficacia general están habilitadas para disponer de las mejoras voluntarias establecidas por convenios o acuerdos colectivos anteriores, pudiendo por tanto modificar dichas mejoras”.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de febrero de 2006, I.L. J 339, dice que es lícito que el convenio colectivo posterior suprima un derecho –concretamente el derecho de los trabajadores al disfrute de un coto de caza– que aparecía reconocido por un convenio anterior. Simplemente porque, de acuerdo con el artículo 86.4 del ET “el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan”. Y –dice la sentencia– como el derecho de los trabajadores al coto de caza no deriva de un reconocimiento a título individual, y tampoco es un derecho de origen histórico, porque hubiese venido siendo en el pasado reconocido en normas reglamentarias, es obvio como hemos dicho que el convenio posterior puede disponer de tal derecho.

C) Convenio aplicable en supuestos de transmisiones de empresa

La STJCE de 9 de marzo de 2006, I.L. J 169 (Asunto Werhof, C-499/2004), se ocupa de la siempre compleja cuestión de la aplicación del convenio colectivo de la empresa cedente a la empresa cesionaria en supuestos de transmisión de empresas. La cuestión que se plantea concretamente es la de si la regla de aplicación del convenio de la empresa cedente –contenida en el artículo 3 de la Directiva 77/1987/CEE, sobre mantenimiento de derechos de los trabajadores en casos de transmisión de empresas– debe entenderse como una “regla dinámica”, que determinaría no sólo la sujeción al convenio vigente en el momento de la transmisión sino también a los que posteriormente se suscribieran por la empresa cedente, o bien como una “regla estática”, determinante sólo de la aplicación del convenio vigente con la transmisión, no de los posteriores.

Como quiera que la cuestión prejudicial es planteada desde el Derecho alemán, donde los convenios colectivos carecen de fuerza normativa y tienen que ser llamados desde el contrato, el problema se suscita en términos de si la llamada hecha desde el contrato de trabajo con la empresa cedente a la aplicación de los convenios colectivos que afecten a ésta implica o no que la empresa cesionaria, que carece de convenio colectivo, deba someterse a estos convenios, no sólo al vigente en la empresa cedente al momento de la transmisión sino también a los que luego sucedan a éste.

La sentencia resuelve que el mandato de la Directiva 77/1987/CEE, de respeto en la empresa cesionaria del convenio procedente de la empresa cedente, se traduce exclusivamente en la necesidad de dar aplicación al convenio vigente en el momento de la transmisión, y no los posteriores. Dice la sentencia que “del tenor de la Directiva no se desprende en absoluto que el legislador comunitario haya querido vincular al cesionario a otros convenios colectivos distintos del vigente en la fecha de la transferencia y, por consiguiente, imponer la obligación de modificar ulteriormente las condiciones de trabajo por aplicación de un nuevo convenio colectivo celebrado después de la transmisión”. La finalidad de la Directiva es “mantener los derechos y las obligaciones de los trabajadores vigentes en el momento de la transmisión”, no “proteger simples expectativas, y por tanto beneficios hipotéticos dimanantes de futuros convenios colectivos”.

La Directiva busca ciertamente proteger a los trabajadores en casos de transmisiones de empresa. Mas –aclara la sentencia– “no puede hacerse abstracción de los derechos del cesionario, que debe seguir pudiendo realizar los ajustes y adaptaciones necesarias para continuar su actividad”, posibilidad esta que se vería muy reducida caso de sometimiento de la empresa cesionaria a los sucesivos convenios de la empresa cedente. Una interpretación “dinámica” de la cláusula contractual que remite al convenio de la empresa cedente podría además poner en peligro la libertad de asociación negativa de la empresa cedente, en la que –no se olvide– no se encuentra vigente convenio colectivo ninguno. Debe por todo ello preferirse, concluye la sentencia, una interpretación “estática” de la cláusula contractual que remite al convenio de la empresa cedente, de modo que la cesionaria estará vinculada sólo por lo que disponga el convenio vigente en la empresa cedente en el mo-

I. Fuentes del Derecho

mento de la transmisión. El sometimiento a este convenio terminará a la fecha de su expiración, o en todo caso con la entrada de un nuevo convenio en la empresa cesionaria.

Trata la **STS de 13 de marzo de 2006**, I.L. J 226, de la conservación de un complemento salarial reconocido en acuerdo de empresa producida la transmisión de ésta a otro propietario. Aplicando el artículo 44.4 ET, la sentencia dice que la empresa adquirente no está obligada a que el convenio colectivo que se negocie en la misma después de la transmisión tenga que reconocer el complemento o los derechos retributivos que aparecían en el convenio colectivo de la empresa cedente. Este convenio obliga ciertamente a la empresa cesionaria tras la transmisión, pero sólo hasta el momento en el que dentro de ésta se negocie un nuevo convenio, no sometido desde luego a lo que haya podido venir disponiendo el convenio de la empresa transmitente para los trabajadores cedidos. El que este convenio disponga una garantía de no absorción o compensación del complemento retributivo objeto de la controversia en nada afecta al tratamiento que el nuevo convenio —el de la empresa cesionaria— puede dar a este complemento, puesto que esta regla de no absorción o compensación sólo puede tener eficacia en el ámbito que le es propio, que es el del convenio que la reconoce, que como hemos dicho deja de ser operativo una vez que en la empresa cesionaria se negocia un nuevo convenio.

Según la sentencia, “el artículo 44 ET no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino sólo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador”. Y continúa diciendo la sentencia que “las afirmaciones contenidas en (el convenio de la empresa cedente), relativas a que el meritado complemento no es compensable ni absorbible y que su modificación o supresión requiere el acuerdo de las partes, no afecta a los anteriores razonamientos, ya que ha de entenderse vigente durante el período normativo en que (tal convenio) se produce, mas sin vincular el contenido del nuevo convenio colectivo de acuerdo con las previsiones del artículo 86.4 ET”, previsión esta que dice que “el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan” —lo mismo que dispone el artículo 82.4 del ET—.

D) Convenio aplicable en empresas con multiactividad

La **STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2006**, I.L. J 296, se ocupa la cuestión de si en una empresa en cuyo seno se desarrollan actividades distintas, correspondientes a diversos sectores productivos, cabe aplicar simultáneamente todos los convenios sectoriales en principio llamados. Se trataba concretamente en el caso de una Administración Pública —un Ayuntamiento— carente de convenio colectivo propio y en el que determinados trabajadores —los de obras—, por la actividad que desempeñan, reclamaban la aplicación del convenio colectivo del sector la construcción.

La sentencia dice que “al no existir convenio de ámbito específico lo lógico es (...) que la relación laboral (...) quede sujeta al Convenio que con carácter general resulta aplicable

a todas y cada una de las empresas que se dedican a la misma actividad”, pues en otro caso “se crearía un injustificado vacío de regulación en los centros de trabajo a cargo del Ayuntamiento y se quebraría el principio de igualdad que consagra el artículo 14 CE, resultando indebidamente perjudicados los trabajadores que prestan servicios para un Ayuntamiento con respecto a los que los prestaran en la misma actividad para otra empresa en la que no concurriera la cualidad de Ente público”. Ciertamente, cuando las actividades desempeñadas en el seno del Ayuntamiento sean varias “puede resultar incómodo al Ente público empleador cumplir la normativa resultante de tantos convenios como actividades, pero este inconveniente puede fácilmente obviarse acudiendo a la solución de gestar un convenio colectivo propio o de empresa, en el que se regulen las condiciones de trabajo igual para todos”.

Concluye la sentencia que “careciendo las corporaciones locales de una actividad única o prevalente que permita determinar la aplicación de un concreto convenio colectivo cuando no existe convenio colectivo propio que pueda regular todas y cada una de las actividades a las que atienden aquéllas, en relación con el personal a su servicio para su desempeño se opta por la solución *ad hoc*, únicamente justificada para estos supuestos, que permite realizar una aplicación ecléctica de diversas normas convencionales para salvar el vacío de regulación existente en estos casos”. Máxime cuando, como sucede en el supuesto de que se trata, el convenio del sector de la construcción ha venido aplicándose con anterioridad, situación esta en cuya virtud puede decirse que muchas de sus reglas “se vienen a incorporar a las cláusulas contractuales de los respectivos contratos de trabajo más que tratarse de la aplicación de convenio alguno”.

3. OTRAS FÓRMULAS DE REGULACIÓN COLECTIVA DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

A) Los convenios colectivos extraestatutarios

La STS de 21 de febrero de 2006, I.L. J 193, se ocupa de la impugnación de un convenio colectivo extraestatutario en el que se contenían previsiones de alcance general e indivisible, potencialmente aplicables con carácter general y que podían por ello afectar a trabajadores no parte en el mismo. Dice la sentencia que “los convenios colectivos extraestatutarios son lícitos y válidos en el ordenamiento español siempre que limiten su eficacia al ámbito de aplicación de las entidades que los suscriben y en su caso a quienes se adhieran a ellos”. Y continúa estableciendo que “partiendo de esta premisa los pactos o acuerdos colectivos extraestatutarios no pueden regular condiciones de trabajo o empleo con proyección general para todos los trabajadores del ámbito funcional de aplicación, pues la eficacia *erga omnes* se reserva a los convenios colectivos negociados de acuerdo con las previsiones del Título III del ET”. La consecuencia que produce que un convenio extraestatutario contenga cláusulas del alcance general no es la simple ineficacia de estas cláusulas en su proyección relativa sobre determinados trabajadores. La sentencia va más

I. Fuentes del Derecho

lejos diciendo que “el desbordamiento del límite natural de la eficacia de los convenios extraestatutarios conlleva la nulidad de los pactos o cláusulas afectados”.

B) Las ordenanzas laborales: condiciones y límites de aplicación

La STSJ de La Rioja de 6 de febrero de 2006, I.L. J 517, resuelve hasta qué punto cabe hoy seguir entendiendo aplicables las Ordenanzas Laborales. A propósito de un caso de retribución de los trabajadores de la industria metalgráfica —se discute si tienen derecho a disfrutar un plus de penosidad reconocido en la Ordenanza Laboral de la Industria Metalgráfica, no en el convenio colectivo de aplicación—, la referida sentencia nos recuerda que actualmente las ordenanzas laborales han perdido completamente su vigencia, por haber sido derogadas. Y también que la única manera de entender aplicable lo que tales normas disponen es en virtud de una remisión expresa del convenio colectivo a las mismas.

Cuando esta remisión es expresa y concreta, referida a una materia determinada, no se suscitan mayores cuestiones. El problema surge cuando la referencia a la ordenanza laboral aparece hecha en el convenio colectivo de una manera completamente abstracta e inconcreta, simplemente indicando la aplicación “supletoria” de la ordenanza laboral “a todo lo no previsto en el presente convenio”, sin precisar campos o materias concretas. Pues bien, dice la sentencia que en estos casos la ordenanza laboral no puede entenderse aplicable cuando la materia o cuestión en la que se pretende su aplicación ha sido ya regulada de una manera cerrada por el convenio. Si el convenio contiene una regulación, aunque no sea explícita, de determinada materia no cabe entender aplicables las reglas concretas de la ordenanza laboral a la que se ha remitido genéricamente.

Dice la sentencia que si el convenio regula de forma completa y cerrada una determinada materia —en el caso de que se trataba la estructura del salario—, no es posible acudir a normas distintas de las contenidas en aquél. Ni siquiera cabría tal posibilidad cuando lo dispuesto en la ordenanza fuera más beneficioso para el trabajador, invocando el principio de norma más favorable. Pues esta regla, contenida en el artículo 3.3 del ET, exige que la ponderación se haga mediante una comparación global y en cómputo anual de cada una de las normas concurrentes, prohibiendo el llamado espiguelo. Señala la sentencia que “el artículo 3.3 del ET, que impone aplicar la norma más favorable para el trabajador, haciendo la apreciación en conjunto y en cómputo anual con respecto de los conceptos cuantificables, no autoriza la fórmula del espiguelo de uno y otro pacto, entresacando de cada uno de ellos lo más favorable para los intereses de una parte, sino que se ha de aplicar el más favorable para el trabajador en su conjunto, manifestación del llamado principio de indivisibilidad del convenio, basado en el equilibrio interno del mismo; y en el supuesto debatido la norma contenida en el convenio de aplicación resulta mucho más ventajosa para la parte demandante que el contenido establecido en la Ordenanza Laboral, norma esta mucho más parca y limitada en el establecimiento de derechos retributivos que lo establecido en el Convenio Colectivo que es aplicable”.

Se pronuncian en el mismo sentido las SSTSJ de La Rioja de 8 de febrero de 2006, I.L. J 513 y 514 y de 13 de febrero de 2006, I.L. J 515.

4. LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL COMO FUENTE DE OBLIGACIONES LABORALES

A) Relación del contrato de trabajo con la ley y el convenio colectivo

Según la STS de 7 de febrero de 2006, I.L. J 105, un convenio colectivo que introduce una reducción de la jornada ordinaria de trabajo y que no contiene reglas específicas para proyectar proporcionalmente esta reducción sobre los trabajadores contratados a tiempo parcial, de modo que éstos han de seguir trabajando las mismas horas que desempeñaban con anterioridad, no vulnera el ordenamiento jurídico. No cabe decir que el convenio contravenga lo establecido en estos contratos de trabajo al aumentar el porcentaje de horas de trabajo de estos trabajadores. Ciertamente, este porcentaje aumenta, pero la única razón por la que lo hace es porque se ha reducido la extensión de la jornada ordinaria que se toma como referencia, no porque aumente el número de horas de trabajo efectivo, que sigue siendo el mismo. Y si el número de estas horas se mantiene sin cambio, como lo pactado en los contratos individuales se refiere al número de horas reales, y no al porcentaje que las mismas representan en relación a la jornada ordinaria, no cabe decir que la regulación que introduce el convenio vulnere lo dispuesto en los contratos.

Trata la STS de 24 de enero de 2006, I.L. J 235, del régimen retributivo que ha de aplicarse al personal laboral indefinido no fijo del Servicio Canario de Salud, y más concretamente sobre si ha de reconocerse o no a estos trabajadores el derecho al complemento de antigüedad previsto en el convenio colectivo, en la medida en la que se han acogido en el contrato al sistema retributivo establecido para el personal estatutario en el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre. La sentencia, dicho de otra manera, trata de si, una vez que los trabajadores han asumido en virtud del contrato un régimen retributivo determinado, pueden tener derecho a que les resulten de aplicación previsiones de un sistema retributivo diferente –las relativas al complemento de antigüedad– por ser éstas más favorables.

Resuelve la sentencia que, efectivamente, el personal laboral indefinido no fijo del servicio Canario de Salud viene rigiéndose en sus retribuciones por el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, y no por el convenio colectivo que resulta de aplicación, y que ello es así –y es lícito– porque los trabajadores lo han admitido en el contrato. Estaríamos por tanto ante un caso de aplicación de la regla del artículo 3.1.c) del ET, que dice como es sabido que la relación laboral se rige por la voluntad de las partes manifestada en el contrato, y no por la ley o el convenio que sean de aplicación, siempre que ello resulte más favorable para el trabajador (y a condición de que no se vulneren reglas de derecho necesario). Ahora bien, la sentencia precisa que la aplicación de la regulación más favorable para el trabajador, por la que éste ha optado en virtud del contrato, ha de hacerse en bloque, sin posibilidad de espigüeo. Por esto niega que los mismos tengan derecho al complemento de antigüedad, toda vez que éste aparece reconocido en el convenio colectivo, cuya aplicación debe descartarse al haberse optado por acogerse al Real Decreto-Ley 3/1987. Dice la sentencia además que la asimilación del personal laboral indefinido no

I. Fuentes del Derecho

fijo al personal estatutario a efectos retributivos es perfectamente congruente con la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario, muchas de cuyas reglas se declaran aplicables indistintamente a personal estatutario y laboral. Se pronuncian de igual modo, en idénticos casos, las SSTS de 25 de enero de 2006, I.L. J 233, 10 de febrero de 2006, I.L. J 244, 13 de marzo de 2006, I.L. J 387, y 17 de febrero de 2006, I.L. J 505.

La STS de 8 de marzo de 2006, I.L. J 279, dando aplicación al principio de que la autonomía de la voluntad puede en todo caso mejorar lo dispuesto en la ley y el convenio colectivo [artículo 3.1.c) del ET] –aun cuando en ningún momento lo diga explícitamente–, dispone que si una empresa reconoce en acta de conciliación extrajudicial, tras la correspondiente reclamación del trabajador, una serie de derechos que no figuraban recogidos en el Acuerdo de empresa que regía la materia objeto de la controversia (en el caso los derechos remuneratorios de los trabajadores en supuestos de prejubilación), el empresario resulta en todo caso comprometido por lo pactado en el acta.

Al decir de la sentencia, constituyendo el acta de conciliación un acto o trámite de desarrollo del plan de prejubilación colectivamente acordado, “también parece incuestionable que la empresa aceptó la aplicación y puesta en práctica del Plan en los términos que se recogen (...) en el acta de conciliación”, pues si la voluntad de la empresa era pagar las prejubilaciones sólo en la cuantía que recoge el acuerdo colectivo “era necesario que se hubiese recogido y especificado tal limitación en la mencionada acta de conciliación, pues la misma en ningún momento se puede entender implícita o deducir de los términos del acta”. De otro modo: dado que el acto de conciliación dice más de lo que dice el acuerdo de empresa, y puesto que ello beneficia al trabajador, el empresario no sólo está obligado por el acuerdo colectivo sino también por la conciliación.

B) La condición más beneficiosa

En relación a un caso de sucesión empresarial, donde se planteaba la duda de si la empresa adquirente tenía que respetar cierto complemento retributivo reconocido a los trabajadores por la empresa cedente en virtud de acuerdo de empresa, la STS de 13 de marzo de 2006, I.L. J 226, resuelve que no cabe en este supuesto hablar en ningún caso de condición más beneficiosa, pues la ventaja retributiva que es objeto de cuestión no ha sido reconocida a título individual sino por medio de acuerdos de empresa, que afecta a los trabajadores a título colectivo. Viene por tanto la sentencia a aclarar que el hecho de que una norma colectiva atribuya –formalmente– a la ventaja que reconoce a los trabajadores el carácter de condición más beneficiosa no significa que ésta lo sea realmente, pues lo que determina la verdadera naturaleza jurídica de la condición más beneficiosa es la circunstancia material de su efectivo reconocimiento a título individual.

La ventaja de que se trata (el complemento retributivo) “responde –dice la sentencia– a Acuerdos, propiamente normas paccionadas, que regulan el régimen económico de todo el personal de las respectivas empresas, sin que conste dato alguno del que quepa inferir la existencia de una inequívoca voluntad empresarial de conceder de forma permanente a los trabajadores el complemento retributivo en cuestión, de modo que se entienda

incorporado a los contratos individualizados de cada trabajador”. La negación de la posibilidad de que las condiciones más beneficiosas puedan resultar de declaraciones de los convenios colectivos es jurisprudencia consagrada. Nos lo recuerda la **STS de 14 de marzo de 2006**, I.L. J 374.

En relación a la supresión por una empresa de los vales de comida gratuitos que daba a los trabajadores que tuvieran asignada determinada jornada laboral, dice la **STSJ de Cataluña de 2 de enero de 2006**, I.L. J 300, que la exigencia de que haya una efectiva y real voluntad por parte del empresario de otorgar un beneficio o ventaja a los trabajadores por encima de lo que dice la ley o el convenio, inexcusable para poder hablar de condición más beneficiosa, no requiere que tal exteriorización de la voluntad tenga que darse expresamente, puesto que puede producirse también tácitamente. Con las palabras de la propia sentencia, la condición más beneficiosa “no depende necesariamente de su concreción en pacto o contrato alguno (...), sino que puede surgir por la vía del uso empresarial”.

A propósito de un caso en que un trabajador es privado de un complemento retributivo de puesto de trabajo, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de enero de 2006**, I.L. J 444, nos recuerda que la condición más beneficiosa, como mejora reconocida al trabajador a título individual por encima de lo que disponen la ley y el convenio colectivo, exige que quede acreditada la voluntad por parte del empresario de conceder tal ventaja con carácter definitivo, no como mera concesión graciosa, sin que el mero disfrute del beneficio a lo largo del tiempo haga necesario presumir que tal voluntad empresarial de conceder la mejora existe efectivamente.

Según la sentencia, para que quepa apreciar la existencia de una condición más beneficiosa “se precisaría la prueba de la voluntad empresarial de atribuir al trabajador esa ventaja o beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual del trabajo”, bien entendido que “no es la mera persistencia en el tiempo lo que crea la condición más beneficiosa, sino que esa persistencia tiene que ser indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o convencionales aplicables, integrando así la reiteración de una declaración tácita de la voluntad del empresario de reconocer ese beneficio”. La diferencia “entre la concesión graciosa y la condición más beneficiosa radica –continúa la sentencia– en la habitualidad, regularidad, persistencia y disfrute en el tiempo, siempre que esa persistencia sea indicativa de la voluntad del empresario de reconocer el beneficio”. En el caso la sentencia no admite que la reiteración en el percibo del complemento de puesto de trabajo sea indicativa de existencia de condición más beneficiosa alguna, máxime cuando se trata de un complemento de carácter no consolidable, sólo disfrutado por el trabajador por haber desempeñado ciertos puestos.

En relación a un caso en el que los trabajadores venían disfrutando dos meses de vacaciones anuales conforme a lo pactado año por año con la empresa, resuelve la **STSJ de Murcia de 30 de enero de 2006**, I.L. J 465, que el empresario tiene derecho a establecer un régimen de vacaciones anuales mensual dado que la ventaja alegada por los trabajado-

I. Fuentes del Derecho

res no constituye condición más beneficiosa. Nos recuerda la sentencia que la condición más beneficiosa requiere acreditar la voluntad inequívoca del empresario de conceder un beneficio irrevocable a los trabajadores, voluntad que no puede derivarse exclusivamente de la mera y pura repetición y reiteración o persistencia en el tiempo de un estado de cosas. La reiteración es un indicio de voluntad empresarial de conceder una condición más beneficiosa, pero sólo esto, sin que pueda por ello determinar por sí sola que existe tal voluntad. En el caso, la sentencia resuelve que el disfrute de dos meses de vacaciones anuales no es condición más beneficiosa porque “la propuesta de calendario laboral y vacaciones se efectúa todos los años, lo que nos indica que estamos ante pactos con ámbito temporal limitado y no ante concesiones que, por su reiteración y repetición, se incorporan a la relación contractual”, máxime cuando “la propuesta de disfrute de las vacaciones efectuada por la empresa tiene su base y sustento en las necesidades y productividad de la misma”, de modo que puede decirse que “la medida adoptada por la empresa de conceder las vacaciones en los meses de julio y agosto (...) no es arbitraria ni caprichosa”, sino que responde a una causa concreta.

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 17 de febrero de 2006**, I.L. J 584, resuelve que el procedimiento de conflicto colectivo no es un cauce adecuado para reivindicaciones fundamentadas en condiciones más beneficiosas. La razón es que el carácter necesariamente individualizado de los derechos que se derivan de éstas impide que los mismos puedan reclamarse por un cauce diseñado para resolver litigios en los que se exige la presencia de un interés abstracto e indivisible de un grupo de trabajadores, y no meros intereses individuales, ni tampoco intereses de carácter plural.

Dice la sentencia que “aunque la petición —un complemento salarial— parece referirse a un grupo genérico e indiferenciado de trabajadores y solicitar meramente una declaración jurídica también indiferenciada, así como una condena al abono de los efectos económicos, es lo cierto que, en el fondo, la estimación de la demanda llevaría implícito un pronunciamiento de condena para la empresa (...), que se vería obligada a otorgar una cierta consideración jurídica a cada uno de los trabajadores afectados”. Así pues —continúa—, se trata, no de un conflicto colectivo propiamente dicho (...), sino más bien de un conflicto plural indeterminado y afectante a trabajadores concretos”. Aunque se trata de reclamaciones fundamentadas en el principio de condición más beneficiosa, en las que los derechos “tienen naturaleza personal y su disfrute es individual, debiendo tener siempre un origen contractual, rechazándose que puedan traer causa en una norma estatal o convencional”, lo cierto es que “para tratar de eludir el planteamiento de las correspondientes demandas individuales, lo que se ha hecho es formular una de conflicto colectivo para una multiplicidad de trabajadores que, aunque no se los haya señalado en la demanda con sus nombres y apellidos, podría perfectamente haberse hecho así, pero cuyas situaciones no son homogéneas sino individualizadas”. Se trata, así, de “un conflicto plural indeterminado, de tal suerte que el procedimiento al que se acudió al amparo de los artículos 151 y siguientes de la LPL es inadecuado”.

Señala la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de febrero de 2006**, I.L. J 544, que aunque las condiciones más beneficiosas no pueden derivar de pactos o convenios colectivos, sí es posible en cambio que puedan originarse de modo plural, cuando se re-

conocen a título individual pero a varios trabajadores a la vez. No es lo mismo reconocer derechos mediante un “pacto plural” o “una suma de pactos individuales”, que mediante un pacto o acuerdo colectivo. En aquel caso cabe hablar de condiciones más beneficiosas, no en éste. Y “lo que consta en hechos probados –dice la sentencia– es un acuerdo con los trabajadores concretos afectados y no un acuerdo colectivo con representantes colectivos o sindicales del conjunto de la plantilla”. Por tanto, continúa, “estamos ante una negociación plural de una determinada condición de trabajo y no ante una negociación colectiva”, lo que permite decir que “se trata por tanto de condiciones más beneficiosas individuales dimanantes de un conjunto plural de acuerdos de naturaleza contractual que vinculan a la empresa y deben ser respetados”.

Precisa además la sentencia que el hecho de que la empresa desempeñe su actividad en el marco de una concesión administrativa –la empresa prestaba concretamente el servicio de retirada de vehículos subcontratado por un Ayuntamiento– no impide el juego de la condición más beneficiosa, ni por tanto permite su supresión unilateral por la empresa. Concretamente, indica la sentencia que “tampoco puede verse extinguida la condición más beneficiosa por el hecho de que estemos ante una contrata para la gestión de un servicio público. Es falso que no puedan existir condiciones más beneficiosas en las empresas encargadas de la prestación de tales servicios, como se dice. Unas genéricas y no acreditadas necesidades de ese servicio público en ningún caso constituyen causa de supresión de la mejora”.

C) El finiquito

Viene a decirnos la STSJ de Baleares de 9 de enero de 2006, I.L. J 449, que el finiquito, como documento en el que pueden plasmarse acuerdos de voluntad sobre diversas cuestiones relacionadas con la extinción del contrato de trabajo –que van desde la liquidación y remate de cuentas y obligaciones hasta la propia finalización de la relación contractual–, es admisible en el ordenamiento laboral en la medida en que constituya una válida manifestación de ejercicio de autonomía privada.

Ahora bien, aun cuando deba reconocerse a los finiquitos, como expresión que son de la libre voluntad de las partes, la eficacia liberatoria y extintiva que les corresponde en función del alcance de la declaración de voluntad que incorporan, ello debe entenderse sin perjuicio de ciertas limitaciones, limitaciones que son mayores cuanto más importantes sean los derechos de los que puede estar disponiendo el trabajador en el negocio de finiquito. Por lo pronto, el finiquito, para ser válido, tendrá que constituir una adecuada representación de la voluntad de las partes, particularmente del trabajador, de modo que esté libre de vicios del consentimiento. Tendrá por otra parte que tener un objeto lícito y versar sobre materias en relación a las cuales sea lícita la transacción, nunca sirviendo de soporte a situaciones de renuncia de derechos laborales prohibidas por nuestro ordenamiento. Este tipo de exigencias operarán particularmente cuando se trate de documentos de saldo y finiquito en los que se acepte por el trabajador la extinción del contrato, no sólo por los derechos del trabajador que entran en juego en estos casos sino también por-

I. Fuentes del Derecho

que es aquí donde más frecuentes se hacen los abusos empresariales. En todo caso, dice la sentencia que no debe confundirse la dimensión que el finiquito tiene de aceptación del pago con una posible dimensión de aceptación de la extinción del contrato de trabajo. La aceptación de un finiquito en el que simplemente se saldan las cuentas entre las partes no supone necesariamente conformidad del trabajador con la decisión extintiva. Para que pueda imputarse este efecto al finiquito será necesario que ello pueda derivarse de las declaraciones del trabajador.

5. DINÁMICA DE LAS FUENTES Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

A) La aplicación de las normas sociales en el tiempo

Se ocupa la STS de 14 de febrero de 2006, I.L. J 148, de la importante cuestión de la sucesión de las leyes sociales, referida en el caso nada más y nada menos que a la derogación de la vieja regla del artículo 45 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974, relativa a la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las pretensiones laborales del personal estatutario, por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que aprueba el Estatuto Marco del Personal Sanitario.

Lo primero que viene a decir esta sentencia es que las normas deben aplicarse en principio a actos o situaciones que hayan tenido lugar durante su tiempo de vigencia, no a actos o situaciones anteriores (retroactividad) o posteriores (ultraactividad) –principio conocido como *tempus regit factum*–. Por supuesto, esto sólo es una regla general, puesto que estará en todo caso en manos de la norma posterior disponer cuál haya de ser el momento de cese e inicio de efectos de las normas saliente y entrante respectivamente. En el supuesto concreto la sentencia entiende en todo caso que la regla que debe tenerse en cuenta para determinar qué orden jurisdiccional es el competente para conocer de las reclamaciones presentadas por el personal estatutario es la que esté vigente en el momento de la presentación de la demanda por el interesado.

Como quiera que la demanda ha sido presentada una vez entrada en vigor la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que aprueba el estatuto Marco del Personal Estatutario, ésta habrá de ser la norma que deba tenerse en cuenta para decidir qué jurisdicción es la competente para resolver las reclamaciones del referido personal. Pero esta norma no contiene regla alguna de atribución competencial, ni al orden social ni al contencioso-administrativo. Ni siquiera deroga expresamente el artículo 45.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974. Ello no impide a la sentencia afirmar, de acuerdo con la previa sentencia de Sala General de 16 de diciembre de 2005, que el artículo 45.2 de la Ley General de Seguridad Social de 1974 ha sido derogado por la Disposición Derogatoria Única del Estatuto Marco del Personal Estatutario (Ley 55/2003). Y ello porque aunque el citado artículo 45.2 no aparezca en la relación de disposiciones que se declaran expresamente derogadas por esta disposición, ello no impide considerar al mismo afectado por la regla de derogación genérica que contiene la Disposición Derogatoria en cuya virtud “quedan derogadas o se considerarán en todo caso inaplicables al personal estatutario de los servicios de salud cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan o contradigan lo dispuesto

en esta Ley”. La regla de derogación genérica –viene a decirnos esta sentencia– no deja de trabajar porque la norma incorpore una regla derogatoria de carácter expreso y explícito.

Al decir de la sentencia, la atribución de competencia al orden social debe entenderse tácitamente derogada con la entrada en vigor del nuevo Estatuto Marco del Personal Sanitario. No sólo porque la regla de atribución de las cuestiones del personal estatutario a la competencia al orden social tenía carácter excepcional y transitorio. También porque la definición en el Estatuto Marco de la relación del personal estatutario como relación funcional especial, a la que han aplicarse las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente –la de la Comunidad Autónoma respectiva–, hace que sea lógico que la jurisdicción competente sea la del orden contencioso-administrativo, no el social, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con el artículo 1 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Trata la **STS de 16 de enero de 2006**, I.L. J 355, de la aplicación de las normas laborales en el tiempo a propósito de la importante cuestión de la prohibición de establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa a través de la negociación colectiva, modificada más de una vez en los últimos años. Según la misma, para saber si un convenio colectivo puede establecer cláusulas de jubilación forzosa lo primero que debe tenerse en cuenta es la fecha de firma y publicación del convenio en el BOE, pues la norma aplicable será la vigente en tales momentos (*tempus regit factum*). Como en el caso el convenio que establecía las cláusulas de jubilación forzosa se había firmado y publicado durante la época de derogación de la Disposición Adicional Décima ET, que es la norma que permitía a los convenios establecer cláusulas de jubilación obligatoria, parecería en principio que tales cláusulas de jubilación forzosa serían nulas.

La cuestión, sin embargo, no es tan simple, dado que la Ley 14/2005, de 1 de julio, no sólo ha reintroducido en nuestro ordenamiento la Disposición Adicional Décima del ET –permitiendo a los convenios colectivos establecer cláusulas de jubilación forzosa cuando concurren determinadas condiciones– sino que ha incorporado una previsión de aplicación retroactiva –Disposición Transitoria Única –, en cuya virtud se declaran convalidadas “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 por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación”. Es claro que, conforme a esta norma, en la que se ordena aplicar retroactivamente la Ley 14/2005, y que desplaza el principio *tempus regit factum*, que es una regla general de aplicación subsidiaria, las cláusulas de jubilación forzosa establecidas por convenio cuando no era posible hacerlo deben pasar a considerarse cláusulas lícitas.

Sin embargo, debe ponerse de manifiesto que esta retroactividad no es absoluta. Por lo pronto no alcanza a situaciones que hayan sido resueltas en virtud de sentencia firme. Pero tampoco debe alcanzar –y ésta es la principal aportación de la sentencia– a situacio-

I. Fuentes del Derecho

nes *sub iudice*. La sentencia nos recuerda que, conforme lo ya resuelto en la Sentencia de 10 de octubre de 2005 (Sala General) “la normativa aplicable a esta situación ha de ser la existente en el momento en que se generó la situación de litispendencia”, pues “aplicar a dicha situación la normativa 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 CE, sin que por otra parte quepa pensar que el legislador ha querido ir más allá en su retroactividad de lo que el derecho constitucional permite” –situación que obligaría a plantear la cuestión de inconstitucionalidad–.

La STS de 23 de marzo de 2006, I.L. J 373, dictada a propósito de la responsabilidad del FOGASA por salarios de tramitación, trata de si ha de aplicarse el Real Decreto-Ley 5/2002, que da una redacción al artículo 33.1 ET que no contempla tal responsabilidad, o bien si ha de aplicarse la Ley 45/2002, bajo cuya vigencia el referido artículo 33.1 ET reconoce la responsabilidad del FOGASA por salarios de tramitación. Hemos de decir que la extinción del contrato de trabajo –tanto el cese por el empresario como el auto judicial que declara extinguida la relación laboral por falta de ejercicio por la empresa de la opción por readmitir o indemnizar que establece la ley en despidos improcedentes– se produjo en 2002, dentro del ámbito de vigencia del Real Decreto-Ley 5/2002. Sin embargo, el auto de declaración de la insolvencia empresarial tuvo lugar al año siguiente, una vez entrada en vigor la Ley 45/2002. La cuestión obviamente, estriba en determinar qué hecho debe tenerse en cuenta –la extinción del contrato o la declaración de insolvencia– para determinar la legislación aplicable, pues uno nos conduce a la aplicación del Real Decreto-Ley 5/2002, y por tanto a excluir la responsabilidad del FOGASA, y otro nos lleva a aplicar la Ley 45/2002, y consecuentemente a todo lo contrario, es decir, a estimar la responsabilidad del FOGASA.

La sentencia resuelve que tomando en cuenta lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 45/2002 –norma que por ser la posterior es la que tiene la capacidad para determinar hasta dónde cabe aplicar la normativa que se deroga y hasta dónde alcanza en retroactividad la nueva regulación– la fecha a considerar es la de la extinción del contrato, no la de la declaración de la insolvencia empresarial. Y ello por cuanto es la extinción del contrato el hecho que esta disposición considera circunstancia relevante a efectos de determinar cuál ha de ser la legislación aplicable. Consecuentemente, como en la fecha de la extinción estaba vigente el Real Decreto-Ley 5/2002, en el que no estaba reconocida la responsabilidad del FOGASA en salarios de tramitación, no podrá reconocerse en el caso la responsabilidad del FOGASA, por mucho que el auto de insolvencia, que es el que hace nacer la responsabilidad subsidiaria del FOGASA, tenga lugar en un momento posterior, una vez que ha entrado en vigor la Ley 45/2002.

Dice la sentencia que “no cabe atribuir al auto de insolvencia, al momento en que esa situación se produce, el efecto de fijar unas consecuencias que no existían y que se restablecen en la nueva Ley 45/2002 para despidos o extinciones ocurridos con posterioridad a su vigencia”. Aunque es cierto que “la acción que se dirige contra el FOGASA no es directa, sino que tiene un carácter subsidiario, de modo que la obligación de pago no nace hasta que se produce la declaración de insolvencia”, la sentencia aclara que “una cosa es que la acción que se pueda dirigir contra el Fondo surja en el momento en que

se produce la insolvencia de la empresa, principal obligada al pago, y otra bien distinta es determinar si existe realmente el crédito en el momento en el que ha podido existir el título en el que se apoya la pretensión de abono frente al Fondo”. Y en esta tarea “nos encontramos en este caso con que la norma aplicable, como se dijo, la Disposición Transitoria Primera de la Ley 45/2002, fija las responsabilidades del Fondo previstas en el artículo 31.1 en el momento de la extinción del contrato”, ocurrido durante la vigencia del Real Decreto-Ley 5/2002.

Resuelve la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 22 de febrero de 2006**, I.L. J 558, que unos trabajadores que pactan su prejubilación a cambio del compromiso de la empresa de retribuirlos con una paga igual al salario neto vigente al momento de acordar la prejubilación tienen derecho a que se les reconozcan dos pagas extraordinarias aprobadas por un convenio colectivo posterior pero que se declara aplicable retroactivamente afectando a la fecha en la que se suscribió el acuerdo de prejubilación. La sentencia admite la aplicación retroactiva del convenio colectivo —es decir, su capacidad para regular situaciones que tuvieron lugar antes de su entrada en vigor— y dispone que si lo que el empresario se comprometió a pagar no fue una cantidad cierta, sino el 100 % de la retribución correspondiente a los trabajadores en el momento de prejubilarse, no cabe sino entender que éstos tienen derecho a las pagas extraordinarias objeto de controversia. Si el empresario se comprometió a pagar aquello a lo que el trabajador tuviera derecho en el momento de prejubilarse, y de la aplicación retroactiva del convenio colectivo resulta que el trabajador tiene derecho a las pagas de referencia, no cabe sino admitir el incremento de la paga de prejubilación. El que en el momento de acordarse la prejubilación no fuera actual el derecho de los trabajadores a las citadas pagas en nada afecta a esta conclusión ya que el convenio ha reconocido el derecho retroactivamente.

B) ¿Cabe hablar de retroactividad de las sentencias y de la jurisprudencia?

La **STS de 6 de febrero de 2006**, I.L. J 139, se ocupa de aclarar qué sucede cuando una sentencia o doctrina jurisprudencial propone para una determinada norma jurídica una interpretación que no concuerda con la interpretación que ha venido dándose a la misma desde el momento de su entrada en vigor. Concretamente la sentencia se pregunta cuál es el momento a partir del que puede reconocerse efectos a la nueva jurisprudencia, en el sentido de si ésta sólo debe proyectarse *ad futurum*, desde el momento en que se dicta la sentencia hacia delante, o si, por el contrario, debe aplicarse retroactivamente hasta el momento mismo de la entrada en vigor de la norma que se interpreta, alcanzando al tiempo en que la sentencia no existía y la norma era interpretada de otra manera.

En el caso que nos ocupa la cuestión se plantea a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2002, dictada en proceso de conflicto colectivo y que conlleva con efectos desde el 1 de enero de 2001 una reducción automática de las jornadas reglamentarias del personal dependiente del Servicio Andaluz de Salud adscritos a los turnos rotatorio y nocturno en 42 horas, correspondientes a los 6 días de libre disposición que se les reconoce como jornada efectivamente desempeñada en concepto de com-

I. Fuentes del Derecho

plemento de atención continuada, es decir, de una sentencia que condena a la empresa, que sólo venía reconociendo la citada reducción de jornada en relación a los trabajadores del turno diario, a reconocer este derecho también los trabajadores del turno rotatorio y del turno nocturno.

Dice la sentencia que “declarado –retroactivamente– en la sentencia de conflicto el derecho del personal del SAS que se encuentra adscrito a los turnos de trabajo rotatorio y nocturno a disfrutar de 6 días de libre disposición y que le sean computables como de trabajo efectivo, y por tanto incluidos en la jornada máxima anual correspondiente a cada turno, procede tener en cuenta que es jurisprudencia de este Tribunal Supremo, consolidada a partir de las sentencias de Sala General de 29 y 30 de abril de 2002” –reiterada posteriormente en otras muchas sentencias– la de que “la Jurisprudencia, en nuestro ordenamiento jurídico, no crea normas” puesto que “la función constitucionalmente encomendada al juzgador es la de interpretarlas y aplicarlas a caso concreto”, razón por la que “no cabe atribuir o negar a la doctrina jurisprudencial efectos retroactivos, pues tal eficacia temporal es propia de las normas, no de las resoluciones judiciales que las interpretan”.

“Bien es cierto –continúa la sentencia– que los cambios en la doctrina jurisprudencial pueden crear efectos de notoria gravedad, pero aún así las sentencias que la crean se limitan a poner de manifiesto la voluntad legislativa que ha de ser aplicada en los casos que se enjuicien con posterioridad aunque los hechos que lo determinan hubieran tenido lugar en fecha anterior a la de la doctrina judicial”. La nueva interpretación simplemente “ha hecho decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda decirse que la jurisprudencia anterior haya alterado esta norma o pueda ponerse como derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida –tras la nueva interpretación– dice”.

El derecho de los trabajadores adscritos a los turnos rotatorio y nocturno a una reducción de jornada en 42 horas no nace ni surge de la Sentencia de conflicto colectivo de 18 de noviembre de 2002, sino, dada su naturaleza declarativa, del Acuerdo de 27 de diciembre de 1999 del Consejo de Gobierno de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía y subsiguiente comunicación del Director General de Personal y Servicios de 15 de mayo de 2000, en cuanto dispone que en el cómputo de la jornada laboral anual máxima están incluidos los 6 días de libre disposición que puede solicitar como complemento de atención continuada quien esté en esta situación.

Se pronuncia en el mismo sentido la **STS de 9 de febrero de 2006**, I.L. J 132, dictada también a propósito del alcance de los efectos de la Sentencia de 18 de abril de 2002, relativa como se ha visto a la necesidad de reducir automáticamente, con efectos de 1 de enero de 2001, las jornadas reglamentarias del personal dependiente del Servicio Andaluz de Salud adscrito a los turnos rotatorio y nocturno en 42 horas, correspondientes a los 6 días de libre disposición a que tienen derecho como complemento de atención continuada. Con la particularidad de que esta sentencia hace hincapié en la singular naturaleza –cuasinatormativa– de las sentencias de conflicto colectivo, al recordarnos que, conforme al artículo 158.3 de la LPL, las sentencias firmes dictadas en procedimientos de conflicto colectivo

producen efectos de cosa juzgada en los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse y versen sobre idéntico objeto. Lo mismo viene a establecer la STS de 20 de febrero de 2006, I.L. J 150.

C) El principio *in dubio pro operario*

Se ocupa la STS de 20 de enero de 2006, I.L. J 20, de un caso en que los trabajadores, a través de sus representantes, solicitan que el incremento salarial conforme al IPC (índice de precios al consumo) pactado en el convenio colectivo se haga tomando en cuenta no el IPC general (2,6 %) sino el IPC específico del sector “servicio de transporte” donde opera la empresa (3,9 5%). Los trabajadores entienden aplicable el IPC especial porque la falta de precisión del convenio, que nada aclara, genera una situación de duda que debe resolverse poniendo en juego el principio *in dubio pro operario*, aplicable porque así lo dispone el Código Civil en su artículo 1.4, cuando reconoce el carácter de fuentes de los principios generales del derecho diciendo que “se aplicarán en defecto de ley o costumbre”.

La sentencia no estima la pretensión de los demandantes-recurrentes, básicamente por dos razones. En primer lugar, porque el principio *in dubio pro operario*, de operar en algún caso, lo hace cuando haya una situación de incertidumbre, no cuando la ley —en este caso el convenio colectivo— deja claramente establecido cuál es el contenido de la regla de que se trata. “El artículo 1283 CC —dice la sentencia— establece de forma clara y expresa que cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos que fueron objeto de la estipulación”, impidiendo entender que la remisión al IPC pueda entenderse referida a un IPC distinto al que ordinariamente se entiende cuando se pactan cláusulas de revalorización automática, “referidas usualmente a las previsiones establecidas por el Gobierno con carácter general” para calibrar la devaluación monetaria. En segundo lugar, porque no es cierto que el principio *in dubio pro operario* constituya propiamente un “principio general del derecho”, que deba por tanto operar con carácter de fuente como exige el artículo 1.4 CC. El citado principio es definido por la sentencia como “principio de aplicación” del Derecho del Trabajo —una regla formal de articulación de fuentes—, queriendo decir, a lo que parece, que tiene una fuerza vinculante menor.

ÓSCAR FERNÁNDEZ MÁRQUEZ

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. Presupuestos 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. Presupuestos 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 las 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 CC.AA. 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 1-4 (2006) de *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a 584) en torno al concepto de trabajador.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

c) Actividad dependiente

– STSJ de Madrid de 10 de enero de 2006 (recurso de suplicación 5149/2005), J 451

1. Se gira visita por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a una agencia de seguros y se encuentra a siete personas trabajando en su centro de trabajo. Tienen un contrato denominado contrato de nombramiento de subagente, en el que se hace constar que es un contrato de colaboración mercantil, sujeto a lo establecido en la ley de Mediación de Seguros Privados. Las funciones que realizan dichas personas consisten en la venta por teléfono de distintos seguros, en exclusividad. Las tareas las realizan en dicho centro de trabajo, sin que puedan realizarlas fuera de la oficina. Una vez finalizada la póliza, dichas personas pierden contacto con el cliente, siendo la cartera con el asegurado propiedad de la empresa. Tienen horario de 10 a 13,30 horas y el 16,30 a 21 horas, excepto una persona que lo tiene de 16,30 a 21 horas. Son supervisados y controlados por uno o varios trabajadores denominados monitores, que están vinculados a la empresa por un contrato laboral, y son quienes y distribuyen el trabajo y controlan la asistencia y el horario, y a quienes deben pedir permiso para ausentarse o no asistir al trabajo y justificar sus ausencias. Para el desempeño de su actividad, las citadas personas utilizan las líneas telefónicas, mesas y material de oficina de la empresa para la que prestan sus servicios. Perciben una comisión sobre la prima de tarifa, que varía según el tipo de seguro. Se ha extendido acta de liquidación.

2. Se trata de decidir la naturaleza de la relación existente entre estas personas y la empresa para la que prestan los servicios, para lo que es fundamental el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con el artículo 53.2 LISOS 5/2000, de 4 de agosto y la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, según los cuales, su contenido tiene presunción de certeza, salvo prueba en contrario.

De conformidad con la jurisprudencia, de la que se cita la STS de 9 de abril de 2003, se expresa que la relación jurídica de los agentes de seguro es mercantil, y que los subagentes de seguros tienen distinta condición de los agentes, pudiendo dar lugar, como se dice en la STS de 16 de febrero de 1998, a la existencia de una propia relación laboral, si se

II. Trabajador

dan, en el desarrollo de la actividad, las notas de dependencia, ajenidad y subordinación a que se refiere el artículo 1.1 ET.

A ello se añade que en el artículo 7.3 de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados, se prevé que los agentes de seguros podrán utilizar los servicios de subagentes que colaboren con ellos en la promoción y mediación de seguros. Es decir, la colaboración del subagente tiene carácter abierto, al admitir las modalidades que las mismas partes libremente acuerden. El artículo 2.2 Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, establece que se presumirá que existe dependencia cuando se dedique a promocionar actos u operaciones de comercio y quien lo hace no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios. De ello deriva la posibilidad del carácter laboral del vínculo.

Se concluye diciendo que, una vez que se aprecia que realizan su cometido precisamente en las oficinas de la agencia, cumpliendo una jornada de trabajo ordinaria, con horario fijo, bajo la supervisión e instrucciones directas del personal laboral de la agencia, que asimismo controlaba la asistencia diaria al trabajo, se aprecia la existencia de la dependencia. En la sentencia se añade que se separa de resoluciones anteriores relativas a demandas previas, por no concurrir en los correspondientes casos las precisas circunstancias del supuesto actual.

3. Como recuerda la STS de 29 de junio de 2004, en la jurisprudencia (SSTS de 14 de febrero de 2002, 14 de mayo de 2001, 8 de junio de 2001, 12 de junio de 2001, 4 de julio de 2001 y 6 de julio de 2001) se dice que el agente y el subagente se encuentran en posiciones profesionales distintas en orden a su inclusión en el régimen especial de trabajadores autónomos, pues el agente de seguros mantiene con la compañía aseguradora un contrato de agencia (artículos 6.1 y 7 de la Ley 9/1992) que supone la asunción de una actividad de promoción de manera continuada o estable (artículo 1 de la Ley 12/1992). El artículo 6.1, en relación con el 2.1 de la Ley 9/1992, de 30 de abril, sobre Mediación en los seguros privados dice que los agentes son las personas físicas o jurídicas que mediante un contrato de agencia con una entidad aseguradora se comprometen a realizar frente a ésta, las actividades propias de la mediación en el campo de seguros, lo que no sucede en el caso de los subagentes que sólo asumen una colaboración con los agentes (artículo 7.3 de la Ley 9/1992) en condiciones que pueden ser variables en cada caso hasta el punto de que, en relación con ellos, se ha admitido en determinados supuestos la posible existencia de una relación laboral (STS de 6 de febrero de 1998). En la STS de 9 de diciembre de 2003 se expresó que el criterio de la habitualidad es aplicable en exclusiva a los subagentes de seguros, a diferencia de los agentes, y precisa de una determinación para la que se ha establecido jurisprudencialmente el importe del salario mínimo interprofesional como determinante de dicha habitualidad, lo que no quiere decir que deba establecerse una equiparación conceptual entre la habitualidad y un determinado nivel de ingresos, sino que estos últimos constituyen un indicio de que se viene trabajando con regularidad en el ejercicio de la función de subagente de seguros.

d) Actividad por cuenta ajena

– STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de enero de 2006 (recurso de suplicación 2117/2005), I.L. J 447

1. Los demandados Joaquín, Mari Trini, Diana, José Daniel y Pedro Enrique, suscribieron el 4, 21 y 8 de octubre de 2002 y 5 y 25 de febrero de 2003, respectivamente, con la mercantil GDSA, contratos civiles de arrendamiento de obras, para prestar servicios como odontólogos en las instalaciones de dicha empresa. Mediante acta de Infracción de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de V., se consideró que la relación entre las partes era laboral, por lo que, dado que la empresa no había dado de alta y cotizado por cuenta de los codemandados en el Régimen General de la Seguridad Social, se levantó, asimismo, acta adicional de liquidación de cuotas, por los mismos hechos y por el período comprendido entre el 14 de octubre de 2002 al 31 de diciembre de 2002, que sancionaba a la empresa por infracción administrativa grave.

En el mismo centro de trabajo prestaba servicios personal dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajadores por cuenta ajena y que hacían funciones de recepción, atención telefónica, atención a clientes, gestión administrativa y de auxiliar de clínica, y los cinco codemandados licenciados en odontología. Los odontólogos codeemandados están dados de alta en el RETA y en el IAE y asimismo tienen suscritos sendos contratos de seguro de responsabilidad profesional. Los referidos cinco odontólogos tienen otras consultas fuera de la clínica explotada por la mercantil demandada, en las que igualmente prestan sus servicios profesionales.

En la clínica demandada rige un horario de 10 a 22 horas ininterrumpidamente y los sábados de 10,00 a 14,00 horas, dentro de cuyo horario, desarrollan los odontólogos su actividad en el horario que ellos mismos deciden, en atención a las citas que concertan con los pacientes facilitados por el propio centro o de fuera, sin que tengan que acudir necesariamente todos los días y decidiendo libremente cuándo van o no, así como cuándo toman vacaciones y quién les sustituye en tal caso. Los instrumentos y materiales utilizados por los odontólogos son propiedad de la clínica, en garantía de cuyo uso, abonan una cantidad anual de 1.200 euros cada uno. Por otro lado, la mayor parte de las veces, los odontólogos adquieren las prótesis que utilizan en la clínica a la franquiciadora Laboratorios LN, a lo que se comprometieron en su contrato. Así mismo, tiene a su disposición, por si quieren hacer uso de sus servicios, los de los auxiliares de clínica e higienistas, que son trabajadores por cuenta ajena de la clínica. La retribución que perciben los odontólogos consiste en un porcentaje de los ingresos efectivos realizados durante cada mes por sus propios pacientes, deduciendo la cantidad correspondiente del importe de los trabajos de laboratorio realizados. La empresa gestiona con sus medios personales y materiales los ingresos de los pacientes de los odontólogos, quienes aplican los honorarios fijados por su Colegio Profesional y tienen libertad, no sólo para decidir, sino para fijar los precios de los tratamientos que aplican, emitiendo periódicamente las facturas que se corresponden con los ingresos obtenidos. Las consecuencias del impago de los servicios

II. Trabajador

por parte de los pacientes, las asume el odontólogo que le trata. Que los pacientes de los odontólogos son obtenidos por los mismos y también asisten a los que acuden a la clínica, ya sea para un tratamiento ordinario ya sea con carácter de urgencia.

2. En procedimiento de oficio, el Juzgado de lo Social desestima la demanda presentada por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social en la que se solicitaba la declaración de laboralidad de la relación existente entre los demandados. Contra dicha sentencia presenta recurso de suplicación el Abogado del Estado en el que, sin impugnar el relato fáctico, discute el derecho aplicado. Pero la Sala lo desestima entendiendo que no concurren los presupuestos exigidos por la relación laboral.

Argumenta la Sala que el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de diciembre de 2004, señala que “la primera premisa doctrinal de nuestro razonamiento es la constantemente repetida en éste y en otros órdenes jurisdiccionales de que la calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto. Exponentes de esta consolidada doctrina jurisprudencial a lo largo de los años son, entre otras muchas, nuestras Sentencias 11 de diciembre de 1989 y de 29 de diciembre de 1999; esta última cita numerosos precedentes. El segundo paso de la argumentación a tener en cuenta se ha de referir, en supuestos como el presente en que está en juego una calificación alternativa de contrato de trabajo o contrato de arrendamiento de servicios, a la historia de la normativa legal en la materia. Como apunta la sentencia de contraste, STS de 7 de junio de 1986, la configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato del arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho, ‘al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente’. En efecto, en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un ‘precio’ o remuneración de los servicios. En el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada. Así, pues, cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral. Tanto la dependencia como la ajenidad —es la tercera premisa del razonamiento— son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación. De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra. Estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales. Los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario. También se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del

trabajo (STS de 23 de octubre de 1989), compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones (STS de 20 de septiembre de 1995); la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad (STS de 8 de octubre de 1992); y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados (STS de 31 de marzo de 1997); la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender (STS de 29 de diciembre de 1999); el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS de 20 de septiembre de 1995), y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones (STS de 23 de octubre de 1989)". Pues bien, aplicando los anteriores criterios al supuesto litigioso, nos encontramos con que la relación que han mantenido los codemandados con la empresa demandada, no se puede calificar de arrendamiento de servicios, sino de laboral, y ello por los siguientes datos fácticos que constan en la sentencia de instancia: 1) Los codemandados viene prestando servicios para la demandada desde octubre de 2002, unos y, febrero de 2003, otros, en el centro de trabajo de la demandada en G., aunque también prestan servicios en otras consultas fuera de la clínica explotada por la demandada. 2) El objeto de la demandada es la explotación por personal titulado bajo el régimen de franquicia de la clínica dental VD, en virtud de contrato de franquicia con Laboratorios LN. 3) La clínica tiene un horario de 10 a 22 horas y los sábados de 10 a 14 horas, dentro del cual los odontólogos deciden el horario y los días que van, en atención a las citas que conciertan los pacientes, decidiendo asimismo cuándo toman vacaciones y quién les sustituye. 4) Los instrumentos y materiales que utilizan los odontólogos son propiedad de la empresa demandada, abonando cada odontólogo en garantía de su uso 1.200 euros anuales, adquiriendo las prótesis que utilizan a la franquiciadora Laboratorios LN, a lo que se comprometieron por contrato. 5) En la clínica de la demandada prestan servicios por cuenta ajena los trabajadores que se encargan de la recepción, de la atención telefónica y a clientes, de la gestión administrativa, los auxiliares de clínica y los higienistas. Estando dados de alta en el RETA y en el IAE los odontólogos. 6) La retribución de los odontólogos consiste en un porcentaje de los ingresos realizados por sus pacientes cada mes, deducida la cantidad correspondiente al trabajo realizado por el laboratorio, los ingresos realizados por los pacientes son gestionados por la empresa, fijando los odontólogos en las facturas que emiten los honorarios del Colegio Profesional. La consecuencia del impago por el paciente la asume el odontólogo. 7) Los pacientes acuden directamente a la clínica o son obtenidos por los odontólogos.

De lo expuesto se deduce que los odontólogos codemandados realizan su trabajo bajo la dependencia y dentro del ámbito de organización y dirección de la demandada, en el centro de trabajo de la empresa demandada, integrado en el sistema operativo de prestación de servicios de la demandada que es quien establece el horario de atención a pa-

II. Trabajador

cientes dentro del cual prestan servicios los odontólogos, es decir, con un modo de trabajo programado, con los medios materiales y humanos, tanto de carácter administrativo como de los auxiliares de clínica e higienistas, de la demandada, y con las prótesis que se adquieren a la franquiciadora, siendo retribuidos con un sistema que garantiza su retribución periódica, y realizando personalmente la prestación de servicios, pues las sustituciones son excepcionales en período vacacional.

Así pues, conforme al criterio sostenido por esta Sala en las Sentencias de 10 de mayo de 2005 y 22 de noviembre de 2005, el recurso debe ser estimado, dado que no obsta al carácter de laboralidad de la relación existente entre los codemandados la retribución en función de los tratamientos efectuados, ni la circunstancia de que si un cliente no paga no se le abone nada al odontólogo, pues ello no significa novación de la relación cambiaria en otra societaria, respondiendo la retribución a una actividad productiva directamente proporcional con el resultado obtenido, de manera que el lucro empresarial no es propio del profesional, sino de la empresa bajo cuya organización se encuentra prestando servicios.

3. Esta interesante sentencia no puede ser fácilmente compartida pues, a diferencia del razonamiento de la Sala, el hecho de que los odontólogos demandados asuman el riesgo de la producción, privándoseles de compensación económica cuando los clientes no retribuyen sus servicios, significa la inexistencia de ajenidad, sin que ese reconocimiento signifique trocar el vínculo cambiario en un vínculo societario. Lo que significa, simplemente, que el vínculo cambiario indiscutido e indiscutible, no es de naturaleza laboral sino de naturaleza civil. Seguramente habrá influido en el fallo el hecho de que operaciones contractuales semejantes se establezcan con excesiva frecuencia con el solo ánimo de deslaborizar los vínculos. Pero cuando no es así, cuando falta alguno de los presupuestos configuradores de la relación laboral, la decisión ha de ser otra, pues los contratos civiles no son necesariamente ilícitos ni fraudulentos *per se*. Ignorar tal cosa es incumplir simultáneamente la ley civil y la ley laboral.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

a) Alta dirección

– STSJ de Madrid 17 de enero de 2006 (recurso de suplicación 5135/2004), I.L. J 458

1. El Sr. Pérez era el propietario de todo el capital social de la sociedad de responsabilidad limitada PSL (100 participaciones de 10.000 pesetas de nominal cada una), suscribió contrato de venta de participaciones sociales con la anónima CSA, en escritura pública de 28 de febrero de 2001, de cuyo contenido destacan las cláusulas por las cuales se establece que: 1ª) el precio de venta es el equivalente a 931.568,8 euros, por la totalidad de las participaciones vendidas; 2ª) el Sr. Pérez continuará desempeñando el puesto de editor delegado, a tiempo parcial, por un plazo no inferior a tres años contados desde el día de

hoy, instrumentándose como en derecho sea más oportuno; 3ª) las condiciones básicas de trabajo a su favor son retribución fija de 36.000 euros anuales más un 2% del importe de las ventas netas anuales correspondientes a las revistas cuya cabecera se cede por el presente contrato; 4ª) la adscripción al régimen especial de trabajadores autónomos, siendo a su cargo exclusivo el importe de las cuotas que se devenguen; 4ª) la indemnización recíproca de 90.000 euros a percibir por la parte a la que se le resuelva el contrato dentro del período de los primeros tres años de vigencia del mismo; 5ª) la indemnización por todos conceptos y máxima de 6 meses de retribución (fija + variable según el último semestre) pagadera por CSA en el caso de resolución unilateral del contrato por aquélla, una vez transcurrido el período referido de los tres años; 6ª) el Sr. Pérez se compromete tanto por lo que a él respecta como respecto de cualesquiera sociedades en las que tenga cualquier tipo de participación en su capital social, o cualesquiera miembros de su familia u otras personas o entidades relacionadas con ellos, ya sea en su propio nombre o conjuntamente con otras entidades o en representación de cualquier otra persona o entidad (incluidos los anteriores socios o accionistas de la PSL), directa o indirectamente, a no: a) iniciar, continuar o involucrarse en cualquier actividad que compita directa o indirectamente con el negocio; b) prestar asesoramiento o establecer cualquier forma de colaboración; ya sea de agencia, comisión, contrato laboral u otro, con cualquier persona o entidad (incluido el personal y trabajadores de la sociedad) que compita directa o indirectamente con el negocio, y c) suministrar cualquier información sobre el negocio a un tercero, incluyendo, sin limitación alguna, listas de clientela, know-how y estrategias de marketing ni promover o recomendar el traspaso de cualquiera de los empleados de la sociedad a otro empresario, sea o no del mismo sector de actividad; 7ª) la obligación de no competencia quedará circunscrita al ámbito del mercado de edición y publicación de prensa y revistas técnicas y profesionales en todos los sectores donde CSA publique y/o edite, siendo a fecha de hoy estos sectores los siguientes (sigue enumeración). La obligación de no competencia tendrá vigencia mientras el Sr. Pérez tenga relación laboral y/o mercantil de dependencia o trabajo con PSL o CSA y en todo caso durante los dieciocho meses siguientes a la resolución del contrato de servicios a que se refiere la anterior cláusula, sirviendo las indemnizaciones previstas en la misma, como indemnizatorias del período de no competencia; 8ª) ambas partes se comprometen a mantener íntegra y fielmente la confidencialidad más absoluta de los términos económicos y condiciones de la presente escritura, del contrato y de cualesquiera otros relacionados con el mismo, así como de los compromisos y obligaciones asumidos en virtud de la presente, salvo en aquellos casos en que las leyes o reglamentos vigentes de aplicación o cualquier resolución judicial o administrativa exija su publicación o revelación, en cuyo caso la parte obligada a realizar dicha publicación o revelación lo notificará a la otra parte con la debida antelación, la cual no podrá oponerse a ello. No obstante lo anterior, el comprador podrá revelar a cualesquiera entidades de su grupo y a sus directivos y empleados aquellos aspectos de este contrato que considere necesario para su cumplimiento, y asimismo podrá revelarlos a cualquier potencial cesionario de sus derechos derivados del presente contrato o a cualquier potencial comprador de las participaciones, lo cual deberá comunicar al vendedor, quedando sujetos los cesionarios a idéntica obligación de confidencialidad.

II. Trabajador

El actor estuvo prestando servicios para CSA, como editor delegado de una serie de publicaciones, estando su retribución constituida por una cantidad fija y una variable, siendo la última el 2% de las ventas netas anuales correspondientes a las revistas citadas en la escritura pública de 28 de febrero de 2001. En el último año durante el que el actor percibió remuneración salarial (haber devengados desde el mes de noviembre de 2003 a octubre de 2004), el demandante percibía 4.316,38 euros mensuales brutos como cantidad fija, respecto de los meses de 2004, pues en 2003 el fijo eran 4.207 euros brutos al mes, y un importe total de 22.070,76 euros brutos, siendo el importe bruto que por variable percibió en los últimos 6 meses de 11.691,89 euros, de modo y manera que por todos los conceptos, el actor percibió en el último semestre en el que trabajó para la mercantil demandada por todos los conceptos 37.590,17 euros brutos. No tenía pagas extraordinarias. Dicho salario era abonado a través de facturas, pues el actor, según lo señalado en la escritura pública antes citada, se dio de alta en el RETA de la Seguridad Social.

El Sr. Pérez era socio de la mercantil PSL, constituida el 16 de marzo de 1995, teniendo la titularidad de 1 de las 500 participaciones sociales, siendo su hermana DP la titular de las 499 restantes, siendo Administrador único el propio Sr. Pérez, siendo el objeto social inicial de la mercantil la organización, promoción, asesoramiento y gestión de todo tipo de ferias, exposiciones, conferencias y convenciones, que fue ampliado el 12 de abril de 2002 a la edición, comercialización y distribución de todo tipo de libros, revistas, catálogos y periódicos, ya sean con carácter esporádico, ya periódico. La publicación PR, dedicada a los profesionales de la iluminación y el alumbrado, era editada al menos en marzo de 2004 por el Sr. Gómez a través de CG&Asociados, con sede social en calle CM, 54, 4º E. La mercantil BB publicaba una revista que tenía como objeto social la publicación de impresos periódicos, siendo socios: el Sr. Sánchez (titular de 1.000 participaciones), el Sr. Pérez (500 participaciones) y la Sra. Jiménez (500 participaciones), siendo administradores solidarios de la misma por tiempo indefinido el Sr. Sánchez y el Sr. Pérez, trasladándose el domicilio el 13 de junio de 2000 a la calle LH 141. La mercantil CC publicaba desde su inicio la revista TP, dedicada al sector del transporte. Igualmente desde febrero de 2000 publica la revista OP, dedicada a la logística, apareciendo en su número de septiembre de 2002 como Director el Sr. López, siendo editada en la calle LH, 141. El 2 de diciembre de 2003 se venden las marcas OP por CC Editores al citado Sr. López por un valor de 10.000 euros. La publicación OP se edita tras la compra por el Sr. López, que sigue apareciendo en el staff de la misma como Director, en la sede de LH, 141, ahora por OLP. Las publicaciones que el actor editaba como delegado de CSA se editaban también en la calle LH 141.

Con fecha de 2 de noviembre de 2004 se comunica al Sr. Pérez D. Darío la siguiente carta: “Lamentamos comunicarle que esta Compañía ha tomado la decisión de proceder a la rescisión de la relación que ha mantenido con usted hasta ahora. Dicha rescisión tiene efectos del día de hoy. Como usted bien conoce, en el pacto undécimo del contrato de compraventa de las participaciones sociales de PSL de las que usted era titular, llevado a cabo mediante escritura pública otorgada el 28 de febrero de 2001 (...) se recoge su obligación de no competir en el (...) ámbito del mercado de edición y publicación de prensa y revistas técnicas y profesionales en todos los sectores donde CSA publique y/o edite (...)”, señalándose, entre otros, los relativos a ‘Electricidad’, ‘Logística’ y ‘Transporte’, con determinadas excepciones indicadas en dicho documento de forma expresa y a la que nos remitimos; obligación

que se estableció ‘(...) mientras el señor Pérez tenga relación con CSA’. Con motivo de la reciente adquisición de CSA por parte de GTSA, los nuevos administradores de aquella tuvieron conocimiento a finales del pasado último mes de septiembre de que usted podría estar vinculado a sociedades competidoras nuestras y, por tanto, incumpliendo el pacto establecido al momento de aquella compraventa de participaciones, lo que dio lugar a que iniciásemos la correspondiente investigación, cuyo resultado es precisamente la causa de esta rescisión. Y así, hemos conocido lo siguiente (siguen detalles). Nos ratificamos por tanto en la rescisión indicada al principio de esta carta, significándole que nos reservamos el ejercicio de las acciones pertinentes para exigirle a usted, derivado de su incumplimiento, el resarcimiento de los daños y perjuicios que nos haya podido causar.”

2. Presentada demanda por despido nulo o improcedente ante el orden social, el Juzgado que conoció de la misma la desestimó, formalizando contra su sentencia recurso de suplicación. La Sala *ad quem* confirma aquella sentencia. Discutiéndose prioritariamente el asunto competencial, se estima la existencia de relación laboral entre las partes “(...) por reunir las notas definitorias, establecidas al efecto en el artículo 1.1 del RDL 1/1995, de 24 de marzo, esto es, prestación personal de servicios, ajenidad con la consiguiente asunción del riesgo por la empresa, retribución y dependencia, considerada ésta no como una subordinación rigurosa, sino como inserción del trabajador en el ámbito de organización y dirección del empleador. En efecto, el actor desde la formalización de la escritura de compra-venta de todas sus participaciones sociales de la mercantil PSA (...) ha venido prestando sus servicios retribuidos, a tiempo parcial, y como editor delegado, para la mercantil CSA, SA, dedicada a la edición y publicación de prensa y revistas técnicas y profesionales (...) siendo abundante la doctrina jurisprudencial que establece que la relación que une al editor/director con la empresa editora, en este caso, la mercantil CSA, es de alta dirección, y ello, con independencia de la existencia o no de contrato formalizado al efecto. Debe tenerse igualmente en cuenta, la doctrina ya sentada en STS de 17 de junio de 1993, dictada igualmente en Unificación de Doctrina, relativa a que la noción de alta dirección exige el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas de la misma, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento, poderes que han de referirse a los objetivos generales de la entidad, lo que supone que las facultades otorgadas además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia, para la vida de la empresa, hayan de ser referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, debiendo actuar el alto directivo con autonomía y plena responsabilidad, es decir, con un margen de independencia sólo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad, y así acontece en el supuesto que se somete a la consideración de la Sala, en el que el actor, editor delegado en Madrid de la mercantil CSA, con plenas facultades dentro de la delegación, sólo recibía instrucciones del Consejo rector de la citada mercantil demandada. El actor, como editor delegado, tenía atribuidos amplios poderes, que abarcaban todos los aspectos editoriales de la empresa, siendo asimismo notorio que del resultado de su gestión profesional, dependía el éxito o fracaso de la empresa editorial que ha venido gestionando en su integridad y dirigido con plena autonomía, primero como único

II. Trabajador

accionista de la mercantil PSL y, tras la venta de la totalidad de sus participaciones sociales, como editor delegado de la mercantil demandada CSA, sólo limitada por la directrices generales emanadas de su Consejo rector.”

Sentada la naturaleza laboral especial de alta dirección, la Sala entra en el fondo del asunto, entendiendo que el actor había incumplido, expresa y deliberadamente, su obligación, contractualmente asumida, de no iniciar, continuar o involucrarse en cualquier actividad que compita directa o indirectamente con el negocio, y que se concretó en la obligación de no competencia en el ámbito del mercado de edición y publicación de prensa y revistas técnicas y profesionales, en las condiciones establecidas en el relato fáctico que se mantiene inalterado, por lo que ha de estimarse procedente su despido.

3. Llama la atención en la sentencia alguna particularidad referida a la relación laboral, prescindiendo en este momento de las otras particularidades diversas que afectan al despido y al modo de declararlo empresarialmente. En cuanto a la particularidad que importa, la solución final es sin duda adecuada, pero el recorrido jurídico que se utiliza para ello es exageradamente implícito, puesto que la laboralidad del vínculo se deduce de la existencia de una relación de alta dirección, y no a la inversa como sería más lógico, sin que merezcan pronunciamiento judicial alguno los esfuerzos empresariales por “despintar” la relación laboral, incurriendo en claros fraudes a la ley, como el relativo a obligar al actor-trabajador a darse de alta en un régimen de seguridad social manifiestamente inadecuado.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en las Administraciones Públicas

– STS de 6 de febrero de 2006 (recurso de casación para la unificación de doctrina 646/2005), I.L. J 124

1. La sentencia analiza el caso de una persona contratada mediante un contrato realizado al amparo del artículo 200 RDLeg. 2/2000, para impartir clases de inglés, bajo supervisión del Director pedagógico del centro y con sometimiento a la programación y horario que le eran fijados, percibiendo periódicamente la retribución asignada en función de las horas de clase con carácter fijo por cada hora. La actora fue despedida verbalmente en febrero de 2004, tras haber sido requerida para que aportase documentación acreditativa de afiliación al RETA y alta en el IAE como docente, a lo que respondió la demandante con una denuncia ante la Inspección de Trabajo por no haber sido dada de alta en el RGSS. El despido fue declarado nulo en la instancia. Recurrida dicha sentencia en suplicación, la sentencia apreció falta de competencia del orden social. Recurrida en casación para unificación de doctrina, la Sala confirma la decisión de la instancia, manteniendo así la competencia del orden social, al entender que el vínculo que une a la actora y a la Administración demandada es de naturaleza laboral.

2. La sentencia comentada reitera la doctrina contenida en las SSTS de 19 de mayo de 2005 (recurso 2464/2004) y 27 de julio de 2005 (recurso 41/2004). La determinación de la

competencia viene relacionada de forma indisoluble con la cuestión de la naturaleza de la relación laboral. La sentencia entiende que se trata de un trabajadora porque la relación creada no se justifica en las posibilidades de contratación administrativa previstas en la legislación pertinente. De la misma forma, la figura contractual tampoco puede ampararse en el artículo 200 RDLeg. 2/2000, como formalmente ha pretendido la Administración, en la medida en que lo que allí se regula es una relación profesional de docencia de naturaleza independiente, aspecto este en el que no encaja el contrato realizado.

3. La sentencia reitera una doctrina ya conocida, según la cual se declara en primer lugar que no es relevante el *nomen iuris* con el que las partes califiquen el contrato celebrado, debiendo estarse al cumplimiento de los requisitos propios de la relación laboral, a saber, dependencia, ajenidad, voluntariedad, retribución y trabajo personalísimo. En el ámbito de las Administraciones Públicas dichos requisitos se cumplen con carácter general, constituyendo así una exclusión constitutiva, en la conocida clasificación de DE LA VILLA, centrándose así el debate esencialmente en determinar si la relación analizada cae en el ámbito de regulación administrativa. Ahora bien, en el presente caso, la frontera no sólo está constituida por dicha exclusión constitutiva, sino también por otras figuras contractuales que, sin exigir el cumplimiento de los requisitos de la relación laboral, puedan encubrir auténticas relaciones laborales. De hecho, en el presente caso, la figura contractual en que se había amparado la Administración era en el contrato a que se refiere el artículo 200 RDLeg. 2/2000, específico para actividades docentes, y que está pensado sólo para relaciones independientes y no dependientes como la presente. Siendo esto así, y no teniendo además encaje la figura en otro tipo de contratos administrativos previstos que cumplan —o pueden cumplir— todas las características propias de la relación laboral (como es el caso de la contratación para trabajos específicos y no habituales), la sentencia defiende la laboralidad de la relación y, en consecuencia, la competencia del orden social para conocer de la extinción de la misma.

— STSJ de Castilla y León (Burgos) de 9 de febrero de 2006 (recurso de suplicación 35/2006), I.L. J 344

1. La demandante firmó un contrato de servicios para la limpieza de dependencias municipales del Ayuntamiento, en el que se indicó que se concertaba la prestación por el período de un año, prorrogable tácitamente por períodos iguales si ninguna de las dos partes lo denunciaba con 60 días de antelación, su horario sería el fijado de común acuerdo, pero siempre con trabajo dos días a la semana y que la compensación económica sería de 35.000 pesetas mensuales (210,35 euros), pagaderos a mes vencido. El coste de los productos y útiles de aseo sería abonado por el Ayuntamiento, a la presentación de las correspondientes facturas y que el contratista respondería de los daños que causara en las propiedades del contratante. La demandante ha prestado servicios de limpieza para el Ayuntamiento desde el 2 de noviembre de 1994. En el pleno del Ayuntamiento se acordó incrementar las retribuciones de la demandante el 14 de marzo de 2003 con carácter retroactivo a los meses de enero y febrero de 2003, en un 10%, y que anualmente sería revisado el salario en función del IPC, con efectos de primero de enero de cada año. En

II. Trabajador

julio de 2005 la actora dejó de prestar servicios de limpieza en las dependencias del Ayuntamiento, excepto en el consultorio médico. Dicho organismo convocó concurso para la realización de limpieza y mantenimiento de las dependencias municipales, ofreciendo sus servicios, además de la demandante, otras empresas, y fue adjudicado a LS, SL, lo que fue comunicado a demandante el 5 de septiembre de 2005. La demandante no había venido disfrutando de vacaciones, no tenía horario fijo y realizaba su actividad durante cuatro horas diarias, dos días a la semana, si se encontraba en IT, se encargaba de que alguien le sustituyera bajo su responsabilidad, siéndole abonado el importe correspondiente a los productos de limpieza por el Ayuntamiento. No consta que la demandante posea estructura empresarial propia. Solicita que se declare nulo o improcedente el despido.

2. Se estima que se trata de un contrato de trabajo porque la demandante ha venido prestando su actividad desde el 2 de noviembre de 1994, hasta julio de 2005, con retribución pactada a cada mes vencido, así como el importe de los productos y útiles de aseo utilizados. La prórroga tácita por períodos anuales expresa que la actora no fue contratada por la función determinada, con sustantividad propia, sino para realizar unas actividades genéricas, sujetas a horario y bajo la dirección y organización del Ayuntamiento, con retribución, dependencia y ajenidad.

En la STS de 29 de septiembre de 1998 se expresa que cuando es evidente que las prestaciones ejecutadas en el curso de la relación jurídica corresponden a servicios genéricos en régimen de horario fijo, y no a resultados específicos o con sustantividad propia, que por su objeto constituyen una prestación de trabajo, el litigio corresponde al orden social, en función del artículo 1.3 ET. La actora ha desarrollado durante 11 años su actividad laboral, no encontrándose encaje en la normativa administrativa que permita su inclusión entre los “trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración”, a la que se refería el artículo 197 Ley 13/1995 ya que ha excedido con mucho el límite temporal de dos años previstos en el artículo 198 RD 2/2000. Existe prestación de servicios, retribución y en la secuencia temporal entre 1994 y 2005 ni siquiera llegaron a formularse las prórrogas en documento administrativo. No existe caducidad de la acción ya que el despido fue el 5 de septiembre de 2005, la reclamación previa se presentó el 12 de septiembre de 2005 y la demanda se interpuso el 20 de septiembre de 2005.

3. Es correcta la argumentación. A partir de la Ley 30/1984 de Reforma de la Función Pública se prohibió la celebración de los contratos administrativos de servicios, salvo excepcionalmente para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales [Disposición Adicional Cuarta y Disposición Derogatoria Primera.A)], como recuerda la jurisprudencia (STS de 3 de junio de 1999). Y se ha de afirmar el carácter materialmente laboral de la prestación de servicios realizada, cuando presenta las notas típicas de ajenidad y dependencia y tiene además carácter retribuido, pese a que formalmente se presente como contrato administrativo acogido al RD 1465/1985, porque esta modalidad de contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto de que se refiera a la realización de un trabajo específico, concreto y no habitual, lo que exige que se trate de un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente del resultado final de la misma y esta exigencia no se cumple cuando la actividad efectivamente realizada en la ejecución del contrato ha sido la prestación de

servicios habituales y permanentes en régimen de dedicación temporal y en el marco organizativo de una unidad administrativa de la demandada, lo que pone de manifiesto que el objeto del contrato no ha sido la realización de un obra entendida como el resultado de una actividad humana, sino esa actividad misma en su proyección temporal (SSTS de 2 de febrero de 1998, 27 de abril de 1998, 13 de julio de 1998, 15 de septiembre de 1998, 24 de septiembre de 1998, 4 de diciembre de 1998, 21 de enero de 1999).

– **STS de 23 de marzo de 2006** (recurso de casación para la unificación de doctrina 821/2005), I.L. J 280

1. La sentencia analiza el caso de una persona contratada mediante un denominado contrato menor de asistencia técnica para organismos internacionales en la AECI. Cesada en su puesto de trabajo el 30 de abril de 2004, reclama por despido, que es declarado improcedente en la instancia, una vez que el Juez de lo Social declaró la competencia del orden social. Recurrida dicha sentencia en suplicación, la sentencia desestimó el recurso, confirmando el fallo de la instancia. Recurrida en casación para unificación de doctrina, la Sala confirma ambas decisiones, manteniendo la competencia del orden social, al entender que el vínculo que une al actor y a la Administración demandada es de naturaleza laboral.

2. La sentencia comentada reitera la doctrina contenida en las SSTS de 19 de mayo de 2005 (recurso 2464/2004) y 27 de julio de 2005 (recurso 41/2004). La determinación de la competencia viene relacionada de forma insoluble con la cuestión de la naturaleza de la relación laboral. La sentencia entiende que se trata de un trabajador porque la relación creada no se justifica en las posibilidades de contratación administrativa previstas en la legislación pertinente. En concreto, recuerda la sentencia que la Ley 30/1984 limitó sustancialmente las posibilidades de colaboración temporal en régimen de contratación administrativa, admitiendo únicamente la celebración excepcional de contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales. Interpretada jurisprudencialmente esta figura como un contrato de obra o de arrendamiento de obra, y suprimida la posibilidad de celebración de estos contratos administrativos por la Ley 53/1999, que modificó la Ley 13/1995 –aunque no se haya modificado expresamente la regulación en materia de contratación de personal, a saber, la Ley 30/1984–, y mantenida esta exclusión en el RDLeg. 2/2000, ha de llegarse a la conclusión de que, pese a la forma administrativa utilizada, la contratación era laboral, al referirse a una actividad y no a un resultado, aunque fuera por tiempo determinado.

3. La sentencia reitera una doctrina ya conocida, según la cual se declara en primer lugar que no es relevante el *nomen iuris* con el que las partes califiquen el contrato celebrado, debiendo estarse al cumplimiento de los requisitos propios de la relación laboral, a saber, dependencia, ajenidad, voluntariedad, retribución y trabajo personalísimo. Dado que en el ámbito de las relaciones de servicio en las Administraciones Públicas dichos requisitos se suelen cumplir, constituyendo así una exclusión constitutiva, en la conocida clasificación de DE LA VILLA, la cuestión se centra esencialmente en determinar si la relación analizada cae en el ámbito de regulación administrativa. En este sentido, la Sala pone

II. Trabajador

de manifiesto que las relaciones de actividad y no de resultado quedan reguladas por el ámbito del Derecho del Trabajo, máxime cuando la única figura que habilita a la contratación administrativa temporal –la relativa a trabajos específicos no habituales– no tiene regulación específica que regula en la actualidad el régimen jurídico de dichos contratos, pese a que la posibilidad legal de celebrarlos no haya sido derogada expresamente hasta el momento. Dos son, pues, las razones que llevan a la existencia de relación laboral: el cumplimiento de los requisitos típicos de una relación laboral y la práctica imposibilidad de encajar el contrato celebrado en el ámbito de las exclusiones previstas en el ámbito de la legislación administrativa.

E) Socios empleados

– STS de 3 de marzo de 2006, Sala de lo Social (recurso de casación para la unificación de doctrina 969/2005), I.L. J 222

1. La presente resolución analiza la posibilidad de que concurra una relación laboral entre los socios trabajadores integrados en la Sociedad Cooperativa Albamel y la Ciudad Autónoma de Melilla. Al objeto de dilucidar esta cuestión se toman en consideración los siguientes hechos probados: en primer término, la constitución de la Cooperativa de Trabajo Albamel en Melilla el 29 de junio de 2004; en segundo lugar, que la mencionada cooperativa cumplió todos los trámites administrativos para licitar en el concurso convocado por la Ciudad Autónoma de Melilla para la realización del servicio de conservación y reparación de calzadas, aceras, pintura de paramentos verticales, etc., servicios que le fueron adjudicados en competencia con otra empresa. Una vez adjudicada la prestación, la cooperativa depositó la oportuna fianza y comenzó su actividad, cumpliendo en todo caso con sus obligaciones fiscales y con la Seguridad Social como sociedad legalmente constituida. La prestación de servicios a la repetida Administración era retribuida contra factura mensual firmada por el representante legal de la Cooperativa. Ante la no renovación de la concesión, los socios inician un proceso de reclamación de cantidad contra la Ciudad Autónoma de Melilla, que pasa por la declaración de laboralidad de su relación con la misma. Sus reclamaciones son desestimadas por el TSJ de Andalucía, entendiéndose que la cooperativa era una empresa real, válidamente constituida, con lo que la relación se mantenía entre la sociedad y la Administración Pública.

2. Tras recoger los hechos valorados como probados por el órgano judicial de origen, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo pasa a examinar la sentencia de contraste aportada por la parte recurrente en casación para la unificación de doctrina. En su examen reconoce la existencia de una gran similitud entre los dos supuestos planteados. Sin embargo, mientras en la sentencia recurrida se asume como probado el cumplimiento por parte de la cooperativa de todos los trámites administrativos exigidos para la adjudicación de los servicios prestados a la Ciudad Autónoma de Melilla, en la resolución de contraste no existe un contrato administrativo que formalice la relación entre los socios de una cooperativa y dicha Administración. Esta diferencia sustantiva legitima que en la sentencia de contraste se estimara la existencia de relación laboral entre los socios de una sociedad cooperativa y la Administración al haberse incorporado a la prestación de servicios sin mediar el preceptivo contrato administrativo y en las mismas condiciones que el personal contratado

directamente por la Administración. Igualmente, dota de sentido que en el supuesto de la sentencia recurrida se entienda que no existe sociedad pantalla, ni apariencia de cooperativa creada para prestar trabajadores a la Ciudad Autónoma, sino una relación administrativa entre la sociedad y dicho organismo público. Por este motivo, el Tribunal entiende que no existe identidad de supuestos, lo que excluye la posibilidad de unificar doctrina.

3. A pesar de que la enumeración de hechos probados incorpora luces y sombras que confunden el caso, se ha de mostrar conformidad con la solución alcanzada ya que, en efecto, la relación de prestación de servicios no se establece directamente entre los socios y el organismo público, sino entre la sociedad cooperativa y la Ciudad Autónoma. Dicha relación nace y queda regulada en el contexto de un proceso de contratación administrativa siendo intrascendente la naturaleza jurídica de la sociedad en que se integran los socios, que sólo afecta al efectivo desarrollo de su actividad en el interior de la entidad societaria.

J) Otros

– STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de enero de 2006 (recurso de suplicación 3640/2005), I.L. J 493

1. El demandante ha prestado sus servicios para la Confederación Sindical de Comisiones Obreras con categoría de adjunto sindicalista, con base en un contrato de trabajo de duración determinada, celebrado al amparo del artículo 15 ET, para obra o servicio determinado, con objeto de cumplir el plan de trabajo encomendado por la Comisión Ejecutiva elegida tras la celebración del Quinto Congreso de FECOMA para realizar tareas sindicales que requieren dedicación exclusiva, consistente en visitar empresas, elegir delegados de prevención y realizar elecciones sindicales, percibiendo una retribución mensual de 1585,50 euros. Con anterioridad había prestado servicios para la C S CCOO en virtud de los contratos siguientes: el suscrito el 16 de noviembre de 1998 para servicio determinado, consistente en visitar empresas, elegir delegados de prevención durante la campaña 98-99, concluyó el 30 de junio de 1999 con suscripción por el actor de un finiquito; el contrato de 1 de julio de 1999 para obra o servicio determinado con objeto del seguimiento de prevención de riesgos laborales en Benidorm, que concluyó el 31 de agosto de 2000, otro el 4 de septiembre de 2000 para obras determinadas con el fin de visitar empresas, elegir delegados de prevención y realizar elecciones sindicales, que concluyó el 31 de diciembre de 2000, y finalmente el de 2 de enero de 2001 también para obras en ese determinado y en el que se preveía la extinción al finalizar el plan encomendado o por dejar de desempeñar tareas sindicales que requieren dedicación exclusiva por decisión de la directiva de este sindicato. Todos concluyeron con el finiquito.

El demandante desempeñó cargos de miembro del Consejo de la Federación de FECOMA del Quinto a Sexto Congreso, nombrado en representación del Sindicato Inter, comarcal de FECOMA, miembro del Consejo Intercomarcal desde el 23 de febrero de 2001 hasta el 30 de octubre de 2004 por elección del Sindicato de construcción, madera y afines; miembro de la Comisión Ejecutiva del Sindicato Intercomarcal de FECOMA desde 2001

II. Trabajador

a 2004, nombrado por la ejecutiva como responsable a todos los efectos de la Federación, zona donde ejercía sus cometidos como representante sindical. El día 2 de noviembre de 2004 comunicó el Secretario General de FECOMA al actor que no iba a seguir en el Sindicato. Consta alta en informe de vida laboral el 1 de noviembre de 2004 (sic), con baja en 10 de octubre de 2004. Ha sido alta en la seguridad social como trabajador del Sindicato demandado durante la duración de los indicados contratos.

2. Se estima que las tareas que venía desempeñando el actor se equiparan a las de los sindicalistas, dada la dedicación exclusiva de sus servicios, pactada expresamente en el último contrato, y su designación como dirigente, ostentando cargos de representación del Sindicato, lo que priva a la relación de la nota de la ajenidad propia del contrato de trabajo. Simultaneaba las tareas de sindicalista con las propias de los cargos de dirección y representación del Sindicato para los que asimismo fue elegido, sin que se oponga a la no laboralidad de la relación el dato puramente formal relativo al alta en el régimen general de la seguridad social. La remuneración mensual que percibía era, más bien, una compensación por la dedicación exclusiva que corresponde al liberado. No es de aplicación la STS de 7 de octubre de 2005 porque en ésta, afirmada la naturaleza laboral de la relación, tan sólo se planteaba su compatibilidad con la realización de funciones sindicales como cargo orgánico, mientras que en el presente caso el demandante se ha dedicado durante todo el tiempo que comprende su contratación a realizar funciones sindicales. La relación es de tipo asociativo y el orden jurisdiccional competente es el civil.

3. Es muy arriesgado afirmar que una persona con cargo electivo o de designación sindical, no puede, además, tener un contrato de trabajo, tanto más si tiene funciones, en parte burocráticas y de promoción de elecciones de representantes unitarios o de delegación de prevención, y visitar empresas, pues la dualidad de funciones de gestión y de representación de un área o pequeña zona de la empleadora, sin gestionar su línea gerencial o rectora, ya ha sido declarada compatible por la doctrina y la jurisprudencia. En realidad en la STS de 7 de octubre de 2005 es eso lo que se debate y se declara posible, porque como se dice en ella, la simultaneidad de este contrato con el ejercicio de los cargos de responsabilidad en el Sindicato no afecta de suyo al carácter laboral de la relación contractual establecida. Pues bien, en el presente caso, se arrastran los contratos de trabajo desde 1998, en la modalidad de contratos para obra o servicio determinado, con el correspondiente finiquito a cada cese, y con una instrumentalización para ese objetivo de los cargos sindicales. No se sabe qué es más relevante en la dual relación, pero desde luego no parece que lo sea la mera aceptación del afiliado-representante.

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

MIGUEL ÁNGEL LIMÓN LUQUE

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR

BORJA SUÁREZ CORUJO (COORDINADOR)

DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA

III. EMPRESARIO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro de enseñanza concertada. **3. Grupo de empresas.** A) Responsabilidad solidaria de las empresas del grupo. **4. Contratas.** A) Diferencia con la cesión ilegal. B) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto del pago de indemnización de daños y perjuicios por accidente de trabajo. C) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto del recargo de prestaciones por accidente de trabajo. D) Ausencia de responsabilidad de la empresa principal respecto de los salarios de tramitación. E) Responsabilidad solidaria del empresario principal por vacaciones no disfrutadas. **5. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. B) Cesión ilegal entre Administraciones Públicas. **6. Sucesión de empresas.** A) Concepto de actividad económica. B) Sucesión de contrata. C) Sucesión de concesión administrativa. D) Sucesión en supuestos de jubilación del empresario. E) Consentimiento del trabajador en supuestos de sucesión contractual: subrogación anulable. F) Responsabilidad solidaria por deudas salariales entre contratas que se suceden. G) Convenio colectivo aplicable a los trabajadores afectados por la subrogación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 4 de 2006 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a 584) 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. EMPRESARIO

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

Como ya comentamos en el número precedente, se reproducen los pronunciamientos judiciales en torno a las especiales condiciones en la que se desarrolla la relación laboral de los profesores que prestan servicios en los llamados centros de enseñanza concertados. El Tribunal Supremo entiende que la Administración Pública educativa, aunque no asume la posición empresarial, es responsable de las deudas salariales que los centros educativos privados en régimen de concierto económico mantienen con sus trabajadores. La obligación de pago que recae sobre la Administración por esta vía queda limitada anualmente por las normas presupuestarias aplicables, en la cuantía que resulta de multiplicar el módulo económico de cada unidad escolar por el número de éstas existente en cada empresa o centro. La **STS de 24 de enero de 2006**, u.d., I.L. J 63, no entrando en el fondo del asunto por inexistencia de contradicción tratándose de recursos de casación para la unificación de doctrina, desestima el recurso planteado por la Administración autonómica con respecto a la obligación de abono de una paga extraordinaria de antigüedad, exigible al cumplir los veinticinco años de servicio, incorporada originalmente en el IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada. La Administración defiende que, como en otros supuestos resueltos a su favor por el Tribunal Supremo en relación con el complemento de jefatura de estudios, no corresponde acceder a la reclamación planteada en la medida en que en ambos casos el Centro de Enseñanza había superado los toques impuestos en el módulo correspondiente. La sentencia reitera la ausencia de identidad entre la recurrida y la aportada de contraste, tras afirmar que entre ambas resoluciones no concurre la necesaria identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 217 de la LPL para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de la doctrina. Más concretamente, el fallo se apoya en el hecho de que:

“en la sentencia impugnada nos encontramos con un concepto retributivo nuevo, introducido por el artículo 61 del IV Convenio Colectivo Estatal para las empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, que se publicó en el BOE de 17 de octubre de 2000, y es esa circunstancia, que no concurre en la sentencia de contraste, la que constituyó la razón de decidir de aquélla”. “Es decir: en el caso de la sentencia recurrida no se había presupuestado el devengo por lo que no cabía la aplicación del artículo 13.1.c) del Reglamento, sino que debería acudir al límite previsto en el artículo 49.6 de la LODE, entonces vigente, de no superar el porcentaje de incremento global de los salarios.” STS de 24 de enero de 2006, u.d., I.L. J 63.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Responsabilidad solidaria de las empresas del grupo

Como en números anteriores, continúan sucediéndose numerosos pronunciamientos judiciales en torno a la responsabilidad solidaria de las empresas que forman parte de un grupo de empresas por las deudas que éstas mantienen con sus trabajadores, en los que, en ausencia de discusión sobre la existencia del grupo de empresas, el debate en sede judicial se centra en la determinación de la existencia de alguno de los elementos adicionales exigidos por la doctrina jurisprudencial, al objeto de reprimir fraudes que, mediante el uso ilegítimo de la personalidad jurídica de las empresas que forman parte del grupo, puedan perseguir la lesión material de los derechos de los trabajadores. Debemos nuevamente dejar constancia de que hacemos uso de la expresión “grupo de empresas a efectos laborales” porque nos vemos obligados a seguir el uso terminológico que ha hecho fortuna en sede judicial, si bien no conviene olvidar que bajo tal denominación el Tribunal Supremo hace referencia justamente al supuesto contrario, es decir, supuestos en los que aunque formalmente la empresa se estructura como grupo de empresas, existen suficientes indicios para afirmar la existencia de un único empresario real, motivo por el cual se atribuyen las obligaciones y responsabilidades inherentes a la condición de empleador de forma solidaria a todas las entidades implicadas en el teórico grupo de empresas; en palabras del TS:

“Ello exige determinar quién sea éste realmente, a la luz del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, y de la doctrina de esta Sala sobre el ‘grupo de empresa laboral’, concepto acuñado para identificar a aquel grupo de empresas que, por concurrir las circunstancias jurisprudencialmente exigidas puede y debe ser considerado como empleador real del trabajador, con la lógica consecuencia de extender, con carácter solidario, la responsabilidad derivada de la relación de trabajo, a todas las empresas del grupo—” STS de 8 de febrero de 2006, u.d., I.L. J 144.

Siguiendo esta línea, la STS de 24 de enero de 2006, u.d., I.L. J 22 y la STS de 27 de febrero de 2006, u.d., I.L. 195, reproducen anteriores argumentos, ya recogidos en las SSTS de 4 y 22 de julio, 3, 13 y 25 de octubre y 4 de noviembre de 2005, para desestimar también el recurso presentado por el Grupo Ceac, SA. En otras resoluciones sobre supuestos similares, aunque el rechazo de los argumentos de la recurrente se produce por falta de contradicción, se hace extensa referencia a los argumentos aportados por la sentencia de instancia para declarar la existencia de un Grupo de empresas a efectos laborales:

“Las razones para adoptar tal decisión se pueden resumir en las siguientes, con trascendencia suficiente para excluir la contradicción: 1ª. En el litigio de la sentencia recurrida el levantamiento del velo y la consiguiente imposición de responsabilidad solidaria a las sociedades del grupo se apoyó en la existencia de una confusión de actividades entre las mismas, mientras que en la sentencia de contraste son diferentes las actividades de las distintas empresas del grupo; 2ª En el litigio de la sentencia recurrida (al igual que en el presente) consta también una confusión de propiedades y patrimonio entre las sociedades del grupo que no se da en la de la sentencia aportada para comparación, donde las

distintas sociedades integrantes facturan los servicios prestados por unas o otras, y 3ª. A diferencia de lo que ocurre en la sentencia de contraste, en la que el grupo se constituye con propósito de ensamblar colaboraciones, en la sentencia recurrida las distintas empresas carecen de un sustrato real, por haber sido creadas con el solo y primordial efecto de eludir fraudulentamente el pago de deudas u otras responsabilidades.” STS de 7 de febrero de 2006, u.d., I.L. J 118.

Por su parte, la **STSJ de Castilla León (Valladolid) de 20 de febrero de 2006**, I.L. J 508, condena solidariamente a las empresas que forman parte de un grupo de empresas entre las que existe unidad patrimonial y para las que el trabajador ha venido prestando servicios de manera sucesiva. El fallo resume y recuerda la comentada doctrina jurisprudencial en los siguientes términos:

“Para comenzar hay que decir que no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales (Sentencias de 30 de enero, 9 de mayo de 1990 y 30 de junio de 1993). No puede olvidarse que, como señala la Sentencia de 30 de junio de 1993, ‘los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son’. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del grupo empresarial, pero no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Para lograr tal efecto hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia de la Sala Cuarta ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos:

1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (Sentencias de 6 de mayo de 1981 y 8 de octubre de 1987).
2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo (Sentencias de 4 de marzo de 1985 y 7 de diciembre de 1987).
3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (Sentencias de 11 de diciembre de 1985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio de 1988, 12 de julio de 1988 y 1 de julio 1989).” STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de febrero de 2006, I.L. J 508.

Por el contrario, la **STSJ de Valencia de 24 de enero de 2006**, I.L. J 489, desestima la solicitud de declaración de responsabilidad solidaria instrumentada por un trabajador contra las diversas empresas que componen un grupo de empresas entendiendo insuficiente el que las empresas pudieran llegar a compartir el mismo domicilio social y que el trabajador haya sido contratado como trabajador fijo discontinuo por una de las demandas y, posteriormente, como trabajador fijo a tiempo parcial por otra. La sentencia rechaza “la

III. Empresario

existencia de grupo empresarial entre las demandadas, pues a la vista de los hechos declarados probados, no concurren los presupuestos necesarios para que se pueda sostener la existencia de una responsabilidad solidaria de todas ellas, pues de ningún modo aparece el elemento de la confusión de plantillas ni de la confusión patrimonial entre ellas, sin que sea suficiente la coincidencia de algunos de sus administradores o el hecho de que pudieran llegar a compartir el mismo domicilio social.” (STSJ de Valencia de 24 de enero de 2006, I.L. J 489).

4. CONTRATAS

A) Diferencia con la cesión ilegal

Véase apartado 5.A).

B) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto del pago de indemnización de daños y perjuicios por accidente de trabajo

La pluralidad de previsiones que el ordenamiento jurídico contiene en materia de responsabilidades derivadas de la diversidad de incumplimientos que pueden concurrir en supuestos de contratas y subcontratas de obras y servicios incrementa las dificultades a la hora de determinar con exactitud el ámbito de aplicación de cada una de ellas, especialmente cuando se refieren aparentemente al mismo tipo de incumplimientos pero imputan responsabilidades de distinto carácter. La **STSJ de Cantabria de 16 de enero de 2006**, I.L. J 156, se pronuncia sobre la pretensión de los actores en reclamación de daños y perjuicios sufridos a causa del fallecimiento de un hijo en accidente de trabajo, quienes solicitan además que se condenen solidariamente a la empresa contratista para la que trabajaba el finado y a la empresa principal. El fallo estima la petición de los familiares del trabajador, tras comprobar que se dan los requisitos que, en relación con la cuestión litigiosa, exige la doctrina del Tribunal Supremo para declarar la responsabilidad civil de empresa principal y contratista:

“1) existencia de una conducta culposa o negligente, de índole personal o de las personas por las que se deba responder; 2) realidad del daño producido, y 3) relación de causa, entre ésta y la expresada conducta o actividad y la responsabilidad que de ella se deriva es totalmente distinta y diferenciada de la consistente en recargos de la Seguridad Social y compatibles (TS de 20 de julio de 2000).

Es por ello que la obligación nace del contrato de trabajo y de conformidad con el artículo 1101 del Código Civil, si las demandadas fueron responsables del accidente quedarían sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en cumplimiento de sus obligaciones incurriesen en dolo, negligencia o morosidad o de cualquier modo contravinieran el tenor de aquélla.” STSJ de Cantabria de 16 de enero de 2006, I.L. J 156.

C) Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto del recargo de prestaciones por accidente de trabajo

Las prestaciones económicas de Seguridad Social que traigan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional pueden incrementarse con el correspondiente recargo, por aplicación del artículo 123 LGSS, cuando la lesión se produzca como consecuencia de la inobservancia de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Dicha responsabilidad es independiente de las posibles sanciones administrativas que pudieran imponerse. La responsabilidad del pago de dicho recargo corresponde al empresario infractor, sujeto cuya determinación en los supuestos de contratas y subcontratas ha dado origen a abundante litigiosidad judicial.

La STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2006, I.L. J 428, entre otros, aborda el problema de determinar si el recargo de prestaciones que, como decimos, recae sobre el empresario infractor, puede también atribuírsele al empresario subcontratista cuando el trabajador accidentado no era empleado de tal subcontratista. La sentencia desestima dicha argumentación recordando que “cuando en un mismo centro de trabajo desarrollan su actividad trabajadores de varias empresas, éstas han de cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención laboral, coordinándose entre sí (artículo 24.1 LPRL), correspondiendo al titular del centro la dirección de ese trabajo (artículo 24.2)”. “Por ello, entre las obligaciones de la empresa recurrente, como promotora, se encontraba en la fase de redacción del proyecto, de la elaboración de un estudio de seguridad y salud, siquiera fuese un estudio básico, lo que no consta, por lo que existe una responsabilidad del empresario principal, o promotor, ante la ausencia de dicho plan de seguridad, en el que se identificaran los riesgos y se especificaran las medidas preventivas y protecciones técnicas, incluidas las previsiones e informaciones necesarias para ejecutar los trabajos correspondientes. Existe, por tanto, un incumplimiento de normas de seguridad, cuya infracción resulta elemento causal del accidente, circunstancia que determina la procedencia del recargo, aunque se trate de un trabajador que no prestaba servicios para la recurrente, pues en esta materia la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha admitido la imposición del recargo al empresario principal que infringe normas de seguridad laboral relevantes en la producción de accidente sufrido por el trabajador de una contrata suya, sea o no de la misma actividad (Sentencias de 18 de abril de 1992 y 5 de mayo de 1999, entre otras), ya que, en este caso, lo importante no es tanto que la actividad de las empresas sea la misma, sino que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad.” STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2006, I.L. J 428.

D) Ausencia de responsabilidad de la empresa principal respecto de los salarios de tramitación

La cuestión debatida es si los salarios devengados durante la tramitación de un despido, calificado de improcedente, acordado por una empresa subcontratista comprendida en el artículo 42 del ET, son adeudados solidariamente por la empresa principal y la subcontratista, cuestión que remite a la determinación de la naturaleza salarial o extrasalarial de los salarios de tramitación. Aunque la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza

III. Empresario

indemnizatoria de los salarios de tramitación viene siendo pacífica desde hace unos años, el debate jurídico no ha perdido la oportunidad de reabrirse con motivo de la nueva redacción dada al artículo 33.1 ET con la aprobación de la Ley 45/2002, y nuevamente modificado por RD-Ley 5/2006. La sentencia de instancia considera que la reforma impone la modificación de la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo. Hasta la fecha, salvo en alguna sentencia aislada (STS de 7 de julio de 1994), el Alto Tribunal aunque reconoce que cualquiera de las dos opciones llevadas a sus últimas consecuencias conduce a soluciones indeseables, se inclina por afirmar la naturaleza indemnizatoria de estos salarios de tramitación, en la medida en que persiguen compensar al trabajador por la pérdida de retribuciones durante la instrucción del proceso judicial (SSTS de 14 de julio de 1998, de 2 de febrero y 10 de julio de 2000, entre otras muchas). En esta ocasión, el Tribunal Supremo debe manifestarse sobre si, en su opinión, la modificación del artículo 33 ET, que incluye específicamente dichas cuantías entre las retribuciones garantizadas por el FOGASA, afecta también a las obligaciones de naturaleza salarial de las que empresario principal y contratista deben responder solidariamente, por aplicación del artículo 42.2 ET o, por el contrario, la modificación únicamente afecta al régimen jurídico del FOGASA. En palabras de la sentencia:

“En ambos casos se trataba de demandas por despido contra la empresa subcontratista con la que estaba vinculado el trabajador con contrato de trabajo y contra la empresa principal, declarándose el despido improcedente dictándose fallos distintos, en cuanto a la cuestión debatida ya que mientras en la recurrida se consideró que del pago de los salarios de tramitación responden solidariamente tanto la empresa principal como la subcontratista al tener dichos salarios naturaleza salarial, en cambio en la referencial entiende que los mismos tienen naturaleza indemnizatoria, no respondiendo el empresario principal del pago de dichos salarios, dada su naturaleza. No afecta a dicha contradicción como se dice en la recurrida la reforma aprobada en el artículo 33.1 ET por Ley 45/2002 de 12 de diciembre, ni tampoco la sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 2002 que sólo afectan al Fondo de Garantía Salarial y a las obligaciones de éste, pero no a la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación en los supuestos del artículo 42 del ET.” STS de 20 de febrero de 2006, u.d., I.L. J 192.

E) Responsabilidad solidaria del empresario principal por vacaciones no disfrutadas

El debate judicial también se cierne sobre la naturaleza salarial o extrasalarial de las retribuciones que traen causa de los períodos de vacaciones que correspondiendo al trabajador no hubieran sido disfrutadas a instancias de la empresa. Nuevamente, la determinación de la naturaleza, salarial o indemnizatoria, de dichas percepciones tiene relevancia en orden a determinar cuantitativamente el alcance de la responsabilidad del empresario principal, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.2 ET; en otras palabras, se discute si dentro de la responsabilidad de la empresa principal se debe incluir el abono del concepto retributivo “vacaciones no disfrutadas”. El Tribunal Supremo reitera su doctrina anterior, que de forma clara y expresa afirma la naturaleza salarial de las vacaciones: la “conclusión que se desprende de todas las consideraciones anteriores es la de que la retribución correspondiente al concepto de vacaciones es salario a todos los efectos y en concreto a los efectos previstos en el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores, por

cuya razón procede desestimar el presente recurso de casación por cuanto la sentencia recurrida se halla ajustada a la buena doctrina interpretativa de lo que sobre dicha cuestión procedía declarar.” STS de 31 de enero de 2006, u.d., I.L. J 79.

5. CESIÓN ILEGAL

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

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores por una empresa con el objetivo de cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad únicamente abierta para las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Cuando el lugar de la empresa que somete a sus trabajadores a tráfico prohibido es ocupado por una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la delimitación del supuesto legal se hace más compleja, resultando decisivo si ésta pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata. En este sentido, se reitera la STS de 14 de marzo de 2006, u.d., I.L. J 259:

“La actuación empresarial en el marco de la contrata es, por tanto, un elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal.”

“En las presentes actuaciones el arrendamiento de servicios entre las dos empresas es sólo un acuerdo de cesión que se agota en el suministro de mano de obra.

A través del relato histórico, incluyendo las remisiones hechas en el mismo y en la fundamentación jurídica a la prueba documental se observa la existencia de datos que no permiten configurar una autonomía técnica de la contrata.

A esa conclusión permite llegar el análisis en el que se destaca el contenido del hecho probado octavo, acerca del objeto social de la contratada en relación con el undécimo que refleja el contenido de la estipulación entre la principal y la contratista, así como la fórmula de pago por remisión al folio 358, al aumentar o reducir el precio en función del aumento o disminución de número de trabajadores necesarios, en el mismo Hecho Probado, la formación del personal de Atlas Servicios Empresariales, SA por el de Bitron Industrie España, SA, en el vigésimo segundo, los trabajadores de Atlas reciben instrucciones de Bitron y si tienen algún problema acuden al responsable de Bitron en el Fundamento de Derecho Tercero y en el Hecho Probado Undécimo, la existencia de una Coordinadora que mantiene los contactos entre ambas partes. No consta tampoco ninguna infraestructura, lo que evidencia como cesión entendida como mero suministro de mano de obra.”

En aplicación de dicha doctrina, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 16 de enero de 2006, I.L. J 440, declara contraria a derecho la relación contractual desarrollada entre una

III. Empresario

empresa dedicada a estudios y análisis de mercados, control y supervisión de canales de distribución, presentación y venta de productos y fidelización de clientes y una entidad bancaria, con el objetivo de realización de campañas de captación de clientes para esta última. Según consta en el fallo, la empresa de servicios:

“no disponía de una organización con existencia autónoma o independiente en esta provincia, ni contaba con los medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de su actividad y en realidad tampoco organizaba, dirigía o controlaba efectivamente el desarrollo de la actividad, que corría por cuenta de un directivo del Banco que era quien ejercía funciones inherentes a la condición de empresario, lo que conlleva la existencia de la cesión ilegal de mano de obra, por lo que habiéndose ajustado la sentencia de instancia a la normativa legal y a la jurisprudencia procede confirmar la sentencia (...)”

A similar conclusión se llega en un supuesto de contratación administrativa entre el Instituto Insular de Deportes y una empresa de servicios, en el que se considera acreditado que el objeto real de la contratación administrativa entre ambas entidades “no fue sino la prestación de servicios de las actoras, que en el marco de su actividad laboral se integraban en la estructura organizativa del primero, a pesar de que el contrato de trabajo estaba formalizado con la segunda. De los hechos probados no resulta que exista prestación alguna por parte de la UTE demandada distinta a la propia prestación de las trabajadoras cedidas cuya relevancia la convierta en el objeto de la contratación celebrada entre ambos empleadores y que la diferencie netamente de una mera puesta a disposición de trabajadores”, **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 23 de enero de 2006**, I.L. J 443. En el mismo sentido se produce otro pronunciamiento, por entender el Tribunal que la empresa principal utiliza trabajadores de la contratista, que cumple el papel de una empresa privada de selección y colocación de trabajadores, para la prestación de una parte esencial de su actividad, en sus propias instalaciones, e incluso con su propia maquinaria, por más que dicha actividad se instrumentalice a través de un contrato de alquiler de la maquinaria y de una serie de apariencias formales externas de separación de plantillas. A tales conclusiones llega el Tribunal tras considerar probados los siguientes extremos:

a) La empresa que aparece como contratista, Eulen SA tiene, por ser conocido, una diversidad de actividades tanto propias como consecuencia de su integración dentro de un grupo, de prestación de servicios diversos con su propio personal a otras empresas en España y en otros países.

b) No consta que entre sus actividades propias esté la del envasado de quesos en plásticos y el vacío en Sala Blanca, y lo relacionado con envasado, etiquetado y apilado de quesos y actividades afines (hecho probado segundo).

c) Eulen SA suscribió un contrato por tiempo indefinido de arrendamiento de servicios con la empresa Lácteas García Baquero SA, mediante el cual sus trabajadores prestarían el trabajo antes mencionado, de Envasado de Quesos al Vacío con Plásticos en Sala Blanca (hecho probado cuarto), sito en las instalaciones propias de Lácteas García Baquero SA, mediante el número de trabajadores necesarios para ello, en jornada ya predeterminada de 40 horas semanales, de lunes a domingo, excepto festivos, siendo responsabilidad de

Eulen SA la previsión del personal necesario para cubrir bajas, vacaciones, ausencias, etc. (hecho probado cuarto), existiendo una persona que servirá de responsable y que realizará la función de interlocutor entre los operarios de Lácteas García Baquero SA y Eulen S.A.

d) Dicha empresa no posee maquinaria propia para el desempeño de dicha actividad, ni tampoco tiene instalaciones adecuadas para ello (hecho probado cuarto), habiendo suscrito un contrato mediante el que Lácteas García Baquero SA le alquila la maquinaria de su propiedad (por cuya cuenta son los gastos del mantenimiento de la misma), a Eulen S.A., para que ésta pueda realizar el trabajo concertado, y siendo por cuenta de los propietarios de las mismas los gastos de mantenimiento.

En el contrato suscrito se detalla el importe de la cantidad que Lácteas García Baquero SA abonará mensualmente a Eulen SA por cada trabajador, por 40 horas de trabajo semanal, así como la cantidad que abonará por cada hora extraordinaria, por hora festiva y por hora nocturna, garantizando Lácteas García Baquero SA a la otra empresa los costes producidos por paradas en la producción o por disminución de ésta (nuevo hecho probado cuarto).

e) Los trabajadores de Eulen SA utilizan un vestuario sito en las instalaciones de García Baquero SA, que les proporciona Eulen S.A., donde consta un anagrama de la misma, utilizando aseos distintos de los que utilizan el personal de Lácteas García Baquero SA. Es Eulen SA quien fija los turnos de trabajo, turnos de vacaciones, concede los permisos y licencias, ejerce el poder disciplinario y elabora y abona las nóminas, imparte los cursos de formación precisos y pasa los reconocimientos médicos (hecho probado sexto).” STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2006, I.L. J 533.

Por el contrario, no existe cesión ilegal cuando queda acreditada “la implicación de las empresas contratistas respecto de la actividad laboral de sus trabajadores en el desarrollo de lo que constituye el objeto de la contrata, y la existencia o no de una efectiva estructura empresarial del contratista” SSTS de 14 y 21 de marzo de 2006, u.d., J 372 y J 390; o cuando no puede afirmarse que la empresa “haya limitado su actividad contratista al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio, antes, y al contrario, hemos de observar que se declara como probado que dicha empresa impartió a los demandantes un curso de prevención de riesgos laborales; que se ocupó de la formación de los mismos como conductores de carretillas elevadoras; que les facilitó ropa de trabajo; que mantenía un supervisor o coordinador y que mantenía el control de jornada de sus trabajadores.” STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2006, I.L. J 476.

B) Cesión ilegal entre Administraciones Públicas

La prohibición de cesión del artículo 43 ET afecta directamente a empresas privadas, aunque los requisitos que configuran el supuesto hecho puede producirse también cuando la cesión de trabajadores afecta a empleados laborales al servicio de diversas Administraciones Públicas. En estos casos, y a pesar de la rotundidad de la que hace gala el precepto legal, la doctrina judicial admite la legalidad de tales comportamientos entre Administra-

III. Empresario

ciones Públicas u órganos administrativos, exceptuando tales supuestos de la prohibición del artículo 43 ET, con base en el principio de colaboración, coordinación y cooperación administrativa amparado por el artículo 103 CE. La excepción anterior no impide la imposición, en defensa de los derechos de los trabajadores afectados, de responsabilidad solidaria a las Administraciones implicadas en la condición de empleadores de los trabajadores cedidos durante el período de referencia.

Es el supuesto resuelto por la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de enero de 2006**, I.L. J 481, en el que “nos encontramos con un colectivo de trabajadores que, siendo contratados por la Comunidad Autónoma y considerados como propios de su Administración, prestan sin embargo servicios por cuenta de una Corporación Local durante un período determinado, prorrogable, siendo remunerados por ésta, tal estructura de la relación laboral lleva ineludiblemente a la consideración de ambas Administraciones como empresarios en el seno de la misma. Y ello sin perjuicio de la validez de las normas o convenios reguladores de la situación en lo que a la regulación de las relaciones entre Administraciones se refiere. Pero tales normas sólo pueden ser interpretadas como una regulación de la relación interna entre las Administraciones implicadas, sin que sean oponibles frente al trabajador para excepcionar a una de las Administraciones de sus obligaciones y responsabilidades, porque si se admitiera tal derogación se vendría a dar preferencia a la norma reglamentaria autonómica frente a la Ley estatal en una materia, como es la laboral, en la que la competencia normativa, como hemos dicho, está constitucionalmente atribuida al Estado.”

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de actividad económica

El régimen jurídico laboral de la transmisión de empresa tiene como principal objetivo garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados mediante diversas técnicas al objeto previstas en el artículo 44 ET. El ámbito de aplicación de la normativa laboral queda determinado por lo dispuesto en el artículo 44.2 ET, donde a tales efectos se considera que la transmisión se verifica cuando afecta a una entidad económica que mantiene su identidad, “entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. Cuando dicha situación no puede ser acreditada, no procede aplicar las previsiones garantistas impuestas por el artículo 44 ET. La **STSJ de Murcia de 27 de febrero de 2006**, I.L. J 562, se pronuncia contra la aplicación de dicho precepto tras considerar acreditado que los bienes transmitidos no cumplen tales requisitos y que no se produce la continuidad de la actividad económica:

“Pues bien, en el supuesto de autos no se transmitió un centro de trabajo como tal, sino unos inmuebles e instalaciones en los que ya no existía ninguna actividad empresarial y en los que ya no prestaba servicios ningún trabajador (hechos incontrovertidos). A mayor abundamiento, cabe añadir que de la lectura de la referida escritura, y concretamente de su anexo II en el que se describen los bienes transmitidos, se desprende que ni siquiera se trataba de instalaciones preparadas para ser inmediatamente explotadas, pues en diversos

puntos del apartado dedicado a describir las instalaciones de Escombreras se menciona que se incluyen las instalaciones y basamentos necesarios para el montaje e instalación de la maquinaria y los elementos industriales necesarios para el desarrollo de la actividad productiva, pero no se incluyen dichos elementos.”

A similares conclusiones llega la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de febrero de 2006**, I.L. J 557, donde tras citar ampliamente la jurisprudencia comunitaria en la materia, se concluye:

“Aplicando la doctrina expuesta al supuesto de autos se advierte la ausencia de aquella entidad económica organizada de forma estable. 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 del artículo 39 Ley 7/1995 marca su fin; la Comunidad explotadora desaparece y con ella el personal que venía sirviéndola. Le consta a Dunimar Tour SL que, pese a querer enarbolar ahora un contrato de industria con el propósito de eludir responsabilidades laborales, al tiempo de contratar el arriendo se preocupó en reflejar en su clausulado: cláusula undécima: Dunimar Tour, SL recoge el complejo Verdemar libre de personal fijo, no haciéndose cargo de ningún trabajador de los contratados anteriormente por la Comunidad de Propietarios.”

B) Sucesión de contrata

En supuestos de contratación de obras o servicios entre dos empresas, la jurisprudencia admite la subrogación en los contratos de trabajo de los trabajadores que realizan dicha actividad cuando se produce un cambio de titularidad del contratista, aunque la doctrina exige la concurrencia de dos requisitos considerados constitutivos: transmisión de los elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura u organización básica de la explotación, y de una parte esencial, en términos de número y competencias, de los trabajadores empleados en la realización de la obra o en la prestación del servicio. Los mismos requisitos son exigibles en los supuestos en los que la empresa principal asume por sí misma la actividad anteriormente subcontratada. Sin perjuicio de lo dicho, en determinados sectores intensivos en mano de obra, en los que los elementos patrimoniales adquieren escasa relevancia, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica a los efectos de aplicación del artículo 44 ET.

La aplicación de la doctrina anterior determina, a juicio de las Sentencias de instancia y en suplicación, la existencia de subrogación empresarial en un supuesto en el que una empresa sanitaria, que tenía suscrito con una empresa de servicios un contrato de prestación de servicios de limpieza, asume de forma directa la actividad de limpieza, para la que contrató a seis personas, dos de ellas pertenecientes a la empresa de servicios que anteriormente realizaba dicha actividad. El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina y por ello sin entrar en el fondo del asunto, trae a colación la jurisprudencia del TJCE, para rechazar sendos recursos, en los siguientes términos:

III. Empresario

“Los hechos más relevantes que sirvieron de base al pronunciamiento de la sentencia de contraste dan cuenta de que en una empresa dedicada a la fabricación de chicles y golosinas, se asumió por ella misma la realización del servicio de limpieza, hasta entonces encomendado a una empresa del ramo, con la particularidad muy relevante de que en este caso la empresa Hernández Vidal no se hizo cargo de ninguno de los trabajadores de la empresa ‘contratas y Limpiezas’, de la que dependía las dos demandantes, sino que pasó a realizar la actividad con sendas contratas *ex novo* para ello, después del cese de las actoras.

Ese elemento diferencial en cuanto a la no asunción de ningún trabajador de la empresa de limpieza anterior evidentemente no concurre en el caso de la sentencia recurrida y constituye un factor de hecho absolutamente decisivo a la hora de determinar si hubo o no traspaso, cesión o subrogación empresarial, a la luz de la Jurisprudencia del TJCE, teniendo en cuenta que el debate planteado en ella se produjo en la sentencia de contraste.” SSTS de 25 de enero y de 17 de febrero de 2006, u.d., I.L. J 23 y 130.

C) Sucesión de concesión administrativa

Las previsiones contenidas en el artículo 44 ET resultan también aplicables en supuestos de concesiones administrativas, siempre que se cumplan los requisitos aplicables a los supuestos de sucesión empresarial, particularmente la entrega al nuevo concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para el desarrollo de la actividad afectada por el proceso de contratación administrativa. Aplicando dicha doctrina, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de enero de 2006**, I.L. J 290, considera probada la existencia de sucesión empresarial condenando a la nueva concesionaria a subrogarse en la posición de la anterior y absolviendo a la Administración, tras considerar probado que:

“la Consejería aunque aporte al centro los medios materiales necesarios en las condiciones reseñadas, no ostenta la condición de empresario, como tampoco resulta acreditado que ejerza poder de dirección alguno sobre los trabajadores o que éstos se hallen respecto de aquélla en situación de dependencia, (...)” **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de enero de 2006**, I.L. J 290.

D) Sucesión en supuestos de jubilación del empresario

La jubilación del empresario es causa de extinción del contrato de trabajo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.1.g) ET. La doctrina jurisprudencial contenida en las SSTS de 25 de abril de 2000 y 14 de febrero de 2001 permite afirmar que la extinción de los contratos de trabajos afectados por la jubilación del empresario queda condicionada al efectivo cierre o cese de la actividad empresarial que se produce con motivo de tal circunstancia, pues en caso de continuidad de la actividad empresarial por otro empresario resultarían de aplicación las normas subrogatorias previstas en el artículo 44 ET. La **STSJ de Valencia de 11 de enero de 2006**, I.L. J 498, aborda dicha materia en un supuesto en el que un padre, que venía ejerciendo la actividad empresarial de protésico dental decide jubilarse, extinguiendo a partir de dicha fecha los contratos de todos los trabajadores que prestaban sus servicios en la empresa dirigida por éste. Paralelamente, un año antes de la jubilación del antedicho, su hijo había iniciado similar actividad empresarial en domici-

lio distinto. El fallo tiene en cuenta el dato de la coexistencia de actividades para concluir que entre ambos empresarios no se ha producido transmisión de elementos patrimoniales, rechazando por otra parte que el hecho de que un número de ocho clientes de la primera empresa hayan pasado a la segunda pueda servir para entender probado que entre ambas se haya producido transmisión del fondo de comercio, la misma conclusión se deduce del hecho probado de que de los dieciséis trabajadores que prestaban servicio en la primera empresa un total de seis hayan sido contratados por la segunda, considerando que tal número de trabajadores no supone una parte significativa.

E) Consentimiento del trabajador en supuestos de sucesión contractual: subrogación anulable

A partir del proceso de liberalización del transporte aéreo desarrollado en el marco de la Directiva comunitaria 96/67 CEE, y más concretamente, como consecuencia de la apertura a la competencia de un segundo operador de actividades u operaciones que “Iberia, SA” desarrollaba antes en régimen de monopolio ha permitido elaborar una importante y extensa doctrina judicial. En aplicación de dicha tesis judicial, se sostiene la separación entre el régimen jurídico de la sucesión empresarial producida de conformidad con las exigencias de la normativa laboral vigente, recogida en el artículo 44 ET y en los Convenios Colectivos de aplicación, y la regulación de las cesiones de contratos entre empresas para las que, aun cuando la cesión haya sido aceptada por los representantes de los trabajadores, resulta exigible el consentimiento del trabajador afectado por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1205 del Código Civil. Dicho consentimiento puede producirse de manera expresa o tácita, mediante la aceptación *a posteriori* de la cesión contractual operada, por lo que debe entenderse que dichas subrogaciones son en principio lícitas. En el supuesto de autos, queda acreditado que el trabajador se ha demorado en expresar su oposición al acuerdo subrogatorio, por lo que tratándose de un supuesto de anulabilidad, sometido por tanto a prescripción, debe entenderse que el consentimiento debido se produjo de manera tácita:

“Conforme a lo antes razonado, si en el caso concreto aquí planteado el trabajador afectado por este recurso fue traspasado de Iberia a Ineuropa el día 1 de mayo de 1999, es claro que cuando presentó su papeleta de conciliación (18 de agosto de 2003), la acción estaba prescrita.

En conclusión, la Sentencia recurrida inaplicó indebidamente el artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, razón por la que el recurso de casación para la unificación de doctrina ha de estimarse, casando la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación (artículo 226.2 de la LPL), en el sentido de desestimar el recurso de esta última clase, para confirmar la resolución de instancia, en cuanto acordó la desestimación de la demanda.” STS de 1 de febrero de 2006, I.L. J 109.

F) Responsabilidad solidaria por deudas salariales entre contratas que se suceden

La STS de 3 de enero de 2006, I.L. J 29, resuelve la cuestión debatida en torno a dilucidar qué empresa debe responder de las deudas salariales contraídas con los trabajadores, en

III. Empresario

un supuesto de sucesión de contratas de prestación del servicio de ayuda a domicilio a personas mayores adjudicado por una Administración local sucesivamente a dos empresas distintas. Tratándose de un recurso en unificación de doctrina, el Alto Tribunal se abstiene de entrar en el fondo del asunto tras observar inexistencia de contradicción, en el bien entendido que la sentencia de contraste no se apreció subrogación empresarial. A pesar de lo dicho, la sentencia al tiempo que establece las diferencias entre los supuestos sometidos a unificación se detiene a reforzar el razonamiento de la sentencia recurrida:

“No existe contradicción entre una y otra sentencia.

En la recurrida, como se deduce del relato antes relacionado, quienes reclaman son una multiplicidad de actores, lo que hace pensar que éstos suponían la totalidad o una parte significativa de la plantilla existiendo una transmisión de la misma, y que por tanto, como razona la sentencia recurrida, no sólo hubo subrogación en la misma con apoyo en el C. Colectivo, sino una sucesión de empresas, tal y como ésta ha sido configurada, en casos como el de autos por la doctrina jurisprudencial, de ahí, que se aplique el artículo 44 del ET, en cuanto al único tema debatido de responsabilidad solidaria empresarial, al haber existido una subrogación del nuevo titular de la contrata, en la posición como empleador que el anterior titular ocupaba, haciéndose cargo de los trabajadores de la saliente, estando el núcleo de la actividad constituido por mano de obra lo que por sí mismo era una realidad económica, con entidad propia. En suma en dicha sentencia se aplica la más reciente doctrina jurisprudencial, que en dicha sentencia se relacionaba.

Esto no sucede en la referencial; aquí quien reclama es una trabajadora aisladamente, no existiendo en la sentencia hecho probado alguno que permita pensar que hubo transmisión de la totalidad de una parte sustancial de la plantilla, de ahí que en la sentencia, llegue a la conclusión de que no puede aplicarse el artículo 44 ET; es más, en sus razonamientos se hace constar que no existió transmisión de elementos productivos suficientes para llevar a cabo la actividad que la empresa saliente venía desarrollando, lo que permite pensar, que no existió una cesión de mano de obra, entendida ésta como una realidad económica con entidad propia; todo lo anterior es lo que lleva a la referencial a aplicar lo dispuesto en el artículo 27 del Convenio Regional relativo a la subrogación de trabajadores por la empresa entrante, al concurrir los requisitos allí exigidos (...)” STS de 3 de enero de 2006, I.L. J 29.

G) Convenio colectivo aplicable a los trabajadores afectados por la subrogación

La **STJCE de 9 de marzo de 2006**, I.L. J 169, tiene por objeto la interpretación del artículo 3.1 de la Directiva 77/187, en el marco de un litigio entre el Sr. Werhof y la empresa Freeway Traffic Systems GMBH, sobre aplicación de un convenio colectivo. En concreto, la cuestión prejudicial que da origen a este procedimiento se instrumentaliza a través de los siguientes interrogantes:

1. ¿Es compatible con el artículo 3.1 de la Directiva que el cesionario de la empresa –no sujeto a convenio– quede obligado por un acuerdo entre el cedente –sujeto a convenio– y

el trabajador, por el que se efectuaba una remisión a los respectivos convenios colectivos sectoriales suscritos por el cedente, de suerte que resulte aplicable el convenio colectivo vigente en el momento de la transmisión de la empresa, y no los aprobados con posterioridad?

2. En caso de respuesta negativa: ¿Es compatible con el artículo 3.1 de la Directiva que el cesionario quede obligado por los convenios colectivos sectoriales que hayan entrado en vigor después de la fecha de transmisión de la empresa únicamente cuando quede obligado el cedente?

Tras el correspondiente análisis de la normativa y jurisprudencia correspondiente, y aclarando que la interpretación por razones cronológicas se realiza sobre el texto original de la Directiva, el fallo se inclina por responder afirmativamente a la primera cuestión, lo que le hace innecesario tener que proceder a responder a la segunda de las cuestiones que va implícita en la respuesta a la primera. Así, el fallo de la sentencia expresamente declara que:

“El artículo 3º, apartado 1, de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, cuando el contrato de trabajo se remita a un convenio colectivo que vincula al cedente, el cesionario que no sea parte de tal convenio no quede vinculado por convenios colectivos posteriores al vigente en la fecha de transmisión del centro de actividad.” STJCE de 9 de marzo de 2006, I.L. J 169.

Por su parte, la **STS de 13 de marzo de 2006**, I.L. J 226, debe determinar si la empresa cesionaria está obligada al abono de un complemento salarial resultado de unos pactos colectivos habidos entre determinadas empresas –luego subrogadas por la empresa demandada– y sus trabajadores. En palabras de la Sentencia, y en la línea de la doctrina más arriba expuesta:

“El artículo 44 ET no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino sólo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador.”

JESÚS CRUZ VILLALÓN
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO
PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Contratación: aspectos generales. A) Período de prueba.
3. Contratación temporal. A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado.
b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Contrato de interinidad.
B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Con-
versión en contratos indefinidos. **4. Los contratos formativos. 5. Contratación a tiempo
parcial y fijos discontinuos.** A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato a tiempo com-
pleto. **6. Contratación en la Administración Pública.** A) Contratos laborales. B) Relación
laboral indefinida no fija.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Nos ocupamos en la presente crónica de la revisión de los pronunciamientos publicados en la revista de *Información Laboral Jurisprudencia*, números 1 a 4 de 2006. Y cabe destacar en relación con lo mismo principalmente la **STS de 11 de abril de 2006**, I.L. J 405, que resuelve en unificación de doctrina la cuestión de si resulta o no aplicable a Correos y Telégrafos, tras su transformación en sociedad anónima estatal, la especial duración que se prevé por lo que al contrato de interinidad por vacante se refiere cuando el empresario es una Administración Pública.

2. CONTRATACIÓN: ASPECTOS GENERALES

A) Período de prueba

Tres pronunciamientos deben ser objeto de atención respecto del período de prueba. De un lado, la **STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2006**, I.L. J 298, que estima el recurso de suplicación planteado frente a una sentencia de instancia que asumía que la regulación en convenio colectivo de un período de prueba por tiempo inferior para los contratos tem-

porales implicaba una vulneración del principio de igualdad entre contratos por tiempo indefinido y por tiempo determinado a que se refiere el artículo 15.6 ET. La sentencia reseñada viene a señalar en relación con una conclusión como ésta y de acuerdo con el carácter dispositivo del artículo 14 ET en materia de período de prueba y con el verdadero alcance del artículo 15.6 ET que:

“(…) los sindicatos y empresarios del sector, al redactar el artículo 7 del convenio colectivo lo que establecieron en virtud del principio de autonomía de la voluntad, fue una, podríamos denominarla diferenciación o discriminación positiva, y esa diferenciación no es arbitraria, sino que responde a una justificación objetiva y razonable cual es la de beneficiar a los trabajadores con contrato limitado en el tiempo y por lo tanto con una relación laboral precaria regulando un período de prueba más breve e incentivar así la contratación indefinida otorgando uno de mayor duración (...)”.

En todo caso, lo cierto es habría que puntualizar que el carácter dispositivo del período de prueba regulado por el artículo 14 ET habría de llevar a aceptar sin más la concertación del tiempo que las partes negociadoras estimasen conveniente y que, incluso en el caso de que no fuese más favorable para los trabajadores temporales, la cláusula convencional sería aceptable.

De otro lado, la **STSJ de Aragón de 4 de enero de 2006**, I.L. J 466, viene a puntualizar en relación concretamente con el contrato de trabajo especial para minusválidos regulado por el RD 1368/1985, de 17 de julio, que el período de adaptación que esta norma regula está condicionado a la existencia de un previo pronunciamiento del Equipo Multiprofesional o de la Unidad de Valoración que determine la necesidad del mismo. Este período podrá superar al de prueba cuando sea concertado siguiendo estos pronunciamientos. Sin embargo, la falta de los mismos hará que el pacto de prueba se aplique de acuerdo con el convenio colectivo correspondiente, sin poder entender aplicable el plazo superior previsto para el período de adaptación.

Y, en tercer lugar, la **STSJ de Valencia de 31 de enero de 2006**, I.L. J 497, que declara la nulidad del despido de una trabajadora embarazada producido durante el período de prueba habiendo acreditado la misma la existencia de indicios de discriminación en la conducta de la empresa sin que ésta haya probado en contrario.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

En relación con el contrato para obra o servicio determinado, tres sentencias vienen a abordar diferentes cuestiones de especial interés: la extinción del contrato por finaliza-

IV. Modalidades de Contratación

ción de la obra en un supuesto de subcontratación; la falta de delimitación del tiempo de duración del servicio en sucesivos contratos por obra en un supuesto de contratación con la Administración condicionada a la correspondiente subvención, y la necesidad de identificar con claridad y precisión la obra o servicio de que se trate. En relación con la primera cuestión, la **STS de 4 de mayo de 2006**, I.L. núm. 2, LN-21, reiterando la conocida jurisprudencia en la materia, viene a señalar que no altera a la extinción del contrato el hecho de que la empresa concierte una vez finalizado aquél una nueva contrata con la misma empresa contratista, ya que la primera causa extintiva no queda alterada por el hecho de que la empresa empleadora haya concertado otra contrata con la misma empresa y con la misma finalidad. Se trata de una contrata diferente para cuya efectividad, la empleadora podrá o no contratar a la actora, bien por novación del contrato anterior, bien por suscripción de uno nuevo y con efectos a partir de la fecha en que se concierte, pero sin que por ley o convenio venga obligada a ello.

Respecto del segundo de los temas apuntados, la **STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2006**, I.L. J 436, considera aplicable la jurisprudencia del TS en relación con la necesidad de estar a la naturaleza de los servicios prestados —estables y permanente en el caso concreto—, ya que el hecho del condicionamiento a la subvención no implica *per se* temporalidad, dado que la vía para la extinción en este caso será la del artículo 52.e) ET.

Finalmente, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 19 de enero de 2006**, I.L. J 483, viene a declarar que no se ajusta a las previsiones del artículo 15.1.a) ET en relación con la necesidad de especificar la obra objeto del contrato, la referencia por parte de un club de fútbol a “tres obras o servicios” a desempeñar por el jugador correspondientes a las tres temporadas futbolísticas. En concreto, indica el Tribunal:

“(…) las temporadas de fútbol no son ninguna obra o servicio determinado, pues carecen de sustantividad propia no siéndoles predicable que sea un objeto que se concluya o termine con su ejecución”.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

La causa del contrato eventual por circunstancias de la producción es objeto de discusión en la **STSJ de Baleares de 9 de enero de 2006**, I.L. J 449, que resuelve la ilicitud del recurso a esta modalidad contractual cuando se pretende justificar la celebración del contrato en la falta de certidumbre sobre el futuro de la actividad productiva, en lugar de sobre la existencia certera de una circunstancia cierta y determinada de acumulación de tareas, exceso de pedidos o exigencia del mercado de carácter extraordinario y transitorio que debe consignarse en el contrato.

Por su parte, también la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 1 de febrero de 2006**, I.L. J 560, también aborda la cuestión de la determinación causal del contrato abundando en la argumentación centrada en que ésta depende de criterios cuantitativos y no cualitativos, esto es, será necesario que la empresa acredite de modo fehaciente el incremento de tareas para cuya realización se celebra el contrato.

c) Contrato de interinidad

Resultan de especial interés en relación con esta modalidad contractual, en primer lugar, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 23 de enero de 2006**, I.L. J 484 y la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 3 de febrero de 2006**, I.L. J 582, que en relación con la cuestión de la duración del contrato de interinidad por vacante celebrado por Correos y Telégrafos tras su transformación en sociedad anónima estatal, alcanzan dos conclusiones distintas considerando la primera que resulta necesaria la aplicación del límite de tres meses previsto por el RD 2720/1998 y la segunda que, dadas las excepcionales circunstancias del período de transformación de la empresa, este límite no resulta aplicable, siendo posible considerar que la duración de los contratos se determine de acuerdo con los correspondientes procesos de selección llevados a cabo.

En segundo lugar, ha de destacarse en relación con esta misma cuestión la **STS de 11 de abril de 2006**, I.L. J 405, que resuelve precisamente en unificación de doctrina la cuestión de si resulta o no aplicable a Correos y Telégrafos tras su transformación en sociedad anónima estatal, la especial normativa que el artículo 4.2 del RD 2720/1998 establece en relación con la duración del contrato de interinidad por vacante celebrado por una Administración Pública; es decir, si la duración máxima del contrato en este supuesto será no la general de tres meses sino la derivada del específico proceso de selección de que se trate. Pues bien, considera el TS que:

“(…) aunque la demandada [Correos y Telégrafos] ha dejado de ser una entidad pública, sigue incluida en el sector público, y sin duda en atención a ello, continúa también sometida en gran medida a procesos formalizados de selección y promoción que son propios de una Administración Pública o muy próximos a ellos, aunque lógicamente la transformación en sociedad anónima estatal haya agilizado la provisión [tal y como concretan tanto el artículo 58 de la Ley 14/2000, como el convenio colectivo aplicable]”.

De este modo, concluye el Tribunal, habrá de seguirse una interpretación finalista del artículo 4.2 del RD, que tiene que atender a la función del límite temporal, que no es otra que la de evitar situaciones de abuso y de fraude en el ámbito común de la contratación laboral. Ahora bien, también finaliza la sentencia advirtiendo que la exclusión del plazo temporal puede producir comportamientos abusivos o fraudulentos en la utilización de esta modalidad contractual –trátese o no de una Administración Pública–; y ello, evidentemente, podrá llevar a plantear las denuncias correspondientes.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de febrero de 2006**, I.L. J 506, recoge la jurisprudencia ya conocida sobre la inaplicabilidad de la doctrina de la ruptura de solu-

IV. Modalidades de Contratación

ción de continuidad entre contratos por transcurso de los 20 días correspondientes en el supuesto de que la discusión se centre en los derechos adquiridos por los trabajadores temporales en relación con la antigüedad: “(...) el fundamento de la retribución de la antigüedad radica en la compensación de la fidelidad temporal en la prestación de servicios para un mismo empleador o en un mismo sector de actividad, con ponderación también del aprendizaje, mayor conocimiento, eficacia y productividad que proporciona el acopio de experiencia laboral, acopio ese que se general con absoluta independencia de la circunstancia de que entre una y otra contratación hayan transcurrido más de veinte días”.

Aplicando esta misma interpretación jurisprudencial, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 3 de febrero de 2006**, I.L. J 561, llega sin embargo a conclusión distinta, argumentando en este caso el Tribunal que en el concreto supuesto de hecho planteado el iter contractual de la trabajadora ha de llevar a considerar que las interrupciones producidas en la cadena de contratos —seis meses, tres meses y veintisiete días, un mes y trece días, tres meses y trece días, dos meses y dieciocho días y siete meses y dos días—, “son lo suficientemente significativas como para suponer una solución de continuidad en la relación laboral e interrumpir el cómputo de la antigüedad en la empresa”.

b) Conversión en contratos indefinidos

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2006**, I.L. J 338, declara que se convierte en indefinido el contrato celebrado sin cumplimiento de los requisitos exigidos en un supuesto en el que se acude a la modalidad contractual de interinidad por sustitución para sustituir precisamente a un sustituto de un primer trabajador, en cuyo contrato no se hace constar la identificación nominal y clara del trabajador a quien se sustituye ni las tareas a realizar. En todo caso, puntualiza la sentencia, con ello en modo alguno se entiende que el artículo 4.2.a) RD 2720/1998 considere imposible un “desplazamiento en cadena”, pero ha de asumirse que los requisitos que este precepto exige no son de índole meramente formal e intrascendente sino esenciales por lo que hace a la eficacia del contrato de interinidad.

4. LOS CONTRATOS FORMATIVOS

Sólo una resolución se centra en el contrato para la formación dentro del período analizado. Se trata de la **STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de enero de 2006**, I.L. J 463, que declara la conversión en indefinido del contrato pactado con un trabajador que superaba la edad máxima de veintiún años exigida por el artículo 11.2 ET.

5. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y DE TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

En relación con el contrato a tiempo parcial, aborda la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 20 de febrero de 2006**, I.L. J 559, la cuestión de la equiparación de derechos en materia de disfrute de vacaciones entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial prevista por el artículo 12.4 ET y la exigencia de proporcionalidad en su caso. Concretamente, señala la resolución que nos ocupa que el criterio de identidad de derechos:

“(...) se convierte en el de proporcionalidad en aquellos derechos que dependan del tiempo trabajado (dentro de los cuales se encuentra, por excelencia, toda la materia retributiva). El concepto de la ‘proporcionalidad’ se encuadra dentro del campo de la lógica matemática y es de tipo absoluto, es decir, existe una relación proporcional entre dos magnitudes o no existe, pero no existen medias proporcionalidades.”

B) Contrato fijo discontinuo

No podrá considerarse como fija discontinua la actividad que no se identifique con “parámetros cronológicos estacionales” viene a señalar la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 3 de febrero de 2006**, I.L. J 561. Concretamente valora la posibilidad de considerar como fija discontinua una relación de trabajo articulada a través de varios contratos eventuales por circunstancias de la producción celebrados en fechas “no coincidentes en esencia con ciclos de aumento periódico de la actividad productiva de la empresa, con lo cual no podemos hablar de trabajos fijos discontinuos”.

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales

La **STS de 13 de febrero de 2006**, I.L. J 107, declara en resolución de recurso de casación para la unificación de doctrina que se ajusta a derecho la celebración por parte de la Administración Autonómica –Residencia Mixta para Mayores dependiente de la Junta de Castilla y León– de un contrato eventual por circunstancias de la producción en el que se acredita como causa el incremento de actividad derivado de la “reordenación horaria del personal” producida a partir de la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo aplicable:

“Obviamente, la reducción de la jornada de trabajo en un centro asistencial, que requiere de servicios continuos, exige una mayor necesidad de trabajadores. Necesidad que persiste como extraordinaria en tanto no se provea la creación de los puestos de trabajo necesarios para cubrirla con carácter definitivo. Incremento de plantilla que, cuando se trata de

IV. Modalidades de Contratación

centros de trabajo de la Administración, está sometido a un proceso imposible de realizar de modo instantáneo.”

B) Relación laboral indefinida no fija

Declara la STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2006, I.L. J 478, la legalidad del cese de una trabajadora indefinida no fija del Ayuntamiento de Vilanova del Penedés que se produce tras la realización del correspondiente proceso de selección y la cobertura de la plaza que la misma ocupaba. Aplica en el caso la sentencia que comentamos la conocida jurisprudencia en relación con el carácter temporalmente indefinido del contrato de trabajo que se extingue con la ocupación definitiva, mediante un procedimiento reglamentario de selección, de la plaza desempeñada en virtud del mismo.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO

LUIS ENRIQUE NORES TORRES

MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Salario. A) Definición y composición de la estructura salarial.

a) Liquidación de las vacaciones devengadas y no disfrutadas. Naturaleza salarial y no indemnizatoria. b) Cómputo del plazo de prescripción de la acción para reclamar, con motivo de la extinción del contrato, la liquidación de las vacaciones y de las pagas extraordinarias.

Dies a quo: la fecha de extinción del contrato de trabajo. c) Retribución variable en función del grado de consecución de determinados objetivos cuyo pago se condiciona a la permanencia de la empresa a 31 de diciembre. Nulidad de dicha condición, por cuanto el salario devengado nunca puede dejar de satisfacerse. d) Trabajador sancionado con una multa de tráfico cuyo importe adelanta la empresa. Procedencia de la compensación de créditos y no

aplicación del artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. e) Prescripción del plazo para accionar en reclamación del abono de la realización de horas extraordinarias. f) Stock options. Análisis de los criterios que determinan su naturaleza jurídica. g) Concesión de un préstamo por parte de la empresa, en condiciones inferiores a las previstas en el convenio colectivo.

h) Plus de toxicidad, penosidad o peligrosidad. El cumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, en nada afecta a las condiciones del sistema de trabajo. B) Fondo de Garantía Salarial. a) Responsabilidad subsidiaria: no

procede. Salarios de tramitación correspondientes a despido efectuado durante la vigencia del Real Decreto-Ley 5/2002, y Auto de insolvencia dictado tras la entrada en vigor de la Ley 45/2002. **2. Jornada de trabajo.** A) Descanso. a) Compensatorio. Requisitos. b) Médicos residentes. Derecho a descanso mínimo entre jornadas de 12 horas. B) Horas extraordinarias.

a) Servicio Andaluz de Salud. Se tiene derecho a ellas si se incumple la obligación de computar los días de libre disposición como jornada efectiva. b) Prueba. c) Retribución de las Guardias de Presencia Física-Atención Continuada del personal facultativo médico. C) reducida por guarda legal. Desempleo **3. Clasificación profesional.** A) Clasificación profesional y

excedencia: límites. B) Conservatorio superior de música. Titulación sobrevenida como pro-

cedencia: límites. B) Conservatorio superior de música. Titulación sobrevenida como pro-

fesor superior de solfeo y encuadramiento profesional. C) Ministerio de Defensa. Técnicos de Actividades, Técnicos de Mantenimiento y Oficios. **4. Movilidad funcional.** A) Conductores-perceptores de autobús. Venta de auriculares. B) Ordenanza del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales. Funciones de telefonista y retribución. **5. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.** A) Las modificaciones del sistema retributivo tienen carácter sustancial. Carga de la prueba. B) Conflicto colectivo. Desestimación. Modificación del sistema retributivo. Libertad del trabajador para aceptar la oferta. C) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Caducidad de la acción. Desestimación. Necesidad de cumplir los trámites del artículo 41 del ET. Condición más beneficiosa nacida de pactos plurales. Absorción. **6. Excepciones.** A) Excedencia voluntaria: derecho al reingreso. Tutela judicial efectiva. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. B) Excedencia voluntaria: reingreso. Amortización de puesto de trabajo. C) Excedencia voluntaria: reingreso. Carga de la prueba de la existencia de vacante. D) Excedencia por cuidado de hijo. Funciones acordes con su categoría profesional. Carga de la prueba. E) Excedencia voluntaria: reingreso. Cobertura de vacantes.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2006 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 584).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Liquidación de las vacaciones devengadas y no disfrutadas. Naturaleza salarial y no indemnizatoria

En el supuesto enjuiciado por la STS de 1 de febrero de 2006, I.L. J 110, el Tribunal Supremo se pronuncia nuevamente sobre la naturaleza jurídica de la compensación económica de las vacaciones devengadas y no disfrutadas.

V. Dinámica de la Relación Laboral

En el caso analizado, el trabajador había reclamado tanto a la empresa contratista para la que trabajaba, como a la empresa principal —para la que, en la práctica, prestaba servicios— el abono de determinadas cantidades adeudadas en la fecha de extinción de su contrato de trabajo. La empresa principal —apoyándose en la literalidad del artículo 42.2 del ET, que limita el alcance de la responsabilidad solidaria de la empresa principal a las deudas de naturaleza salarial y de Seguridad Social contraídas por la empresa contratista durante el período de vigencia de la contrata— se oponía al pago de la liquidación de las vacaciones no disfrutadas, por entender que esta compensación económica no revestía naturaleza salarial.

Ciertamente, se suele definir el salario como el *precio del trabajo*: como la contraprestación económica por los servicios prestados por el trabajador. Y no cabe duda de que, durante las vacaciones, no hay prestación de servicios. ¿Qué naturaleza tiene, entonces, la retribución de este período? La Constitución, en su artículo 40.2, reconoce el derecho de los trabajadores al descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas. Y el artículo 26 del ET, por su parte, considera salario la totalidad de las percepciones económicas del trabajador, con independencia de que retribuyan el trabajo efectivo o los períodos de descanso computables como de trabajo. Pues bien, el tiempo destinado a vacaciones tiene cabalmente esa consideración: supone un tiempo de descanso computable como de trabajo y, en consecuencia, la cantidad destinada a compensar al trabajador por el período de descanso devengado y no disfrutado con motivo de la extinción del contrato es “de naturaleza salarial y no indemnizatoria”. El Tribunal Supremo, manteniendo la doctrina proclamada con anterioridad, en su Sentencia de 23 de diciembre de 2004, desestima el recurso de casación para unificación de doctrina y condena a la empresa principal, de forma solidaria, al pago de aquellos conceptos salariales adeudados al trabajador en la fecha de extinción de su contrato.

b) Cómputo del plazo de prescripción de la acción para reclamar, con motivo de la extinción del contrato, la liquidación de las vacaciones y de las pagas extraordinarias. Dies a quo: la fecha de extinción del contrato de trabajo

La STS de 20 de enero de 2006, I.L. J 60, se pronuncia sobre cuál es el *dies a quo* del plazo de prescripción del plazo para accionar en reclamación de cantidad por los importes adeudados en concepto de parte proporcional de pagas extraordinarias y liquidación de las vacaciones devengadas y no disfrutadas.

En el supuesto analizado, la sentencia de instancia había considerado que este plazo de prescripción no podía comenzar mientras no fuese firme la sentencia que declarase la procedencia del despido, ya que era ése el momento en el que se conocía que no había lugar a la readmisión del trabajador. La empresa recurrió en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia. El trabajador interpuso recurso de casación para unificación de doctrina y el Tribunal Supremo lo resuelve en el sentido que a continuación se expone.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 59.2 del ET, el plazo de prescripción de la acción por reclamación de cantidad se computa desde el día en que ésta pudo ser ejercitada. Pues bien, según el artículo 31 del ET, el abono de las gratificaciones extraordinarias se producirá con ocasión de las fiestas de Navidad y en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Éstas son, por lo tanto, las fechas a partir de las cuales se puede reclamar el abono de las pagas extraordinarias. Ahora bien, cuando el contrato se extingue con antelación a tales fechas, el trabajador tiene derecho a que se le abone la parte proporcional que le corresponda. No podemos olvidar que se trata de un concepto salarial cuyo devengo es periódico —por cada día trabajado— y cuyo pago, sin embargo, es diferido. Por lo tanto, a partir del cese del contrato, el trabajador ya puede exigir el abono de la parte proporcional de las pagas extraordinarias. En consecuencia, será ése el momento en el que se inicie el cómputo del plazo de prescripción.

Este mismo criterio procede aplicar, según la STS de 20 de enero de 2006, I.L. J 60, al plazo prescriptivo de la compensación económica de las vacaciones anuales en la proporción pendiente de disfrute al producirse la extinción del contrato.

c) Retribución variable en función del grado de consecución de determinados objetivos cuyo pago se condiciona a la permanencia de la empresa a 31 de diciembre. Nulidad de dicha condición, por cuanto el salario devengado nunca puede dejar de satisfacerse

En este caso, el trabajador tenía reconocido el derecho a una retribución variable que se calculaba con carácter anual, en función del grado de consecución de determinados objetivos. No obstante, el importe de este complemento salarial no se abonaba de una vez, sino que su pago había sido fraccionado a lo largo de los cinco años siguientes a aquel en el que se habían alcanzado los objetivos, quedando condicionado la liquidación da cada una de estas fracciones a que el trabajador se encontrase en la empresa el día 31 de diciembre de cada año.

Pues bien, con motivo de los objetivos alcanzados durante el año 2000, se reconoció el derecho del trabajador a 6.935,68 euros en concepto de incentivos, cuyo abono se realizaría de la siguiente manera: 2.082,51 euros se pagarían en los años 2001 y 2002, respectivamente; 1.388,34 euros en el año 2003; 694,17 en el 2004 y 694,17 en el 2005.

El 10 de enero de 2003, la empresa decidió despedir al trabajador, reconociendo —en el propio acto del juicio— la improcedencia de dicha decisión extintiva. No obstante, se opuso al salario alegado por el trabajador en la demanda, por cuanto éste incluía una cantidad en concepto de incentivos correspondiente a los años 2003, 2004 y 2005, cuando no se habían cumplido los requisitos necesarios para su abono (permanecer en plantilla el día 31 de diciembre de cada año).

V. Dinámica de la Relación Laboral

La STS de 15 de febrero de 2006, I.L. J 116, se pronuncia al respecto considerando que nos encontramos, en este caso, ante un concepto salarial ya devengado. Ciertamente, lo que había sido fraccionado, por acuerdo entre las partes, a lo largo de cinco años había sido abonado, pero no su devengo. En consecuencia, el Tribunal Supremo concluye que un salario devengado en ningún caso puede dejar de satisfacerse por parte de la empresa, máxime “cuando la no permanencia en la empresa se debió a un ilícito laboral del mismo, calificado de despido improcedente por sentencia firme”. Eso sería tanto como dejar el cumplimiento de los contratos al arbitrio de un solo de los contratantes (supuesto especialmente prohibido por el artículo 1256 del Código Civil).

d) Trabajador sancionado con una multa de tráfico cuyo importe adelanta la empresa. Procedencia de la compensación de créditos y no aplicación del artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

En el supuesto enjuiciado por la STSJ de Castilla y León de 11 de enero de 2006, I.L. J 334, el trabajador prestaba servicios para una empresa dedicada al transporte de mercancías por carretera, con la categoría de conductor. En uno de los trayectos realizados por cuenta de la empresa, el trabajador fue sancionado por los gendarmes franceses al comprobar que el tacógrafo estaba manipulado con el objeto de neutralizar los registros de velocidad y los kilómetros realizados. Con motivo de esta infracción, la empresa se vio obligada a abonar el importe de la multa (4.500 euros) para poder recuperar al camión que era de su propiedad y que se encontraba inmovilizado.

En aplicación del artículo 138.2 de la Ley 29/2003, de 8 de octubre, de Ordenación de los Transportes Terrestres (que permite al empresario reclamar a los trabajadores las multas que resulten a ellos imputables), la empresa fue descontando en la nómina del conductor distintos importes, con el fin de resarcirse del importe que había adelantado con el fin de recuperar el vehículo.

Frente a tales deducciones, el trabajador demandó a la empresa, que se opuso a tal reclamación y formuló reconvencción por la cuantía todavía adeudada. La sentencia de instancia estimó la demanda presentada por el trabajador. Recurrída la misma en suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León consideró que resultaba procedente la compensación de créditos, al entender que la infracción cometida era imputable al trabajador y que, en consecuencia, el importe de la multa debía correr por su cuenta. En el propio atestado, se señalaba como sujeto infractor al trabajador que conducía el camión y dicha afirmación había sido posteriormente confirmada por sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Niort.

Ciertamente, concluye el Tribunal, “no se trata de una negligencia leve propia de la actividad de la conducción o ante un riesgo razonable derivado de la actividad mercantil del transporte, asumible por el empresario que se lucra de la referida actividad, sino ante una actuación de trabajador que supone el deliberado propósito de evadir el control de tiempos máximos en la conducción al alterar los discos tacógrafos, sin que se pruebe por lo demás el conocimiento o imputación de esta acción a la empresa, de donde se concluye que ésta no debe asumir los costes de tal acción, sino el conductor infractor”.

En consecuencia, señala el Tribunal, no resulta de aplicación el artículo 607 de la LEC por cuanto “no estamos ante un supuesto de embargo sino ante una compensación de créditos del artículo 1906 del C. Civil, y cumpliéndose los requisitos del citado precepto, la compensación opera automáticamente sin que exista ninguna restricción a favor de alguno de los deudores”.

e) Prescripción del plazo para accionar en reclamación del abono de la realización de horas extraordinarias

En el supuesto enjuiciado por la STSJ de Extremadura de 19 de enero de 2006, I.L. J 328, se analiza el cómputo del plazo para accionar en reclamación del pago de las horas extras.

El trabajador había realizado, a lo largo del año 2003, un determinado número de horas extraordinarias que le fueron abonadas en un importe inferior al establecido en el convenio colectivo, lo que motivó la reclamación de la diferencia salarial correspondiente.

La empresa, en su defensa, alegó la prescripción del concepto reclamado, por cuanto la papeleta de conciliación se había presentado el 16 de febrero del año 2005 y las horas extraordinarias habían sido realizadas a lo largo del año 2003; había transcurrido, en su opinión, el plazo de un año previsto en el artículo 59.2 del ET para accionar exigiendo percepciones económicas. La sentencia de instancia, sin embargo, estimó la demanda interpuesta por el trabajador y condenó a la empresa al abono de los importes reclamados en ella.

La empresa recurrió la sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que resolvió el recurso de suplicación en el sentido que sigue.

La cuestión se centraba en determinar cuándo se inicia el cómputo del plazo de prescripción de la acción por reclamación de importe de las horas extras realizadas. Según lo previsto en el artículo 35 del ET, las horas extras se definen como aquellas horas de trabajo que se realizan sobre la duración máxima de la jornada ordinaria. Pues bien, la jornada ordinaria de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o en el contrato de trabajo. ¿Qué ocurre, entonces, si la jornada de trabajo se fija en cómputo anual (1.750 horas al año) o en cómputo semanal, pero permitiendo una distribución irregular de la misma (37 horas a la semana, de promedio en cómputo anual)? En tales casos, no se podrá saber si se han realizado horas extraordinarias y en qué cantidad mientras no transcurra el año, por lo que el plazo de prescripción sólo puede empezar a correr al final de dicho periodo.

Sin embargo, en el supuesto analizado, el convenio colectivo fijaba una jornada ordinaria de 40 horas semanales, sin permitir una distribución irregular. De ello se deduce una consecuencia clara: al final de cada semana, ya se puede determinar si el trabajador había efectuado o no horas extraordinarias. ¿Cuándo empieza a correr entonces el plazo

V. Dinámica de la Relación Laboral

de prescripción? Según el citado artículo 59.2 del ET, el plazo se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse. Por lo tanto, la clave está en determinar en qué momento el trabajador puede reclamar el pago de las horas extraordinarias. Ello nos remite, necesariamente, al artículo 35 del ET. De acuerdo con lo previsto en él, mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias o compensarlas con tiempo de descanso. En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

Para determinar el momento a partir del cual se puede exigir el abono de las pagas extras, habrá que estar, por lo tanto, a lo expresamente acordado en el convenio colectivo o, en su defecto, en el contrato de trabajo. En ausencia de pacto, por el contrario, “hay que esperar a que pasen cuatro meses desde su realización, pues entre tanto la empresa puede compensarlas con descanso”. De hecho, cualquier reclamación en tal período estaría condenada al fracaso. “Habiéndose presentado la solicitud de conciliación en febrero de 2005, habrá operado la prescripción respecto de las horas extraordinarias realizadas con una antelación superior a un año y cuatro meses”.

f) *Stock options*. Análisis de los criterios que determinan su naturaleza jurídica

La STS de 26 de enero de 2006, I.L. J 231, analiza los criterios que determinan la naturaleza jurídica de las opciones de compra sobre acciones.

Sin duda, el carácter salarial o extrasalarial de los beneficios obtenidos por el trabajador por medio de la adquisición de opciones sobre compra de acciones debe determinarse en cada caso, a la vista de las características concretas de los distintos planes de *stock options* y de los acuerdos suscritos para su aplicación.

Lo que ocurre en este supuesto en concreto es que la función expresa de los planes sobre opciones de compra de acciones de la empresa no era, exclusivamente, garantizar la permanencia del trabajador en ella en el período de espera entre la suscripción y la adquisición de las acciones, sino que comprendía también el incentivo al rendimiento y la compensación de un mayor esfuerzo de trabajo. De esta manera, “el propósito de atraer y conservar el personal figura ciertamente entre los objetivos del plan, pero no de manera exclusiva sino compartida con el de proporcionar más incentivos a dichas personas y promover los buenos resultados de la sociedad. El diseño del plan apunta por tanto a asignar beneficios a los trabajadores, al menos en parte, en contraprestación o contrapartida por el trabajo realizado, y no sólo a compensar la fidelidad”. Pues bien, el hecho de que la opción de compra de acciones suponga, en este caso en concreto, una contraprestación por el trabajo prestado nos indica que estamos ante un concepto de naturaleza salarial.

El Tribunal Supremo aclara también cuál de las posibles ventajas que se derivan de estas opciones de compra de acciones pueden tener naturaleza salarial y cuáles no. Ciertamente, de las opciones de compra de acciones se pueden derivar dos beneficios: Uno, constituido por “la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento

de la adquisición y el precio de ejercicio del derecho pactado”. Otro, el obtenido por el trabajador “mediante un posible posterior negocio jurídico mercantil con un tercero, consistente en la venta de las acciones que adquirió al ejercitar la opción”. Pues bien, tal y como aclara el Tribunal Supremo sólo la primera de estas utilidades podría tener naturaleza salarial, en el caso de que supusiera una contraprestación del trabajo realizado.

g) Concesión de un préstamo por parte de la empresa, en condiciones inferiores a las previstas en el convenio colectivo

En el supuesto analizado por la STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2006, I.L. J 348, la trabajadora había solicitado a su empresa un préstamo por importe de 13.687,80 euros. Dicha solicitud se había tramitado electrónicamente, a través de portal del empleado. En el formulario de solicitud, elaborado por la propia empresa, se advertía que el hecho de tramitar esa operación implicaba el conocimiento y la aceptación de determinadas condiciones. Una de éstas, por la transcendencia que tiene para el caso, se transcribe de forma literal:

“En los supuestos de extinción del vínculo laboral con la entidad, cualquiera que fuera la causa de dicha extinción, en los supuestos de excedencia en cualquiera de sus modalidades, forzosa o voluntaria, se compromete a la cancelación anticipada del saldo pendiente de forma automática.

En todo caso, se autoriza a la entidad para compensar el saldo pendiente con cualquier devengo a que pudiera tener derecho, incluida la liquidación reglamentaria de partes proporcionales.”

La trabajadora tramitó la solicitud y el préstamo le fue reconocido, con el compromiso de devolver su importe en 60 mensualidades, a razón de una cuota de 228,13 euros mensuales.

En septiembre de 2004, la empresa decidió despedir a la trabajadora; despido que fue calificado de improcedente por el propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Extinguido el contrato, la empresa reclamó a la trabajadora el importe no amortizado del préstamo. Ante dicha reclamación, la trabajadora trasladó a la empresa su oposición a su vencimiento anticipado, solicitando que se le amortizara el saldo pendiente a razón de las cuotas mensuales acordadas. La empresa demandó a la trabajadora en reclamación de cantidad y la sentencia de instancia desestimó la demanda, reconociendo el derecho de la trabajadora a seguir devolviendo el préstamo en cuotas de 228,13 euros mensuales. La empresa interpuso recurso de suplicación y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la sentencia de instancia.

Si bien es cierto que la cláusula de amortización automática por cese figuraba en el contrato en virtud del cual se formalizó la concesión del préstamo, el convenio colectivo, al regular

V. Dinámica de la Relación Laboral

la figura del anticipo, nada había previsto con respecto a su cancelación automática en caso de que el contrato se extinguiera. En opinión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, “es un dato objetivo que en este tipo de contratos, los individuales, el trabajador se halla en una situación de inferioridad respecto del empleador a la hora de fijar o pactar las condiciones, entre otras y principalmente las económicas, de su relación contractual bilateral. Por eso el artículo 37.1 de nuestra Constitución garantiza el derecho a la negociación colectiva laboral, así como la fuerza vinculante de los convenios, para evitar que la desigual posición en que se encuentran el empleador y el empleado pueda llevar a aquél a imponer a éste cláusulas abusivas”. Por lo tanto, la cláusula prevista en el acuerdo entre las partes en virtud de la cual el préstamo se cancelaría de forma automática en caso de extinción del contrato de trabajo tendría virtualidad salvo que la causa de extinción contractual se encontrase en una decisión o en una actuación patronal carente de toda cobertura legal. En consecuencia, partiendo de que el contrato se había extinguido por despido declarado improcedente, el Tribunal Superior de Justicia confirma la sentencia de instancia y reconoce el derecho de la trabajadora de amortizar mensualmente el préstamo otorgado por la empresa.

h) Plus de toxicidad, penosidad o peligrosidad. El cumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, en nada afecta a las condiciones del sistema de trabajo

En el caso enjuiciado por la STSJ Cataluña de 12 de enero de 2006, I.L. J 430, el trabajador prestaba servicios en una empresa del sector de la Siderometalurgia. El servicio de prevención concertado por la empresa evaluó el puesto de trabajo del actor y llegó a la conclusión de que el nivel de ruido de la nave en la que éste prestaba servicios ascendía a 86,9 decibelios de media.

Partiendo de esta evaluación, el trabajador reclamó a su empresa el plus de toxicidad, penosidad o peligrosidad previsto en el convenio colectivo de aplicación. Sin embargo, la empresa le denegó su abono alegando que, aunque era cierto que el nivel sonoro del puesto de trabajo excedía de 80 decibelios, había puesto protectores auditivos a su disposición, lo que reducía el nivel de ruido soportado y, en consecuencia, el puesto de trabajo no podía ser calificado como penoso.

Presentada demanda ante el Juzgado de lo Social en reclamación de cantidad, el asunto llega en suplicación al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que sostiene: “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, por cuanto ello supone simplemente el necesario y obligado cumplimiento por su parte del deber genérico de seguridad y prevención de riesgos laborales”. No podemos olvidar que, de acuerdo con lo establecido en el RD 1316/1989, cuando el nivel sonoro del puesto de trabajo supere los 80 decibelios, la empresa deberá proporcionar protectores auditivos a los trabajadores que lo soliciten, siendo obligatoria su utilización por todos los trabajadores cuando se superen los 85 decibelios.

El establecimiento de tales medios de protección en nada afecta al sistema de trabajo establecido, ni a la naturaleza y condiciones objetivas de éste, en cuanto que no suponen me-

jas 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, por lo que debe rechazarse la primera de las censuras jurídicas efectuadas por la representación de la empresa demandada”.

B) Fondo de Garantía Salarial

a) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Salarios de tramitación correspondientes a despido efectuado durante la vigencia del Real Decreto-Ley 5/2002, y Auto de insolvencia dictado tras la entrada en vigor de la Ley 45/2002

En el supuesto que resuelve la STS de 23 de marzo de 2006, I.L.J 373, se plantea el alcance de la responsabilidad del FOGASA en relación con los salarios de tramitación dejados de abonar como consecuencia de despidos ocurridos cuando estaba vigente el artículo 31.1 del ET, en redacción dada por el Real Decreto-Ley 5/2002, que no comprendía el pago de tales devengos entre las obligaciones del FOGASA, pero el auto de insolvencia empresarial se dicta cuando ya estaba vigente el artículo 31.1 del ET, en redacción dada por la Ley 45/2002, en el que se impone esa obligación para los supuestos en que legalmente proceda su abono.

El Tribunal Supremo señala que la cuestión indicada debe resolverse atendiendo a lo dispuesto en la disposición adicional primera de la mencionada Ley, destinada a resolver los problemas que su aplicación en el tiempo comportaba, y según la cual “las extinciones de contratos producidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en lo que se refiere a sus aspectos sustantivo y procesal, por las disposiciones vigentes en la fecha en que hubieran tenido lugar dichas extinciones”. De ello se deduce que el conjunto de normas aplicables al despido del demandante eran las vigentes en el momento en que se extinguió el contrato de trabajo, y no en el momento en que se dicta el Auto de insolvencia empresarial, en tanto que aquél determina el instante desde el que han de quedar fijadas las correspondientes responsabilidades.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Descanso

a) Compensatorio. Requisitos

Para que los descansos compensatorios por días festivos trabajados liberen al empresario de cualquier compensación, no basta con otorgar el descanso correspondiente, sino

V. Dinámica de la Relación Laboral

que ésto se ha de disfrutar dentro del periodo de 4 meses siguientes a la realización de la actividad (artículo 35.4 del RD Leg 1/1995 por el que se aprueba el Texto Refundido del ET).

Así lo señala la **STS de 21 de febrero de 2006**, I.L. J 211, la cual condena a una empresa al abono de cantidad en concepto de horas extras correspondientes al festivo trabajado, a pesar de que aquélla otorgó el descanso compensatorio correspondiente, por el hecho de no haberse producido dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha en que tuvo lugar la actividad.

b) Médicos residentes. Derecho a descanso mínimo entre jornadas de 12 horas

Es reiterada ya la línea jurisprudencia que viene reconociendo a los médicos residentes la aplicación de la legislación laboral ordinaria, y el respeto a los mínimos de descanso legales previstos en la legislación laboral y en concreto en el artículo 34 del ET, RD Leg 1/1995.

En este sentido, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de fecha 2 de febrero de 2006**, I.L. J 510, viene a reiterar la doctrina contenida en la STS de fecha 8 de junio de 2001, recurso 4257/2001, expresiva del derecho de los Médicos Internos Residentes al descanso mínimo de 12 horas entre jornadas, regulación que esta línea jurisprudencial declara no disponible ni en convenios colectivos ni en contratos de trabajo, toda vez que al trasponer las directivas comunitarias 94/104/CE y 94/33/CE no se desarrolló o estableció ninguna excepción para los servicios relativos a la asistencia médica prestada en hospitales, sino que al contrario se mejoraron las condiciones laborales de la directiva, que establecía como descanso un número de horas menor (11).

B) Horas extraordinarias

a) Servicio Andaluz de Salud. Se tiene derecho a ellas si se incumple la obligación de computar los días de libre disposición como jornada efectiva

La **STS de 18 de enero de 2006**, I.L. J 19, pone el punto final a la controversia que arranca del pronunciamiento contenido en la STS de 18 de noviembre de 2002, recurso 56/2002.

En aquella Sentencia se reconocía el derecho del personal dependiente del SAS (turnos de trabajo rotatorio nocturno y rotatorio) a disfrutar seis días de libre disposición y que les sean computados como tiempo de trabajo efectivo a efectos de jornada máxima anual.

En las múltiples aplicaciones de esta doctrina, la STS de 18 de abril de 2005, recurso 3933/2004, afirmó que la aplicación del criterio general antes expuesto conlleva, con efectos de 1 de enero de 2001, una reducción automática de la jornada reglamentaria del personal dependiente del SAS adscrito al turno rotatorio y nocturno y todo ello con independencia de que los referidos días fueran solicitados y disfrutados.

El conflicto que analizan las SSTS de 18 de enero y 11 de abril de 2006, I.L. J 19 y 403, se concreta en la petición de reclamación de cantidad que realiza una trabajadora del SAS que trabajó los días anuales correspondientes a la libre disposición.

El SAS se defiende de la reclamación señalando la voluntariedad de la trabajadora que no solicitó el descanso de estos días de libre disposición.

La Sala reitera que no puede hacerse de peor condición al trabajador que no disfruta los días, porque no los pide, que aquel que los disfruta previa petición y que, en definitiva, los días de libre disposición computan como jornada trabajada con independencia de que los días fueran solicitados y disfrutados.

b) Prueba

Afirma la STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2006, I.L. J 439, que la carga de la prueba en las reclamaciones de horas extraordinarias exige del actor una prueba detallada de las horas realizadas y fechas en que se suceden, salvo que la empresa hubiera establecido un horario de trabajo del que se pueda extraer la realización de esa jornada extraordinaria.

Más allá del resultado del presente procedimiento, donde se estima la demanda de horas extraordinarias, debe recordarse que no es ésta una doctrina pacífica, existiendo en la actualidad dos líneas jurisprudenciales acerca de la carga de la prueba en las horas extraordinarias.

Así, constatamos una línea clásica jurisprudencial que exige al actor una prueba rigurosa, estricta y detallada de la realización de cada una de las horas extraordinarias reclamadas. Esta doctrina que se contiene entre otras en la STS de 11 de junio de 1993, recurso 660/1992, es seguida en la actualidad por algunos TTSSJ como es el caso del de Andalucía (Sevilla) en Sentencia de 23 de enero de 2001, I.L. J 1203.

Frente a esta línea clásica seguida por la Sentencia que comentamos, se va abriendo cada vez con más contundencia a nivel de distintos TTSSJ una doctrina jurisprudencial que dulcifica este criterio rigorista en beneficio del derecho a la tutela judicial efectiva y en el ánimo de corregir supuestos de indefensión que, en ocasiones, puede provocar la doctrina clásica.

Ejemplos de esta postura se contienen en la STSJ de Canarias (Las Palmas) de fecha 30 de abril de 2001, I.L. J 1450, que sostiene la inversión de la carga de la prueba cuando el empresario incumple su obligación de llevar registro diario de trabajo (artículo 35.5 del ET) y de otorgar al trabajador un copia del resumen anual de horas extraordinarias. En el mismo sentido, puede consultarse la STSJ de Baleares de 21 de mayo de 2001, I.L. J 1272.

c) Retribución de las Guardias de Presencia Física-Atención Continuada del personal facultativo médico

Son varias las Sentencias del Tribunal Supremo que deciden de forma unánime cuál debe ser la retribución del exceso de jornada que como consecuencia de las guardias de presencia física realiza el personal facultativo médico.

Citadas Sentencias son las siguientes: SSTS de 21 de febrero de 2006, I.L. J 359; I.L. J 360; I.L. J 363; I.L. J 363; STS de 22 de febrero de 2006, I.L. J 364; STS de 24 de marzo de 2006, I.L. J 365; STS de 28 de marzo de 2006, I.L. J 379; STS de 8 de marzo de 2006, I.L. J 383.

En todas ellas se concluye que debe abonarse como hora extraordinaria (y, por tanto, al valor mínimo de la hora ordinaria) el tiempo que exceda de la jornada máxima legal (40 horas semanales, o en cómputo anual 1.826 horas y veintisiete minutos).

Por el contrario, la jornada que exceda de la máxima pactada en convenio colectivo pero no supere la jornada máxima legal, podrá abonarse a una cuantía inferior a la prevista en convenio colectivo.

Para llegar a esta conclusión realiza la jurisprudencia citada las siguientes afirmaciones:

1.º Las guardias de presencia física realizadas no tienen la consideración de jornadas especiales sino de tiempo de trabajo que están sujetos a la duración máxima de la jornada, siendo contrarias a las normativas comunitarias los preceptos de las normas de los estados miembros que califiquen como tiempo de descanso los periodos de inactividad del trabajador en el marco del servicio de atención continuada. Esta conclusión se apoya en lo resuelto en la STJCE de fecha 3 de octubre de 2000 (Asunto SIMAP y en la STJCE de 9 de septiembre de 2003).

2.º Son horas extraordinarias en los términos del artículo 35 del ET las horas desempeñadas en el servicio de guardia física que excedan de la jornada máxima legal (1.826 horas y 27 minutos conforme el Acuerdo Interconfederal de 1983 BOE de 1 de marzo).

En consecuencia, estas horas que exceden de la máxima legal deben ser retribuidas como mínimo al valor de la hora ordinaria, según criterio de la Sala de lo Social del TS establecido entre otras en las Sentencias de fechas 28 de noviembre de 2004, recurso 976/2004, y 3 de diciembre de 2004, recurso 6481/2003.

3.º Las horas desarrolladas por encima de la jornada pactada y por debajo de la máxima legal pueden ser retribuidas en la cuantía establecida en el convenio colectivo, aun por debajo del valor de la hora ordinaria.

Esta conclusión se extrae de una interpretación conjunta y literal del artículo 35 y 34 del ET, toda vez que ambos hablan de duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, y no de duración máxima de la jornada pactada.

Esta línea jurisprudencial supera y se aparta de la iniciada con la STS de 18 de septiembre de 2000, recurso 1696/1999, en el que se entendía que tenían la consideración de horas extraordinarias las que excedían de la jornada pactada, no de la jornada máxima legal.

C) Reducida por guarda legal. Desempleo

A efectos de la prestación por desempleo se computan los 180 últimos días cotizados, y no los previos a la reducción de jornada por guarda legal.

La reducción en la base de cotización a efectos de prestaciones inherente a la reducción de jornada por guarda legal, es sin duda un obstáculo para el acceso a una reducción de jornada y la consecuente conciliación de la vida laboral y familiar.

Uno de los efectos de esta reducción de jornada se encuentra en la prestación por desempleo, la cual se ve sensiblemente reducida en cuantía, si las bases de cotización que se toman en cuenta son las producidas durante el periodo que dura la reducción, y no el inmediatamente anterior a esta situación.

Sin embargo, hasta ahora la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no ha accedido a compensar esta dificultad. Así lo expresa la **STS de 31 de enero de 2006**, I.L. J 72, bajo el argumento de que la superación de estas posibles insuficiencias, con la asunción del coste financiero que ello implica, corresponde al legislador y no a los órganos judiciales, si bien la regulación actual de esta cuestión puede resultar insatisfactoria desde la perspectiva de un logro más completo de los objetivos de conciliación del trabajo y la vida familiar.

Esta línea jurisprudencial ya se había consolidado en pronunciamientos anteriores como lo son las SSTS de 2 de noviembre de 2004, recursos 5013/2003 y 2111/2004; STS de 21 de febrero de 2005, recurso 420/2004 o, finalmente, STS de 14 de marzo de 2005, recurso 2457/2004.

Contrasta esta postura con la adoptada por el Tribunal Constitucional en similar cuestión (cómputo de cotizaciones de los trabajadores a tiempo parcial a efectos del periodo de carencia de prestaciones). En este caso, el Tribunal Constitucional ha declarado la nulidad del precepto que establecía la determinación de los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social computando exclusivamente las horas trabajadas (ET, artículo 12.4, en la versión del texto refundido RD Leg 1/1995) por vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (SSTC 253/2004; 49/2005; 50/2005).

3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Clasificación profesional y excedencia: límites

Excedencia y clasificación profesional del trabajador son dos instituciones jurídico-laborales íntimamente unidas. Vínculo apreciable en distintos “puentes”, uno de los cuales es

V. Dinámica de la Relación Laboral

el artículo 46.5 del ET, regulador de la excedencia voluntaria por cuidado de hijos, precepto que reconoce al trabajador un derecho preferente al reingreso en vacante de igual o similar categoría a la previamente asignada. La satisfacción de este derecho se alcanza respetando los límites profesionales de la movilidad funcional apreciados en el artículo 39.1 del ET y reconducidos por el Tribunal Supremo al encuadramiento profesional del trabajador con especial atención a su grupo profesional y a su titulación. Respetado dicho límite, asignado al trabajador un puesto correspondiente a parejo encuadramiento profesional y titulación, atendiendo, en su caso, al convenio colectivo de aplicación, no es necesario que las nuevas funciones del trabajador guarden correspondencia con las anteriores. Doctrina apreciable en la STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2006, I.L. J 347 (recurso 6169/2005).

B) Conservatorio superior de música. Titulación sobrevenida como profesor superior de solfeo y encuadramiento profesional

La STS de 7 de abril de 2006, I.L. J 397 (recurso u.d. 4447/2003) sigue la línea abierta por la propia Sala en su Sentencia de 22 de enero de 2002 (recurso 1699/2001) reconociendo, en aplicación de la LOGSE y del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias, y de forma en apariencia automática, el derecho a encuadramiento en el grupo profesional superior, I, desde el II, derecho reconocido, con las consiguientes retribuciones, a partir de la fecha en que se obtiene la titulación requerida en aquél, en el Grupo I, y no obstante realizar las mismas funciones.

C) Ministerio de Defensa. Técnicos de Actividades, Técnicos de Mantenimiento y Oficios

El personal laboral del Ministerio de Defensa se muestra especialmente litigioso en lo que concierne a su clasificación profesional y movilidad funcional. Esta intensa conflictividad, que ha contribuido a perfilar los límites del proceso de clasificación profesional, no sólo es debida a la complejidad del establecimiento convencional de un sistema de clasificación profesional, apreciable en su máxima expresión en el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, aplicable a este personal, siendo exponentes de esta conflictividad la STSJ de Andalucía (Málaga), de 18 de septiembre de 2002, I.L. J 2979 (recurso de suplicación 1448/2002), que explicita el funcionamiento del antedicho sistema de clasificación profesional, y la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 10 de enero de 2003, I.L. J 100 (recurso de suplicación 469/2002). También se debe, aunque estas cuestiones sean más comunes a otros colectivos, a la encomienda de funciones superiores y reclamación de los consiguientes derechos ex artículo 39 ET.

Valgan como muestra a estos otros efectos dos ejemplos. En primer lugar, la STSJ de Murcia de 12 de mayo de 2003, I.L. J 907 (recurso 521/2003), que conoce y estima la reclamación de las diferencias salariales efectuada por un auxiliar de mantenimiento del Ministerio de Defensa, adscrito al grupo profesional 6, pero que venía en realidad desempeñando las tareas propias del grupo profesional 4, entre otras: ocuparse del taller de cerrajería y carpintería metálica, talleres que no cuentan con otro trabajador, realizando tareas de forma autónoma y con total responsabilidad de forma exclusiva y habitual. En segundo lugar, la STSJ de Canarias de 8 de febrero de 2006, I.L. J 583 (recurso 135/2003), rechaza la

pretensión de reconocimiento a un TATMO, grupo profesional 4, de las retribuciones correspondientes al Grupo profesional 3, concluyendo la corrección de su encuadramiento. Esta conclusión está fundada en que el trabajador del Grupo 3 “muestra el perfil de un trabajador más cualificado que el perteneciente al Grupo 4, y además se prevé responsabilidad de mando directo sobre un conjunto de trabajadores. En resumen, el Grupo 3 presenta unos niveles de integración de los factores de experiencia, responsabilidad y mando que según el factor f) del artículo 16 del Convenio único deberían valorarse para determinar la función, superiores a los que cabe atribuir a los técnicos de actividades técnicas de mantenimiento y oficios (técnicos operativos)” (FJ 2.º, último párrafo).

4. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Conductores-perceptores de autobús. Venta de auriculares

La STSJ de Madrid de 26 de enero de 2006, I.L. J 526 (recurso 5937/2005), da respuesta a la demanda planteada en conflicto colectivo contra una orden empresarial que obliga a los conductores-perceptores que prestan su servicio en líneas de largo recorrido a proceder a la venta de auriculares. Tras exponer los distintos supuestos de movilidad funcional ex artículo 39 ET, la sentencia concluye que nos encontramos ante una movilidad funcional ordinaria, lo que supone que “el trabajador experimenta un cambio en el contenido de las actividades que debe llevar a cabo en el marco de la empresa, siempre que pertenezcan al mismo grupo de clasificación profesional tanto la función de las que es movilizado como aquella a la que se le moviliza”, movilidad cuyos límites son respetados en el presente caso, reconociendo la legalidad de la orden empresarial con el condicionante lógico de que esta venta de auriculares tenga lugar fuera del tiempo de conducción, respetando la normativa sobre seguridad vial.

B) Ordenanza del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales. Funciones de telefonista y retribución

Los ordenanzas del IMSERSO están encuadrados en el grupo profesional 7 del Convenio Único para el personal Laboral del Estado, norma que, entre otras funciones, les encomienda como cláusula de cierre “aquellas actividades de naturaleza similar o análogas a las anteriores”. Esta cláusula no ampara la realización de funciones como telefonista, propias del grupo profesional 6, funciones cuyo desempeño exige unos adecuados conocimientos profesionales y aptitudes prácticas “que por mínimos que sean no son en ningún caso requeridos en el grupo profesional 6” (FJ 2.º), y cuya responsabilidad está limitada por una supervisión directa y sistemática. De ahí que, cuando estos ordenanzas realizan las funciones propias de telefonista, la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de febrero de 2006, I.L. J 538 (recurso 487/2004), interpreta –en un caso en que además se realizaban con habitualidad, plenitud e incluso preferencia con respecto a las funciones propias– que el trabajador tiene derecho a las retribuciones correspondientes a dichas funciones de telefonista.

5. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Las modificaciones del sistema retributivo tienen carácter sustancial. Carga de la prueba

La STSJ de Extremadura de 5 de enero de 2006, I.L. J 163, examina, en primer lugar, la reglas de la prueba aplicadas por el Juzgador de instancia, y señala que el artículo 217.6 de la LEC prevé que para la aplicación de las reglas de la carga de la prueba “el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada parte”, entendiendo que debe ser la empresa, pues tiene la documentación y los medios oportunos, quien acredite que los resultados previstos para los años 2003 y 2004 en función de los cuales se fijaron anticipadamente las cantidades exactas en concepto de retribución variables. En lo que respecta al fondo del asunto, la cuestión es el cambio de un sistema de retribución –sistema de objetivos a fin de cálculo de los incentivos– por lo que la empresa entiende que nos encontramos ante un supuesto de *ius variandi* y señala la sala que no puede prosperar porque, por un lado, el precepto cuya infracción se alega (artículo 41 del ET), considera siempre sustancial las modificaciones que afecten al sistema de remuneración y, no habiendo sido aceptada por el trabajador, la empresa no ha acreditado que se den las probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que pueden justificarla, ni que se hayan cumplido los demás requisitos que el mismo precepto establece.

B) Conflicto colectivo. Desestimación. Modificación del sistema retributivo. Libertad del trabajador para aceptar la oferta

La STS de 21 de marzo de 2006, I.L. J 314, examina el supuesto de la modificación del sistema de rendimientos retributivos efectuados unilateralmente por la empresa y señala que “lo modificado por la empresa, sólo introducía sobre el sistema anterior la novedad consistente en vincular la retribución variable, denominada *Performance Bonus* a la evaluación personal de cada empleado, también aquí incardinable en algunos de los tenidos en cuenta en el PSER, como el de cooperación y creatividad, pero es que además, ... consta en los hechos probados, el trabajador era libre de firmar o no la oferta, continuando en su misma situación retributiva anterior el que no lo hiciera, por tanto no puede existir modificación impuesta unilateralmente por la empresa y no es de aplicar el artículo 41 del ET, que contempla un supuesto distinto”.

C) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Caducidad de la acción. Desestimación. Necesidad de cumplir los trámites del artículo 41 del ET. Condición más beneficiosa nacida de pactos plurales. Absorción

La STSJ de Castilla y León de 24 de febrero de 2006, I.L. J 544, reitera la doctrina del Tribunal Supremo, sobre la caducidad en los supuestos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (10 de abril de 2000, 18 de septiembre de 2000, 15 de marzo de 2005) en el sentido de que “a) Al haber desconocido la empresa en la adopción de su decisión modificativa todas las exigencias del artículo 41 del ET, no cabe hablar, desde un plano formal y a efectos de una posible caducidad de la acción, de una modificación

sustancial de las condiciones de trabajo, por más que la medida sí pueda implicarla en el fondo. b) Es doctrina unificada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (sentencias de 18 de julio de 1997, 7 de abril de 1998, 8 de abril de 1998 y 11 de mayo de 1999) que el proceso especial regulado en el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el artículo 41 del ET. De modo que cuando no se cumplen por el empleador las exigencias formales del precepto (apertura del período de consultas, acuerdo a favor de la mayoría de los representantes de los trabajadores y notificación a éstos de la medida aprobada con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad, en el caso de las modificaciones colectivas, o notificación de la medida a los trabajadores y sus representantes legales en el plazo citado cuando se trata de modificaciones individuales), no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el artículo 41 del ET, siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida y no el especial del artículo 138 de la LPL, 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. c) En suma, la decisión patronal podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos sólo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del artículo 41 del ET. Entonces sí será obligada su impugnación por la modalidad procesal del artículo 138 de la LPL y estará la acción sujeta al plazo de caducidad fijado por dicho precepto y el artículo 59.4 del ET. En caso contrario la acción habrá de seguir el cauce de procedimiento ordinario, o el de conflicto colectivo si se ejercita acción de esta naturaleza y ni una ni otra estará sometida a plazo de caducidad. d) Considerar, en un supuesto en que están ausentes todos los requisitos de forma, que la acción ejercitada debe seguir los trámites del artículo 138 de la LPL y está afectada por la caducidad supondría utilizar indebidamente una modalidad procesal a la que sólo cabe acudir, dada su especificidad frente al proceso ordinario, cuando se impugne una auténtica modificación sustancial y, al mismo tiempo, hacer una interpretación extensiva de un instituto tan severo como es el de la caducidad cuando es jurisprudencia, que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sentó ya en sus sentencias de 27 de septiembre de 1984, 21 de abril de 1986, 22 de enero de 1987, 9 de febrero de 1988 y 24 de mayo de 1988. Que la caducidad como medida excepcional del ordenamiento que, para proteger el interés derivado de la pronta estabilidad y certidumbre de situaciones jurídicas pendientes de modificación, impone la decadencia de determinados derechos o facultades por el mero transcurso del tiempo, no puede ser objeto de interpretaciones extensivas que cierren la posibilidad de un examen material del fundamento de la pretensión cuando el ejercicio de ésta no resulta claramente extemporáneo. Y esta orientación jurisprudencial ha de relacionarse, a su vez, con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los criterios de proporcionalidad que, en garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, han de aplicarse para valorar la trascendencia de los defectos procesales (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 27 de diciembre de 1999). En fin, con ello se cercenaría definitivamente el derecho del trabajador no sólo a acceder al proceso, sino posiblemente también, por razón de la perentoriedad del plazo, el de ejercitar la opción que le reconoce el artículo

V. Dinámica de la Relación Laboral

40.3 del ET y además se primaría indebidamente una conducta patronal cuando menos irregular, y que podría incluso incurrir en fraude de Ley, si es que la empresa adopta la modificación sin garantía alguna para los trabajadores, con la finalidad de enervar su derecho a reclamar frente a ella, por mor de una supuesta caducidad que sólo cabe esgrimir si previamente se cumple con las exigencias formales que impone el artículo 41 del ET”. Por consiguiente no habiendo acudido la empresa conforme la forma expuesta supone que el motivo debe ser rechazado.

Examina la sentencia, asimismo, la existencia de un derecho adquirido o condición más beneficiosa, al venir siendo computadas como 8 horas las 7 reales que venían desarrollándose, y reitera la doctrina en el sentido que para que pueda darse “la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (Sentencia de 16 de septiembre de 1992, 20 de diciembre de 1993, 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual “en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho” (Sentencias de 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 julio de 1996) y se pruebe, en fin, “la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo” (Sentencias de 25 de enero de 1995, 31 de mayo y 8 de julio de 1996)”. En el presente supuesto a la luz de los hechos probados estamos ante condiciones más beneficiosas individuales dimanantes de un conjunto plural de acuerdos de naturaleza contractual que vinculan a la empresa y deben ser respetadas.

6. EXCEDENCIAS

A) Excedencia voluntaria: derecho al reingreso. Tutela judicial efectiva. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes

La STC 15/2006 de 16 de enero, I.L. J 2, analiza el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, desde la perspectiva del contenido del derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la intangibilidad de las situaciones en ellas declaradas. El supuesto de hecho se refiere a la sentencia dictada por una Sala de lo Social en la que tras haber reconocido en una sentencia anterior la pervivencia del vínculo laboral y el mantenimiento de la situación de excedencia voluntaria, desestima la pretensión basándose en que se había extinguido la relación laboral al haber caducado la acción de despido.

B) Excedencia voluntaria: reingreso. Amortización de puesto de trabajo

La STS de 14 de febrero de 2006, I.L. J 247, versa sobre el alcance del derecho de reincorporación al trabajo o reingreso a la situación de actividad o servicio activo del trabajador en excedencia voluntaria común.

En el supuesto litigioso enjuiciado concurrían las siguientes circunstancias: a) fue el trabajador el que tomó la iniciativa de pasar a excedencia voluntaria “por asuntos personales”; b) una vez efectuada por el actor la solicitud de reincorporación a la empresa demandada, ésta respondió que no podía acceder a ella por no tener previsto realizar una contratación en categoría igual o similar a la del demandante, prometiendo la propia empresa ponerse en contacto con el trabajador de manera inmediata, en cuanto tal posible propósito de contratación se materializara; c) las funciones laborales desempeñadas por el actor antes de la excedencia han sido distribuidas entre otros empleados de la empresa en situación de activo, sin que se haya cubierto la correspondiente plaza o puesto de trabajo por otro trabajador contratado al efecto.

Tal como ha sido entendido por la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el derecho preferente al reingreso del trabajador en excedencia voluntaria común es un derecho potencial o “expectante”, condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso (STS de 18 de julio de 1986). En este punto se diferencian las regulaciones legales de la excedencia voluntaria común de un lado, y de la suspensión del contrato de trabajo y las excedencias forzosas o especiales de otro, situaciones estas últimas caracterizadas por la conservación del puesto de trabajo por parte del trabajador (STS de 25 de octubre de 2000).

La proyección de la doctrina jurisprudencial anterior a la cuestión litigiosa conduce a su desestimación, porque si la excedencia voluntaria común no comporta para el empresario el deber de reservar al trabajador excedente el puesto de trabajo desempeñado con anterioridad ello quiere decir que el empresario puede disponer de la plaza vacante, bien contratando a otro trabajador para su desempeño, bien reordenando los cometidos laborales que la integran, bien incluso procediendo a su amortización. Ello significa, desde el punto de vista del trabajador, que el derecho “expectante” del excedente voluntario común sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando el mismo puesto de trabajo u otro similar o equivalente se encuentra disponible en la empresa.

En el presente caso, el puesto de trabajo que desempeñaba el trabajador no ha sido conservado o reservado para él por voluntad del empresario, sino que ha sido amortizado, en cuanto plaza existente en el organigrama de la empresa, por reasignación a otros trabajadores de las tareas o cometidos laborales que lo integraban. Y, al no venir obligado por la ley a la reserva de plaza, este comportamiento del empresario de disponer de la vacante producida por la baja en la empresa causada por la excedencia del actor, ha de considerarse ejercicio lícito, correcto y no abusivo de sus facultades de organización y dirección del trabajo.

V. Dinámica de la Relación Laboral

C) Excedencia voluntaria: reingreso. Carga de la prueba de la existencia de vacante

La STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2006, I.L. J J 295, señala que el derecho preferente al reingreso, previsto en el artículo 46.5 ET, pretende garantizar el mantenimiento del vínculo laboral del trabajador con la empresa, a través de la reserva no del puesto de trabajo ocupado, pero sí la de otro semejante o de igual categoría. Sin embargo, el reingreso a este otro puesto de trabajo no es automático, sino condicionado, siendo la condición suspensiva que exista un puesto de tales características vacante (cuyas condiciones asumirá el trabajador, sustituyendo a las que habrían regido con anterioridad al inicio de la excedencia) en el momento de solicitud de reingreso.

El momento en el que tal situación ha de tener lugar es el del agotamiento del período de excedencia. En esta fecha, a efectos de cubrir la vacante, el excedente voluntario tendrá preferencia a cualquier otro trabajador para ocuparla, si es que lo ha solicitado en momento oportuno (el de la finalización de la excedencia o en el plazo que, en su caso, se haya señalado), ya que, en caso contrario, el derecho se entiende prescrito.

Ahora bien, con carácter general, corresponde al empresario la carga de la prueba sobre la inexistencia de vacante en el momento del agotamiento del período de excedencia, siempre y cuando el trabajador haya instado la efectividad del reingreso.

Por lo tanto, la empleadora debe justificar la inexistencia de la vacante para negar el derecho al reingreso del trabajador, y a tal fin no puede entenderse como pertinente justificación, según la sentencia, de acuerdo con el artículo 217 de la LEC: a) ni la simple alusión genérica a la existencia de un compromiso de contratación por tiempo indefinido derivado de un previo conflicto colectivo; b) ni la también genérica alusión a la fluctuante contratación temporal de la empresa.

D) Excedencia por cuidado de hijo. Funciones acordes con su categoría profesional. Carga de la prueba

Para la STSJ de Madrid 6 de febrero de 2006, I.L. J 347, el artículo 46 ET reconoce un derecho preferente del excedente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa. La sentencia analiza un supuesto en el que se alega el incumplimiento de tal derecho, partiendo para la resolución del litigio del principio general de que corresponde al demandante acreditar y probar la modificación operada en las funciones y cometidos asignados antes de su pase a la situación de excedencia voluntaria y después de la extinción de esta situación.

E) Excedencia voluntaria: reingreso. Cobertura de vacantes

La STSJ de Madrid de 30 de enero de 2006, I.L. J 527, resuelve la impugnación de la desestimación de una solicitud de reingreso, denegación basada en lo previsto respecto de la cobertura de vacantes en la empresa, por lo dispuesto en un Convenio Colectivo, cuya entrada en vigor se produjo con posterioridad al inicio de la situación de exceden-

cia. La trabajadora considera que no resulta posible la aplicación retroactiva del contenido del nuevo Convenio. La sentencia establece cómo resulta posible que a través de un nuevo Convenio Colectivo pueda disponerse que las reformas sobre excedencias voluntaria en él contenidas alcancen también situaciones de excedencias anteriores, siempre y cuando así se ordene claramente en el nuevo Convenio.

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ

DAVID LANTARÓN BARQUÍN (COOR.)

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. **3. 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. **4. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** A) La caducidad de la acción. **5. Calificación judicial del despido: Procedencia. 6. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. B) La indemnización: cuantía y cálculo. **7. 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 1 a 4 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

A la extinción del contrato de trabajo por muerte, jubilación, en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario [artículo 49.1.g) ET] se refiere la **STSJ de Valencia de 31 de enero de 2006** (recurso 4205/2005), I.L. J 500. Confirma la sentencia de instancia que desestima la demanda de despido, en el supuesto de un trabajador, en la que: “acreditada la relación laboral con el empresario manteniéndose hasta el fallecimiento de éste, del que tuvo oportuno conocimiento, y a partir del tal acaecimiento fue la esposa del finado la que continuó, en calidad de usufructuaria universal de la herencia del marido, con el desempeño y gestión del negocio de hostelería, haciendo abono de los salarios a la demandante y continuando la actividad empresarial de aquél hasta su jubilación”. El fallo rechaza la existencia de despido por jubilación de la titular del negocio, y se pronuncia a favor de la extinción de la relación laboral.

Para la Sala:

“es claro que de conformidad con la ya consolidada doctrina sustentada por el Tribunal Supremo entre otras coincidentes Sentencias de 28 de junio de 1984, 16 de junio de 1988, 18 de diciembre de 1980 y 13 de marzo de 1992, la única empresaria y continuadora en la titularidad del negocio para la que la demandante siguió prestando servicios lo fue la aludida esposa del finado de conformidad con lo prevenido por el núm. 2 del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores sin que pese a haberse producido, por razón de tales circunstancias, un cambio en la titularidad de la empresa, a tenor de lo determinado por el artículo 44 del mismo ET, a la demandante, en calidad de trabajadora, le correspondieran otros ni más derechos que los de quedar subrogado el nuevo empresario en los mismos derechos y obligaciones del anterior. Y si la referida y única titular del negocio decide jubilarse causando baja en el régimen especial de trabajadores autónomos y cerrando el establecimiento en el que desarrollaba su actividad de empresaria –sin que se haya discutido ni siquiera puesto en duda que la misma no reuniera las exigencias legales establecidas para adoptar tal decisión de jubilación– poniendo tal hecho en conocimiento de la trabajadora demandante, es claro que sea cual fuere el tamiz a que tales hechos y procederes se sometan sólo como determinantes de extinción de la relación laboral conforme a lo prevenido en el apartado g) del núm.1 del artículo 49 ET, y tan constante como reiterada doctrina sobre el mismo contenida entre otras coincidentes Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1990, 9 de abril de 1996, y 25 de abril y 20 de junio de 2000, puede jurídicamente valorarse al estimarlo y decidirlo.”

Diversas resoluciones judiciales analizan la extinción del contrato de trabajo “por voluntad del trabajador” (artículo 50 ET). La **STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2006** (recurso 853/2005), I.L. J 424, niega la existencia de dimisión de un trabajador, y por tanto esta

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

última, en un supuesto en que el empleado es despedido, a la par que analiza los requisitos necesarios para aquélla.

La Sala argumenta en su FJ 2º:

“Efectivamente es correcta y aplicable la doctrina jurisprudencial que considera que la extinción de la relación laboral a instancias del trabajador por incumplimiento de las obligaciones de la empresa, sólo puede producir desde una situación de activo, de manera que, con carácter general, se exige el mantenimiento de la relación laboral y la continuidad de las recíprocas prestaciones hasta que se declare judicialmente la extinción. Sin embargo, también se ha permitido por la jurisprudencia que la dureza de este requisito puede matizarse en casos extraordinarios, basados no en motivos de incomodidad o de simple deseo del trabajador, sino por la situación especialmente gravosa a que puede conducir el mantenimiento de la relación laboral; en este sentido, diversas sentencias admiten la suspensión de las recíprocas obligaciones de prestar servicios y de abonarlos, en supuestos en que existan razones de índole física, psíquica, económicas o morales que la justifiquen, con la finalidad de impedir mayores males que la propia ruptura del vínculo (SSTCT de 5 de mayo de 1988 y del TS de 26 de diciembre de 1986) (...) Existe, pues, causa de extinción por incumplimiento de la empresa de sus obligaciones en materia de seguridad del trabajador; y existe, igualmente, causa que justifica la suspensión de la relación laboral llevada a cabo por el trabajador y explicada por escrito a la empresa en fecha 5 de noviembre de 2001, por lo que procederá efectuar los dos pronunciamientos solicitados, es decir: declarar improcedente su despido y estimar la demanda por extinción.”

En sentido análogo, la **STSJ de Madrid de 24 de enero de 2006** (recurso 4967/2005), I.L. J 461, niega que exista dimisión de un trabajador por su no reincorporación a su puesto de trabajo, tras la revocación de una situación de incapacidad permanente total. La Sala razona que el incumplimiento no es de tal gravedad como para extinguir la relación laboral.

Según la Sala, la dimisión voluntaria de su puesto de trabajo decae, porque

“Se había venido pagando puntualmente todas las mensualidades desde el inicio de esta situación, y pagó también aún con retraso, los meses de noviembre y diciembre, y sobre todo, que aquella irregularidad obedece al hecho de que había fallecido el socio mayoritario que dirigía la empresa en una situación de falta de liquidez de la misma, de forma que hasta que no se produjo la aceptación de la herencia por parte de los herederos no pudieron éstos conseguir los créditos necesarios para hacer frente a los pagos pendientes. Hecho que no es lo suficientemente grave como para dar lugar a la extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador”.

Asimismo, la **STSJ de Madrid de 17 de enero de 2006**, I.L. J 455 (recurso 45/2006), versa sobre un supuesto de extinción de contrato de trabajo por voluntad de un trabajador que alega ser objeto de *mobbing*. La Sala deniega la calificación de despido.

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.”

3. 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 Cantabria de 9 de enero de 2006** (recurso 1171/2005), I.L. J 291. La Sala declara la nulidad de la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, organizativas y de producción, al quedar probada la adopción de represalias empresariales ante la presentación de dos demandas de despido nulo, anteriores a la causa económica alegada.

Para ello, la Sala, en su FJ 2º, razona:

“No 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 reiteración, 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

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

por el empresario. Y en el presente supuesto (...) la medida adoptada no puede calificarse de razonable.”

La **STS de 20 de febrero de 2006**, Sala Cuarta (recurso de casación para unificación de doctrina 1577/2005), I.L. J 254 desestima un supuesto de extinción del contrato por causas objetivas, al no poner el empresario a disposición del trabajador la indemnización prevista en el artículo 53.1.B) del ET. En sentido análogo, la **STSJ de Cantabria de 9 de enero de 2006** (recurso 99/2006), I.L. J 431, estima la nulidad del despido efectuado a un trabajador por incumplimiento de los requisitos formales de falta de comunicación escrita y ausencia de puesta a disposición de la indemnización.

La Sala aduce que:

“La sentencia seleccionada como contradictoria de la Sala de lo Social de Málaga de 15 de junio de 2001, después de establecer sobre la obligación de poner a disposición del trabajador la indemnización que ‘(...) la alegación de causa económica, no dispensa de tal obligación salvo cuando la puesta a disposición sea especialmente gravosa para la empresa. Gravedad que la empresa debe estar en condiciones de acreditar, pues a ella corresponde probar los hechos que hagan razonable la no puesta a disposición de la indemnización. Debe por lo tanto enjuiciarse la razonabilidad de la decisión empresarial; y en su caso, declarar la nulidad del despido’, declara la nulidad del despido objetivo por causas económicas, porque en la carta de despido se pone de manifiesto que ‘esta empresa no pone a disposición del trabajador en este acto, la indemnización conforme a lo establecido en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, advirtiéndole que le será puesta a su disposición en el momento en que tenga efectividad la decisión extintiva, momento en el que se le pondrá a su disposición la cantidad que exceda de la aportación del Fondo de Garantía Salarial, para este tipo de despido, hasta completar la cuantía indemnizatoria de 20 días de trabajo por año trabajado y demás límites que marca la ley, que según nuestros cálculos asciende en su totalidad a 1.961.592 pesetas’. A tenor de lo expuesto se ha de concluir que no hay contradicción entre las sentencias comparadas al no existir identidad de supuestos, pues ambas sostienen que la obligación de poner a disposición del trabajador la indemnización, se dispensa cuando sea especialmente gravosa para la empresa y, que a ésta le corresponde probar los hechos que hagan razonable la no puesta a disposición del trabajador la indemnización y, partiendo de esta premisa llegan a decisiones diferentes, porque en el supuesto de la sentencia combatida tales circunstancias han sido acreditadas por la empresa, en cambio, ello no ocurre en la sentencia de contraste dados los razonamientos contenidos en la misma.”

La interpretación del despido por causas económicas o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) ET] se lleva a cabo por la **STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de febrero de 2006** (Recurso 320/2006), I.L. J 537. falla la improcedencia del despido efectuado, dada la ausencia de acreditación de las causas económicas de la amortización del puesto de trabajo, para lo que no es suficiente el descenso de ventas.

La Sala argumenta en su FJ 2º:

“Las causas económicas tienen por finalidad contribuir a la superación de situaciones económicas negativas que afectan a una empresa o unidad productiva en su conjunto. Cuando lo que produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en el que la patología se manifiesta, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes.”

En sentido análogo, la **STSJ de Aragón de 25 de enero de 2006** (recurso 1070/2005), I.L. J 469 y la **STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2006**, (recurso 5347/2005), I.L. J 553 al determinar la improcedencia de los despidos efectuados a dos trabajadores por causas objetivas, argumentan cómo para fundamentar el despido no es necesario que la crisis económica sea grave, profunda e irreversible. Basta que sea coyuntural o transitoria. El empresario debe acreditar que la extinción ayuda a la superación de la situación negativa, siempre y cuando, el cierre de una sección deficitaria contribuya a asegurar los puestos de trabajo del resto de los empleados de la empresa.

Las Salas razonan:

“En el supuesto enjuiciado, partiendo de la certeza jurídica del relato fáctico de instancia y de la fundamentación jurídica con igual valor, acreditado que el cierre de una sección de la empresa –la de confección– que era deficitaria, contribuye a asegurar los puestos de trabajo del resto de empleados de la empresa, como señala el juzgador *a quo*, que parte de la doctrina jurisprudencial según la cual no es necesario valorar la situación global de la empresa o del grupo empresarial sino que es suficiente que la medida afecta a una sola mitad productiva o sección de la empresa; ha de estimarse que concurre la causa organizativa invocada, y en consecuencia declara la procedencia del despido de las demandantes.”

4. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

A) La caducidad de la acción

La **STS de 3 de enero de 2006**, Sala Cuarta, (recurso de casación para la unificación de doctrina 1156/2005), I.L. J 10 y la **STS de 23 de enero de 2006**, Sala Cuarta, (recurso de casación para la unificación de doctrina 1604/2005), I.L. J 10, desestiman la excepción de caducidad de la acción de despido en el cómputo del plazo para impugnarlo.

La primera de las sentencias analizadas determina, en su FJ 4º:

“En el segundo motivo se impugna que el cómputo hecho por la sentencia recurrida de los 20 días del plazo de caducidad para ejercer la acción de despido, se cuenten como inhábi-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

les los sábados a partir del 15 de enero de 2004; el motivo no puede prosperar, pues con independencia de que en el mismo se reproducen iguales alegaciones que en el anterior, lo que constituye una descomposición artificial del sentido unitario de la controversia, proceder que es incorrecto, pues en el recurso sólo se debate un único punto de contradicción, cual es si es procedente o no computar los sábados como inhábiles, tras la reforma legal antes citada y de que tampoco se cita precepto legal infringido ni se fundamenta, lo que de acuerdo con nuestra reiterada jurisprudencia sería causa de inadmisión del recurso, aparte de no desarrollar el motivo, tampoco puede existir contradicción con la sentencia de esta Sala de 24 de enero de 2002 que cita, que lógicamente por su fecha no pudo pronunciarse sobre la única cuestión debatida en el recurso, relativo a la naturaleza de los sábados como días inhábiles al ser anterior a la reforma del artículo 182.1 LOPJ.”

La segunda sentencia se pronuncia sobre el cómputo de los 20 días hábiles del plazo para interponer las demandas por despido, razonando que: “La Ley Orgánica 19/2003 modificó el artículo 182 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que quedó redactado en los siguientes términos: ‘Son inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad.’ A su vez, el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores ordena que ‘el ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos’. Mandato que se reitera en el artículo 103.1 de la Ley de Procedimiento Laboral que ordena que ‘el trabajador podrá reclamar contra el despido dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquel en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos’.”

Asimismo, la **STS de 7 de abril de 2006**, Sala Cuarta, (recurso de casación para la unificación de doctrina 1759/2005) I.L. J 416, desestima la excepción de caducidad de la acción de despido, aplicando reiterada doctrina sobre la consideración de los sábados como inhábiles a efectos de despido.

La Sala en su FJ 2º alega:

“En relación con el cómputo o no de los sábados para calcular el período de caducidad del artículo 59.3 ET sólo cabe decir que esta cuestión ya ha sido, sin embargo, unificada por la sentencia de esta Sala –STS de 23 de enero de 2006 (recurso 1604/2005)–, dictada en Sala General, en la que se resolvió un supuesto semejante en el que la sentencia también allí recurrida había computado como hábiles para el cálculo de la caducidad de la acción de despido los sábados anteriores a la presentación de la demanda por considerar, como hace aquí la sentencia que se recurre, que el plazo de caducidad no es un plazo procesal sino un plazo civil o sustantivo al que no le sería de aplicación la previsión contenida en el artículo 182.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la modificación de la misma introducida por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, en cuanto a los sábados, en cuanto que dicha norma dice que ‘Son inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos (...)’ 2. Resuelto este problema en la sentencia indicada, nada más adecuado que transcribir los argumentos en ella contenidos en los que estuvimos conformes todos los integrantes de esta Sala de lo Social. En aquella sentencia, y ahora se reitera, se dijo lo siguiente: ‘La Ley Orgánica

19/2003 modificó el artículo 182 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que quedó redactado en los siguientes términos: Son inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad.' A su vez, el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores ordena que 'el ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos'. Mandato que se reitera en el artículo 103.1 de la Ley de Procedimiento Laboral que ordena que 'el trabajador podrá reclamar contra el despido dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquel en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos'. La sentencia recurrida declara que los términos 'inhábiles a efectos procesales' del artículo 182 más arriba transcrito imponen que los sábados sean tenidos en cuenta como días hábiles para el tiempo que media entre la fecha del despido y la de la presentación de la papeleta de conciliación o presentación de la reclamación previa, ya que tales actuaciones no son procesales. El proceso comienza con la presentación de la demanda y será a partir de este momento que hayan de descontarse los sábados. Para llegar a esta conclusión se parte de la naturaleza sustantiva del plazo de caducidad en las acciones por despido."

5. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Diversas resoluciones judiciales fallan la procedencia de los despidos efectuados a varios trabajadores basados en la desobediencia a una orden empresarial. Así, la **STSJ de Castilla y León de 21 de enero de 2006** (recurso 2327/2006), I.L. J 158, declara la procedencia de un despido disciplinario, basado en la desobediencia a una orden de la empresa, de un trabajador que además agrede verbalmente a su empresario. En sentido análogo, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 18 de enero de 2006** (recurso 836/2005), I.L. J 438 y la **STSJ de Aragón de 23 de enero de 2006** (recurso 1099/2005), I.L. J 467, declaran la procedencia de los despidos efectuados a dos trabajadores fundados en la desobediencia a sendas órdenes de la empresa.

Las Salas exponen:

"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."

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

En el mismo sentido, las **SSTSJ de Cantabria de 11 y 13 de enero de 2006** (recursos 1236/2005 y 1231/2005), I.L. J 294 y 293 respectivamente, al enjuiciar dos supuestos de trabajadores, despedidos disciplinariamente por trasgresión de la buena fe contractual y ofensas verbales al empresario, respectivamente, confirman las sentencias de instancia que estimaban la procedencia de los despidos.

Para ello, la Sala, en su FJ 2º, alega:

“Deben 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 reiteración, 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.”

Asimismo, la **STSJ de La Rioja de 28 de febrero de 2006** (recurso 64/2006), I.L. J 516, revoca la sentencia de instancia y declara la procedencia del despido efectuado a un trabajador por la reincidencia de faltas de asistencia al trabajo.

El argumento de la Sala es el siguiente:

“El juez ha de realizar un juicio de valor sobre la gravedad y culpabilidad de las faltas (artículo 54 ET) y para ello tiene que examinar la adecuación de las conductas imputadas a la descripción de las faltas que se recogen en el cuadro sancionador correspondiente de la norma reglamentaria o convencional aplicable al caso. Si ésta coincide con la descripción de las muy graves habrá de declarar que la calificación empresarial es adecuada y no debe rectificar la calificación impuesta, pues de acuerdo con el contenido del artículo 58 del ET, corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada.”

En sentido análogo, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 23 de enero de 2006** (recurso 915/2005), I.L. J 439, determina la procedencia del despido efectuado a un trabajador de la ONCE por trasgresión de la buena fe contractual al haber actuado con fraude, deslealtad, abuso de confianza y competencia desleal por practicar un retraso en la liquidación del importe de la venta de los cupones u otros productos, correspondientes incluso a un solo sorteo, durante un período de tres o más días en un mes, por causas imputables al trabajador.

Asimismo, las SSTSJ de Valencia de 17 de enero de 2006 y de Cantabria de 22 de enero de 2006 (recursos 131/2005 y 131/2006), I.L. J 494 y 571, respectivamente, estiman que existe transgresión de la buena fe contractual en la actuación de dos trabajadores, consistente en desobediencia e indisciplina (el primer supuesto) y agresión física al empresario (en el segundo caso enjuiciado); actuaciones que inciden enormemente en la buena marcha del trabajo. Para las Salas:

“su contumaz reiteración evidencia una indolente actitud de los trabajadores que supone una transgresión de la buena fe contractual.”

Finalmente, la STSJ de Madrid de 17 de enero de 2006 (recurso 5135/2005), I.L. J 458 y la STSJ de Baleares de 16 de febrero de 2006 (recurso 30/2006), I.L. J 448, declaran la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de dos trabajadores, basado en la disminución del rendimiento continuado, voluntario y grave que, impide el buen funcionamiento de la empresa.

6. 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 cesión empresarial:

– La STS de 25 de enero de 2006, Sala de lo Social (recurso de casación para unificación de doctrina 3469/2004), I.L. J 23, ante un supuesto de sucesión de empresas, determina:

“Como sentencia de contraste para fundar el recurso de casación para la unificación de doctrina, invoca la empresa hoy recurrente la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en fecha 13 de enero de 1999, sentencia dictada por cierto tras la resolución de la cuestión prejudicial allí planteada por la Sala ante el TJCE en el conocido asunto Hernández Vidal, en Sentencia de 10 de diciembre de 1988. Los hechos más relevantes que sirvieron de base al pronunciamiento de la sentencia de contraste dan cuenta de que en una empresa dedicada a la fabricación de chicles y golosinas, se asumió por ella misma la realización del servicio de limpieza, hasta entonces encomendado a una empresa del ramo, con la particularidad muy relevante de que en este caso la empresa Hernández Vidal no se hizo cargo de ninguno de los trabajadores de la empresa ‘Contratas y Limpiezas’, de la que dependían las dos demandantes, sino que pasó a realizar la actividad con pernas (sic) *contratas ex novo* para ello, después del cese de las actoras. Ese elemento diferencial en cuanto a la no asunción de ningún trabajador de la empresa de limpieza anterior evidentemente no concurre en el caso de la sentencia recurrida y constituye un factor de hecho absolutamente decisivo a la hora de determinar si hubo o no traspaso, cesión o subrogación empresarial, a la luz de la Jurisprudencia del TJCE, teniendo en cuenta

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

que el debate planteado en ella se produjo en torno a esa cuestión, lo que, evidentemente, no se produjo en la sentencia de contraste. Por eso, tal y como afirma el Ministerio Fiscal en su informe y la parte recurrida en su escrito de impugnación del recurso, los hechos y los fundamentos en que se basaron la sentencia recurrida y la de contraste no sólo no son sustancialmente iguales, sino que son radical y decisivamente distintos, lo que motivó que las decisiones comparadas fueran diferentes, pero no contradictorias. Por ello, es preciso apreciar la inexistencia de los requisitos de viabilidad del recurso que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, lo que comporta en este trámite la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, con imposición de las costas a la empresa recurrente (artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral) y la pérdida del depósito constituido para recurrir; en el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en su Sentencia de 7 de noviembre de 2005 (recurso 3515/04) en un asunto similar con las mismas partes demandadas e igual sentencia de contraste.”

– La **STSJ de Extremadura de 10 de enero de 2006** (recurso 713/2005), I.L. J 165, falla a favor de la conversión de la relación de trabajo en indefinida, en el caso de un acuerdo entre empresarios por el que el franquiciador transmite al franquiciado todo un conjunto de derechos de propiedad industrial, así como productos o servicios y la asistencia y asesoramiento precisos para su mejor explotación por parte del segundo, (...) por lo que es incontestable que en esta franquicia la identidad económica se mantiene por cuanto se transmitió a los trabajadores.

De otro lado, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 23 de enero de 2006** (recurso 1103/2005), I.L. J 443, ante la existencia de una cesión ilegal de mano de obra analiza, en el supuesto de contrato de puesta a disposición, las responsabilidades de las empresas de trabajo temporal y usuarias.

Para 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 6 y 8 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 –STS de 14 de julio de 98, recurso 3482/1997–, 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.”

De otro lado, la **STS de 4 de enero de 2006**, Sala de lo Social (recurso de casación para unificación de doctrina 3797/2004), I.L. J 11, ante un caso de extinción del contrato de trabajo temporal en Correos y Telégrafos, determina que la opción entre readmisión

e indemnización corresponde a la empresa, sin que sea de aplicación el artículo 49 del Convenio Colectivo a este supuesto.

Para ello, la Sala en su FJ 1º argumenta:

“La sentencia de instancia considera fraudulenta la contratación y califica el cese como despido improcedente, concediendo a la parte demandada la opción entre la readmisión o la indemnización, al entender que el artículo 49 del Convenio Colectivo de aplicación concede la opción únicamente a los trabajadores contratados como fijos en origen, por lo que no resulta de aplicación a la actora. Dicha parte interpuso recurso de suplicación, recurso que fue estimado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de junio de 2004, que concedió a la actora el derecho a optar entre la readmisión o el abono de la indemnización legal, manteniendo el resto del pronunciamiento.”

Análogamente, la STS de 20 de febrero de 2006, Sala de lo Social (recurso de casación para unificación de doctrina 4822/2004), I.L.J 249, en un caso de despido en el que falta una relación precisa y circunstanciada de la contradicción y de la fundamentación de la infracción legal, falla a favor de la facultad del empresario para elegir entre dos posibles sanciones.

La Sala en su FJ 2º razona:

“en el presente recurso la parte dice formalizar dos motivos, aportando para cada uno de ellos una sentencia contradictoria, la de la Sala de Castilla-La Mancha de 29 de octubre de 2003 y la de esta Sala del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1993. Pero en realidad la parte sólo formula un motivo. En el que formalmente propone como primero denuncia la infracción del artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores para sostener que conforme a este artículo ‘corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones’. En el segundo alega la infracción de la jurisprudencia, con cita de la Sentencia de esta Sala de 11 de octubre de 1993 y del Auto de 11 de enero de 2000, que, a su juicio, mantienen igualmente que ‘corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada y el órgano judicial no debe rectificar la sanción impuesta’. Pero, aparte de que la Sala nunca ha afirmado tal cosa, pues tan insólita tesis supondría renunciar al control jurisdiccional de los despidos disciplinarios y de las sanciones de este carácter, lo cierto es que no se trata de dos motivos, sino de dos pretendidas fundamentaciones del mismo motivo y, como la Sala ha señalado con reiteración, no cabe dividir artificialmente la controversia para multiplicar abusivamente la aportación de sentencias contradictorias. La única sentencia contradictoria es, por tanto, la más moderna de la Sala de Castilla-La Mancha de 29 de octubre de 2003, que es también para la única que se intenta una relación precisa y circunstanciada en el escrito de interposición. Y decimos que se intenta, pues la relación que se realiza no cumple las exigencias que ha establecido la doctrina de esta Sala, conforme a la cual es necesario establecer en el mencionado escrito la identidad de los supuestos a partir de los que afirma la existencia de contradicción mediante una

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

argumentación mínima sobre la concurrencia de las identidades del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, a través de un examen, que sea suficiente para ofrecer a la parte recurrida y a la propia Sala los términos en que el recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos, lo que exige una comparación de los hechos de las sentencias, del objeto de las pretensiones y de los fundamentos de éstas (Sentencias de 27 de mayo de 1992 (recurso 1324/1991), 16 de septiembre de 2004 (recurso 2465/2003), 6 de julio de 2004 (recurso 5346/2003), y 15 de febrero de 2005 (recurso 1900/2004)); exigencia que no se cumple por la parte recurrente que se limita a realizar una contraposición incompleta, fragmentaria y selectiva de determinados pasajes de los fundamentos de las sentencias comparadas, prescindiendo de los elementos de la misma que ponen de manifiesto las diferencias de los supuestos resueltos en las mismas. No hay, por tanto, relación precisa y circunstanciada de la contradicción.”

De otro lado, diversas resoluciones judiciales, al declarar la improcedencia del despido, analizan el requisito de proporcionalidad entre el hecho determinante y la sanción que ha de mediar para la calificación de un despido procedente. Así, las **SSTSJ de Castilla y León de 21 de enero de 2006** (recurso 2327/2005), I.L. J 168, y **de Madrid de 7 de febrero de 2006** (recurso 6043/2005), I.L. J 551, declaran la improcedencia de dos despidos disciplinarios, fundados en la desobediencia a una orden empresarial, por sendos trabajadores, que además agreden verbalmente a su empresario.

La Sala expone:

“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.”

Por el contrario, la **STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2006** (recurso 6777/2005), I.L. J 422, declara la improcedencia de un despido aplicando la doctrina gradualista. Para la Sala el hecho de que un trabajador realice trabajos esporádicos no retribuidos, de tipo físico—transporte de cajas durante un período de incapacidad temporal por depresión— carece de proporción entre la infracción y la sanción de despido.

Asimismo, la **STSJ de Madrid de 2 de enero de 2006** (recurso 4634/2005), I.L. J 331, estima la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, en el supuesto en que el mismo es administrador de otras sociedades en sus horas libres de trabajo. La Sala argumenta, aplicando la teoría de la proporcionalidad, que la falta cometida no está revestida de la gravedad ni culpabilidad suficientes como para ser constitutiva de despido. En senti-

do análogo, la **STSJ de Madrid de 24 de enero de 2006** (recurso 4399/2005), I.L. J 457, determina la improcedencia del despido efectuado a un trabajador al no acreditarse una concurrencia desleal del mismo al desempeñar su actividad en otra sociedad cuyo objeto no concurre con la actividad económica de la empresa demandante.

“La gradual proporcionalidad con que esencialmente han de dosificarse las sanciones de todo orden, impide ratificar la procedencia de la adoptada en este caso, pues tratándose de la más grave entre las que la ley prevé para corregir el incumplimiento del contrato laboral por parte del trabajador, resulta exigible la correlativa máxima gravedad en la infracción, que, además de ser típica y culpable, debe presentar esa extrema entidad objetiva, para justificar la extrema intensidad en la corrección.”

De otro lado, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 23 de enero de 2006**, (recurso 987/2005) I.L. J 479, declara la improcedencia del despido disciplinario de un trabajador, basado en la transgresión de la buena fe contractual, por utilizar de forma privada inadecuada y excesiva, un ordenador de la empresa en horario laboral con desatención a los clientes.

Para la Sala:

“La medida es necesaria por cuanto es el único medio que la empresa tiene no de restringir el uso, que tolera dentro de ciertos límites, sino el abuso, siendo evidente que notificar al trabajador cuándo se va a realizar la inspección conllevaría la destrucción y desaparición de la prueba, y por tanto de todo vestigio de una conducta irregular.”

Finalmente, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de enero de 2006** (recurso 2275/2005), I.L. J 335, falla la improcedencia de un despido ante la falta de audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente al sindicato al que estaba afiliada la actora.

B) La indemnización: cuantía y cálculo

La **STSJ de Madrid de 31 de enero de 2006** (recurso 4939/2005), I.L. J 460, al analizar un caso de despido improcedente, determina el importe de la indemnización de despido y concluye que para su cálculo, la antigüedad que se ha de tener en cuenta es la del primero de los contratos celebrados.

La Sala argumenta:

“si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, bien porque el trabajador continúe la prestación de sus servicios, bien concertándose en forma escrita el nuevo contrato, se entiende que la antigüedad del empleado en la empresa se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal. La novación extintiva sólo se

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

admite si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación y por ello en los supuestos en que la relación sigue siendo la misma la diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones (sucesivas) diferentes.”

La STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2006 (recuso 5433/2005), I.L. J 427, al analizar la relación existente entre la indemnización y los salarios de tramitación, determina que a esos efectos forman parte del salario todas las percepciones o remuneraciones del trabajador que traen causa, directa o indirecta, del trabajo prestado, excepto las cantidades correspondientes a un seguro de vida, salvo que exista pacto en contrario. Asimismo, expone que el ofrecimiento empresarial de la indemnización y de los salarios de tramitación “han de realizarse con la debida separación cuantitativa de forma que el trabajador tenga conocimiento cabal de las dos partes que componen la proposición empresarial. La ausencia de la apuntada separación, así como el desacierto, total o parcial, de los parámetros de cálculo manejados por la empresa para fijar la suma ofertada, conducirá a que la condena al pago de los salarios de tramitación se realice como si no hubiese tenido lugar el ofrecimiento patronal”.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

La STC de 13 de febrero de 2006 (recurso de amparo 5038/2003) determina la nulidad del despido del recurrente por considerarlo discriminatorio por su condición homosexual.

La Sala argumenta en su FJ 7º:

“La Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, no obstante haber mantenido los hechos declarados probados por la resolución de instancia y haber afirmado la concurrencia del panorama indiciario, consideró en cambio que los indicios aportados no tenían la entidad suficiente para justificar la calificación de nulidad del despido, por lo que procedió a revocar su declaración, realizada en la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona. Según recogíamos en los antecedentes de esta resolución, llega a tal conclusión afirmando que, no obstante constatarse indicios de trato vejatorio en la persona del reclamante por causa de su condición de homosexual, ‘tanto la razonable entidad disciplinaria de las imputaciones contenidas en la carta de despido como el fallido intento de su eficaz prueba procesal impide concluir a favor de la nulidad de una decisión extintiva que sólo restrictivamente puede ser considerada’. De ahí deduce que no nos encontramos ‘ante una arbitraria manifestación disciplinaria por parte de la empresa (al no concurrir una causa inexistente, dolosamente inventada, con el fin torticero de lograr una declaración de improcedencia ...); existiendo, por el contrario, unos supuestos incumplimientos contractuales con trascendencia disciplinaria’. Destaca, en ese sentido, que la carta de despido se refiere a la reiterada negativa del actor a desempeñar algunas tareas que le fueron encomendadas a pesar de las instrucciones dadas por la dirección de

la compañía, así como a su falta de responsabilidad en el trabajo, concretada en errores en la comunicación con clientes que no fueron solucionados por el actor ni siquiera cuando fueron detectados, y cita en relación con todo ello el testimonio de un compañero del actor en el acto del juicio, según el cual don Paul Ciaccio se negaba a hacer determinadas labores, lo que coincidiría, dice la Sala, con lo manifestado por el Sr. Lambert (...) Esta interpretación no es conforme a los derechos y valores constitucionales en juego, ni puede aceptarse a la vista de la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia que, como destaca el Ministerio público en sus alegaciones, ignora abiertamente. En efecto, son cuatro los argumentos que se ofrecen: a) la entidad disciplinaria de lo imputado en la carta de despido; b) el intento, aunque fallido, de probar los incumplimientos contractuales habilitantes del despido; c) el carácter restrictivo de la calificación de nulidad del despido; d) el testimonio de un compañero del trabajador sobre las resistencias del trabajador a realizar determinadas actividades (...) En definitiva, las razones en las que se basa la resolución impugnada en amparo ignoran la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la prueba indiciaria y la distribución de cargas probatorias propias de ésta en el proceso laboral. El recurrente en amparo aportó indicios de la relación del despido con su orientación homosexual, no habiendo logrado la empresa neutralizar tales principios de prueba, como pone de manifiesto la Sentencia de instancia y viene a reconocer de hecho la Sentencia recurrida, pese a la conclusión que finalmente adopta. La empresa censuró incumplimientos contractuales que no logró probar, y no demostró que las razones reales del despido fueran ajenas al móvil discriminatorio, o que los hechos indiciarios ofrecidos por el actor carecieran de conexión alguna con la decisión extintiva. Por ello, la lesión debe ser declarada y repararse, con la consiguiente nulidad del despido, anulando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de junio de 2003, y declarando la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona de 12 de noviembre de 2002.”

De otra parte, diversas resoluciones judiciales desestiman la nulidad de los despidos enjuiciados, calificándolos de improcedentes al no constar alegación de móvil discriminatorio ni de violación de derecho fundamental. Así, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de febrero de 2006** (recurso 1907/2005), I.L. J 337, revoca la sentencia de instancia y desestima la nulidad de un despido, calificándolo de improcedente, al no constar alegación de móvil discriminatorio ni de violación de derecho fundamental. En sentido análogo, la **STSJ de Madrid de 30 de enero de 2006** (recurso 4918/2005), I.L. J 525, desestima la nulidad del despido, al no quedar constatado vulneración del derecho fundamental alguno, calificándolo de improcedente ante la ausencia de una desobediencia grave del trabajador al dedicar escasos minutos a consultar internet en horario de trabajo.

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

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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.”

Con cierta similitud, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de febrero de 2006** (recurso 2020/2005), I.L. J 341, 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. Asimismo, la **STSJ de Madrid de 16 de enero de 2006** (recurso 24808/2005), I.L. J 452, determina la inexistencia de nulidad del despido efectuado a un trabajador por causas económicas, al no existir vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

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.”

Finalmente, un elevado número de resoluciones judiciales estiman la nulidad de los despidos enjuiciados, al constar móvil discriminatorio por razón de sexo y violación de derecho fundamental. Así, la **STSJ de Cantabria de 22 de febrero de 2006** (recurso 98/2006), I.L. J 346, la **STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2006** (recurso 6685/2005), I.L. J 436, la **STSJ de Navarra de 20 de enero de 2006** (recurso 455/2005), I.L. J 576 y, finalmente, la **STSJ de Valencia de 31 de enero de 2006** (recurso 346/2006), I.L. J 497, determinan la nulidad de los despidos efectuados a cuatro trabajadoras, la primera de ellas en período de lactancia, y las tres restantes al estar embarazadas, debido a la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo. Las empresas no acreditan, ni lo intentan, las razones alegadas en las cartas de despido.

Las Salas fundamentan el fallo en sus FFJJ:

“La interpretación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores ha de acometerse partiendo de la letra y del espíritu de la norma misma, y del contexto en el que se ha promulgado, sin olvidar la Directiva comunitaria que ha traspuesto a nuestro ordenamiento interno. La Directiva 92/85/CEE, del Consejo es bien explícita en cuanto al objeto a que se aplica y a su alcance; se refiere, como su texto explica, a la ‘aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo’, no de todas las mujeres en general, sino de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactan-

cia, 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."

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) Elecciones sindicales. C) Comisiones creadas en convenio y principio de proporcionalidad. D) Alcance del derecho de actividad sindical. E) Principio de indemnidad. F) Proceso de tutela de la libertad sindical. **2. Representación unitaria en la empresa.**
- 3. Conflictos colectivos.** A) Conflictos sobre ordenación de condiciones de trabajo. B) El ámbito del procedimiento de conflicto colectivo. C) Los conflictos de intereses. D) Competencia funcional. **4. El derecho de huelga.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica comprende la jurisprudencia y doctrina judicial que se contiene en los números 1 a 4 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia del año 2006.

Lo primero que puede afirmarse, a la vista de la doctrina judicial y la jurisprudencia que tiene reflejo en las sentencias del período analizado, es que prestan especial atención a los problemas derivados del ejercicio de la libertad sindical. En particular, los mecanismos de defensa jurisdiccional de este singular derecho fundamental siguen propiciando la intervención de los tribunales del orden social, con el fin de fijar algunas cuestiones de gran relevancia práctica, como pueden ser las relativas al alcance mismo del proceso, a la legitimación para incoarlo, o a las complejas cuestiones que tienen que ver con la distribución de la carga de la prueba y su inversión o modulación a partir de la aportación de indicios suficientes. Dicho sea de paso, la primera de esas materias, la que atañe al alcance y ámbito del proceso de tutela, dará bastante que hablar en el futuro.

Al lado de todas esas cuestiones, la referida al ámbito del proceso de conflicto colectivo también tiene un protagonismo reseñable en esta crónica. No deja de ser una materia que

ha de resolverse de manera casuística, lo que indica que seguirá siendo un asunto litigioso en el futuro. Y que puede llegar a poner en tela de juicio el sentido mismo de ser y la efectividad de la modalidad procesal en cuestión.

Llama, en fin, la atención, que la materia referida al derecho de huelga –ni que decir del cierre patronal– haya pasado a ser, al menos en el ámbito jurisdiccional, cuestiones casi marginales, lo que muestra en cierto modo una evolución y tendencia de futuro en el funcionamiento del sistema de relaciones laborales. Sin perjuicio de su amparo constitucional.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Régimen jurídico de los sindicatos

La STS de 17 de enero de 2006, I.L. J 49, estima, por de pronto, que el proceso de tutela de la libertad sindical es adecuado para la resolución de una demanda en la que se insta a un sindicato (Sindicato de Auxiliares de Enfermería) a no utilizar una denominación coincidente (Sindicato de Enfermería) con la de otra organización registrada con anterioridad (Sindicato de Enfermería, SATSE), toda vez que el nombre de un sindicato, en la medida en que lo identifica como organización y en sus actuaciones, integra el contenido esencial del derecho de libertad sindical, estableciéndose expresamente que “la denominación de la organización no podrá coincidir ni inducir a confusión con otra legalmente registrada” [artículo 4.2.a) LOLS]. En este sentido, la Sala afirma que “una de las primeras y más fundamentales facultades inherentes a la libertad sindical ha de ser, necesariamente, la de la libre y no compartida utilización de una exclusiva denominación en el ejercicio de la actividad sindical”. Desde esta misma perspectiva, y dada la identidad de la denominación utilizada por el sindicato demandado, el Tribunal Supremo confirma el pronunciamiento estimatorio de la demanda, declarando que con ese proceder “está induciendo a una patente confusión pública que afecta a un derecho básico y elemental de todo Sindicato, cual es el de preservar su propia identidad en el ejercicio de la actividad que le es propia”.

En el supuesto de la STS de 23 de enero de 2006, I.L. J 62, se cuestiona, esta vez a través de un proceso ordinario, la utilización por parte de la Asociación Profesional y Sindical de Profesores de Religión de Secundaria y Primaria de la Comunidad de Madrid (FEPER-Madrid), de esta denominación sindical, tras su expulsión de la Federación Estatal de Profesores de Religión de Comunidades Autónomas (FEPER), y en tanto cobra firmeza la sentencia y el proceso de impugnación de la referida expulsión. En casación ordinaria se plantean tan sólo cuestiones de índole procesal, referidas fundamentalmente a la eventual apreciación de una situación de litispendencia o de un efecto de cosa juzgada, en relación con el proceso relativo a la impugnación de la expulsión del sindicato demandado y recurrente, a una alegada incongruencia en la declaración de la instancia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de alcance provisional y cautelar y no incondicionada

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

y sin reservas, y a la inadecuación de la modalidad procesal elegida. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo desestima las tres pretensiones del recurso. La primera (litispendencia y cosa juzgada), porque, si bien habría sido posible la acumulación de los dos procesos, no existe entre ellos la triple identidad (subjettiva, objetiva y causal) exigida para apreciar una situación de litispendencia, y porque aún no ha cobrado firmeza la sentencia recaída en el proceso de impugnación de la expulsión del sindicato recurrente, lo que obsta al reconocimiento del efecto positivo de cosa juzgada en relación con el presupuesto fáctico de la pretensión actual (la prohibición del uso del nombre sindical), cual es la expulsión del sindicato actor y recurrido. La segunda (incongruencia, de prudente y excepcional apreciación) por cuanto que el pronunciamiento recurrido, de alcance provisional y cautelar, en tanto culmina el proceso concurrente de impugnación de la expulsión, frente a la pretensión total e incondicional de prohibición de utilización del nombre del sindicato, constituye a lo sumo una estimación parcial de la demanda, como concesión menor a lo pedido, pero no una incongruencia, sin que, por lo demás, por la parte recurrente se hubiera instado aclaración alguna sobre el alcance del pronunciamiento discutido. Y la tercera (inadecuación del proceso ordinario), porque “la federación demandante no accionó en defensa de su derecho a la libertad sindical, sino simplemente para impedir que la demandada siguiera utilizando una denominación a la que según la opinión de aquélla, no tenía ésto derecho después de la expulsión”.

B) Elecciones sindicales

En las SSTC de 13 de marzo de 2006, I.L. J 215 y 216, se reitera el criterio ya sentado en las SSTC 36/2004, 62, 64 y 66/2004, 103/2004, 175/2004 y 60/2005, sobre la posibilidad de que los sindicatos más representativos promuevan elecciones en empresas o centros de trabajo de entre seis y diez trabajadores, como parte del contenido de la libertad sindical. En interpretación armónica de lo dispuesto en los artículos 6.3.e) LOLS, y 67.1 y 62.1 ET, al entenderse que la voluntad de la mayoría de los trabajadores puede producirse antes o después de la promoción, incluso manifestada de forma tácita, mediante la mayoritaria participación de los trabajadores de la plantilla en la votación.

Y en la SAN de 3 de abril de 2006, I.L. J 473 se resuelve un litigio relativo a la presunta ilegalidad de varios preceptos del Acuerdo para el Desarrollo de las Elecciones Sindicales en la Caja de Ahorros y pensiones de Barcelona “La Caixa 2002-2004”. Dicho Acuerdo prevé la constitución de Mesas Centrales de Provincia, así como de Mesas Auxiliares Itinerantes, y para facilitar el escrutinio de la Mesa Central, confiere a las Mesas Electorales Itinerantes la habilitación para llevar a cabo un recuento previo. Es precisamente, la referencia a este recuento previo lo que a juicio del Sindicato demandante constituye una vulneración al artículo 73.1 y 2 ET al producirse con dicha actuación una usurpación de funciones de la Mesa Central y al poner en peligro el secreto de voto. En concreto, el Sindicato Independiente de Baleares considera contrario a la ley el apartado 29 del Acuerdo mencionado, posición que no comparte la Audiencia Nacional en su sentencia al considerar que el procedimiento descrito en el Acuerdo supone una labor de auxilio de las Mesas Electorales Itinerantes respecto de la Mesa Central, pero no usurpa sus funciones ni tampoco pone en peligro el secreto del voto.

C) Comisiones creadas en convenio y principio de proporcionalidad

La STS de 14 de marzo de 2006, I.L. J 227, retoma la doctrina constitucional sobre las competencias negociadoras o puramente administrativas de los órganos creados en convenio colectivo para dirimir la controversia. En concreto, se trataba de interpretar el alcance de las previsiones contenidas en el Reglamento interno adoptado por el Comité provincial de RENFE en Zaragoza, en el que se estableció la creación de una serie de comisiones de trabajo, con composición desigual, y de algunas de las cuales quedó excluido un sindicato minoritario, al haberse establecido un número de miembros que no permitía que dicho sindicato estuviera presente, por su residual implantación en la empresa y en el propio comité provincial. El sindicato demandante quedó fuera de las Comisiones de Seguridad y Salud, Recursos y Política Social. Con abundante remisión a los criterios fijados por el TC en relación con el significado y alcance del principio de proporcionalidad a la representatividad sindical, la referida sentencia concluye descartando que exista cualquier atisbo de discriminación o de lesión del derecho de libertad sindical.

D) Alcance del derecho de actividad sindical

El litigio que dio lugar a la STS de 16 de enero de 2006, I.L. J 355, tiene su origen en la impugnación de diversos preceptos del convenio colectivo de la empresa CLH Aviación SA. Por lo que aquí interesa entre los preceptos impugnados se encontraba el artículo 74.3 del convenio según el cual: “las Secciones Sindicales Intercentros de los Sindicatos que tengan un mínimo del 20% de representantes del personal, a nivel de empresa, tendrán la facultad de negociar los Convenios Colectivos, interviniendo cada una de ellas en función de su representatividad”. Entiende el sindicato demandante que esta previsión supone una discriminación favorable a los Sindicatos que tengan tal mínimo de implantación, con vulneración del principio de igualdad integrante del de libertad sindical y concretamente del artículo 12 de la Ley de Libertad Sindical en detrimento de aquellos sindicatos que tengan una implantación menor. El TS resolvió este litigio acudiendo a la ya consolidada doctrina de la Sala (SSTS de 25 de abril y 15 de julio de 2005, I.L. J 1179), según la cual es contrario a la ley la inclusión de cláusulas en la negociación colectiva por medio de las cuales se trate de limitar la intervención a las organizaciones más representativas en el ámbito estatal, eliminando la participación de los órganos unitarios de representación de los trabajadores y de otras organizaciones aunque tengan acreditada una representación suficiente en la empresa porque ello supone dar a los sindicatos más representativos un trato privilegiado que carece de justificación objetiva. En consonancia con dicha doctrina el TS declaró la ilegalidad del artículo cuestionado.

Aunque la Constitución y la normativa internacional reconozcan a los sindicatos una función genérica de defensa de los intereses de los trabajadores sin vincularla necesariamente a la afiliación, eso no significa que puedan erigirse en vigilantes absolutos de la legalidad. Es preciso que acrediten legitimación *ad causam* en el proceso concreto, esto es, que ostenten un derecho o interés legítimo cualificado y específico en la relación objeto del proceso y el no reconocimiento de esa legitimación si falta este interés no puede consi-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

derarse un atentado contra el derecho a la tutela judicial efectiva al rechazar la pretensión del sindicato de intervenir en el proceso. Específicamente sobre la actuación del sindicato en el proceso, en el asunto de la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de enero de 2006**, I.L. J 540, se niega al sindicato interés suficiente para requerir judicialmente la nulidad de la contratación de un determinado trabajador porque no se ha seguido el procedimiento previsto al efecto en el convenio colectivo de la empresa.

E) Principio de indemnidad

En el supuesto de la **STC de 16 de enero de 2006**, I.L. J 96, se cuestiona la constitucionalidad del cambio de puesto de un trabajador, miembro del comité de empresa y de la sección sindical de CCOO en el Ayuntamiento de Málaga, en un contexto temporal próximo al ejercicio de acciones judiciales de reclamación de diferencias salariales por desempeño de funciones de superior categoría (tutela judicial e indemnidad), y de otras actuaciones de confrontación como representante de los trabajadores (libertad sindical e indemnidad). El Alto Tribunal desestima la demanda de amparo por entender que la medida empresarial no constituye una reacción o represalia frente a las actuaciones judiciales y sindicales del actor, sino una decisión justificada por el hecho de que éste viniera desarrollando funciones de responsabilidad (manejo de fondos) que no le correspondían conforme a su categoría y formación, y que conllevaron, precisamente, la anterior estimación de sus demandas salariales por el desempeño de funciones de superior categoría, que, además, en esa sede judicial fue calificado como irregular.

F) Proceso de tutela de la libertad sindical

En un primer orden de cosas conviene tener presente que no son siempre competentes los tribunales del orden social para conocer de potenciales lesiones del derecho de libertad sindical que afectan a una organización sindical. Y así, la **STS de 31 de enero de 2006**, I.L. J 50, con cita en su doctrina anterior (Sentencias de 28 de diciembre de 1998, 28 de enero de 2004, 17 de julio de 2004 y 7 de diciembre de 2004), también de la Sala Tercera (Sentencias de 22 de octubre de 1993, 24 de enero de 1995, 8 de noviembre de 2002, 20 de diciembre de 2002 y 19 de mayo de 2003), y en un proceso de tutela de la libertad sindical, declara la incompetencia del orden jurisdiccional social, a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, en relación con una demanda por la que un sindicato cuestionaba la validez de las reuniones y acuerdos de determinadas comisiones de seguimiento de Acuerdos adoptados en la Mesa Sectorial de Educación, así como su derecho a participar en ellas. En este sentido, estima que la exclusión del ámbito de la jurisdicción social de los procesos de “tutela de los derechos de libertad sindical ... relativa a los funcionarios públicos...” [artículo 3.1.a) LPL], no debe referirse “únicamente a las pretensiones de tutela de los funcionarios singularmente considerados, sino que debe comprender todas las pretensiones de tutela frente a lesiones de la libertad sindical que se produzcan como consecuencia de decisiones administrativas sometidas al Derecho de la Función Pública”, como ocurre con la negociación colectiva en este ámbito.

E igualmente, la **STSJ de Navarra de 16 de febrero de 2006**, I.L. J 546, declara la incompetencia del orden social –apreciada de oficio– para conocer de una demanda de tutela de

la libertad sindical presentada por un sindicato de médicos de Navarra contra el Servicio Navarro de Salud, por representar aquél fundamentalmente los intereses de funcionarios (particularmente del personal estatutario) y atacar el acuerdo de la Administración Foral de ordenar el desalojo de los locales de los que el sindicato venía disfrutando desde hacía doce años sin poner a su disposición otros de similares características.

El segundo problema de mayor incidencia y trascendencia práctica en relación con esta modalidad procesal es la adecuación o inadecuación del procedimiento. Y en este sentido la **STSJ de Extremadura de 12 de enero de 2006**, I.L. J 166, confirma la declaración de inadecuación de la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical en relación con una demanda del presidente de un comité de empresa (curiosamente perteneciente a una lista sindical) por la que cuestionaba su cambio de puesto con base en una pretendida represalia como consecuencia de su actuación representativa. En este sentido, la Sala estima, por una parte, que el limitado ámbito de conocimiento de este proceso especial impide un pronunciamiento del alcance del solicitado (nulidad del cambio, reposición al puesto anterior e indemnización de los perjuicios sufridos en concepto de diferencias salariales), y, por otra y fundamentalmente, que el actor, en relación con la pretensión ejercitada, no es titular del debatido derecho fundamental en su condición de representante unitario de los trabajadores.

También en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de enero de 2006**, I.L. J 543, se discute la adecuación de este procedimiento, así como la legitimación activa del sindicato para demandar a la empresa por negar el crédito horario a los miembros del comité de empresa afiliados a la organización actora. El Tribunal considera apropiado el proceso por el juego de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se advierte que “lo decisivo a efectos de la adecuación del procedimiento no es que la pretensión deducida esté correctamente fundada y deba ser estimada, sino que formalmente se sustancie como una pretensión de tutela, es decir, que se afirme por el demandante la existencia de una violación de un derecho fundamental”, y en este caso se solicita la protección de un derecho fundamental. Por lo que se refiere a la legitimación del sindicato para interponer tal demanda recuerda el Tribunal la jurisprudencia constitucional relativa al contenido de la libertad sindical en su vertiente colectiva combinada con la que admite que si bien en principio las lesiones de las garantías y facilidades de los representantes unitarios son una cuestión de legalidad ordinaria, en algunos casos pueden detectarse indicios de antisindicalidad de naturaleza mediata referidos a los actos empresariales contra los representantes unitarios e indicios de antisindicalidad de carácter inmediato contra el sindicato por los mismos actos si son expresivos de un conflicto directo entre la empresa y sindicato al que pertenecen dichos representantes unitarios (Sentencia 17/2005, de 1 de febrero). Entiende el Tribunal que es esto lo que ha ocurrido en el caso concreto, ya que la negativa empresarial a conceder el crédito horario a dos representantes de UGT incide en la imposibilidad del desarrollo de la acción sindical por parte de la organización y produce una vulneración del derecho de libertad sindical.

Como se sabe, una de las singularidades más relevantes de este proceso especial es que prevé un régimen probatorio particularmente protector del derecho fundamental, consis-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

tente básicamente en la inversión parcial o relativa de la carga de la prueba. En concreto, para que sea el presunto trasgresor del derecho el que haya de probar la justificación de la acción que se le imputa, el demandante ha de presentar indicios suficientes de la lesión. Ahora bien, la valoración de la suficiencia de estos indicios no es siempre tarea fácil, un ejemplo de ello puede encontrarse en el supuesto de la **STSJ de Madrid de 23 de enero de 2006**, I.L. J 523. En este caso el trabajador, delegado de personal y de prevención, considera que la empresa ha lesionado su derecho de libertad sindical presentando demanda junto con el sindicato al que pertenece, en la que se solicita que se le reponga en sus derechos y garantías, se le facilite la información a la que tiene derecho en su condición de representante de los trabajadores, se reponga al sindicato en su imagen mediante la publicación por la empresa en el tablón de anuncios de la sentencia que se dicte en su momento, y se condene, finalmente, al pago al interesado de una indemnización por daños y perjuicios, más otra de idéntica cuantía a favor del sindicato. En instancia el juzgador considera que concurren siete indicios de la lesión, pero que la empresa ha presentado explicaciones objetivas y razonables de sus actuaciones, que derivan en el rechazo de las pretensiones de los codemandantes.

Las complejas incidencias y circunstancias del caso no pueden en este momento ser detalladas, pero lo cierto es que la Sala de suplicación del TSJ de Madrid llega a la conclusión de que, en efecto, se proporcionan indicios acreditados de los que es razonable concluir la existencia de una conducta empresarial tendente a obstaculizar y perjudicar la actividad sindical del trabajador, e incidir negativamente en su derecho a la libertad sindical. Es la única explicación plausible ante hechos tales como el cambio totalmente injustificado de funciones de bodeguero a camarero nada más reincorporarse tras un primer período de incapacidad temporal por accidente de trabajo; la imposición de dos sanciones por hechos carentes de la menor importancia (dejadas luego sin efecto); la falta de información en las materias que como Delegado de Personal le competen; la necesidad de tener que reclamar en trámite previo al judicial el abono de una retribución que su empleador sabía que le correspondía, y por último, el intento de revocar su mandato representativo orillando el procedimiento y los requisitos previstos legalmente, y que, de haber tenido éxito, habría supuesto que pasara a ser delegada de personal quien, curiosamente, ocupa el puesto de Directora del hotel.

Tales consideraciones llevan a la Sala de lo Social del TSJ de Madrid a reconocer al actor su derecho a ser repuesto en sus facultades y garantías, y a recibir la información solicitada; aunque no a percibir la indemnización pedida, en la medida en que no se acreditan daños, ni propios ni del sindicato, derivados de la conducta empresarial, ni a reponer la imagen de la organización sindical, pues la conducta de la empresa se dirigía contra el trabajador y no contra esta última.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA EN LA EMPRESA

Es de interés recordar, como se señala en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de enero de 2006**, I.L. J 543, que la mera sucesión de empresas no supone *per se* la finalización del mandato representativo. Tal como dispone el artículo 44.5 ET, cuando la

empresa objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad. Esto es lo que se plantea en el supuesto de esta sentencia, en la que el Tribunal concluye que no procede la extinción del mandato de los representantes porque ha quedado constatado que la actividad de la empresa Central Lechera Vallisoletana, SA ha sido absorbida y continuada por Industrias Lácteas Vallisoletanas, habiendo pasado aproximadamente 130 trabajadores, quedando en la Central Lechera Vallisoletana 39 trabajadores, conservando su autonomía la nueva empresa.

La siguiente sentencia viene a engrosar la ya larga lista de sentencias en las que se plantea qué actuaciones son compatibles con la situación de incapacidad temporal, si bien en este caso además se plantea una posible colisión con el derecho de libertad sindical. En efecto, en la **STS de 8 de abril de 2006**, I.L. J 398, se plantea la posible vulneración de la libertad sindical de un miembro del comité de empresa al que la empresa prohíbe la entrada en el centro de trabajo y el desempeño de su actividad como representante (se estaba negociando el convenio colectivo) por encontrarse en situación de incapacidad temporal. El actor había recibido de la empresa una comunicación en la que se ponía de manifiesto que ésta prohibía su presencia en las dependencias de la empresa salvo para llevar los partes de confirmación o el alta médica, pues su contrato de trabajo estaba en suspenso al encontrarse el trabajador en IT y su cargo de representante también. Ante esta comunicación empresarial el trabajador interpuso demanda en materia de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales al considerar que la empresa estaba violando su derecho a la libertad sindical. El TS acudiendo a la doctrina relativa a los trabajos susceptibles de ser prestados durante la situación de IT puso de manifiesto que la suspensión del contrato de trabajo por IT no produce el efecto reflejo de la suspensión de las facultades legales reconocidas al miembro de un comité de empresa, de modo que el trabajador puede seguir desempeñando su actividad representativa de carácter institucional siempre que dicha actividad resulte compatible con la situación de incapacidad temporal.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) Conflictos sobre ordenación de condiciones de trabajo

Las cuestiones sobre las que versan los conflictos colectivos que en los últimos tiempos conocen los tribunales del orden social tienen que ver, fundamentalmente, con cuestiones relativas a la ordenación del régimen retributivo y de ordenación del tiempo de trabajo.

Y así, en la **STS de 24 de febrero de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 194, se dirime si los trabajadores que tuvieran programado un calendario laboral anual con prestación de servicios durante más de diez domingos y festivos conservan el derecho a percibir el complemento salarial correspondiente, y regulado en el convenio colectivo de referencia, cuando no

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

puedan prestar servicios por encima de dicho umbral, por encontrarse en situación de IT o disfrute de permisos retribuidos. La solución negativa es contundente, y se basa en los razonamientos contenidos en la STS de 29 de septiembre de 1993 (recurso 2545/1991), que califica estos complementos como conceptos retributivos de índole funcional, con la finalidad de compensar un trabajo no corriente, prestado en condiciones no ordinarias, de manera que si no se presta efectivamente dicho trabajo, no se percibe la retribución correspondiente.

El problema que se analiza en la **STS de 13 de marzo de 2006**, I.L. J 226, deriva de la existencia de unos acuerdos de empresa, anteriores a una subrogación empresarial, y lo que decide el Tribunal Supremo es que el nuevo titular puede aplicar el mecanismo de la compensación y absorción a un complemento personal derivado de aquellos acuerdos, en relación con los conceptos salariales incluidos en el nuevo convenio colectivo de aplicación en dicha empresa, puesto que del artículo 44 ET no se deriva una obligación a mantener indefinidamente las condiciones de trabajo aplicables con anterioridad, ni siquiera las contenidas en el convenio anteriormente aplicable a la empresa cedente, que pueden ser desplazadas por una normativa convencional posterior. Máxime cuando no consta una voluntad inequívoca de conceder a los trabajadores afectados una ventaja que se incorpore a los respectivos nexos contractuales, que sí debería mantenerse por el empresario subrogado. Se aplica, pues, el principio de sucesión normativa, y no el de la condición más beneficiosa.

Por su parte, la muy relevante **STS de 21 de marzo de 2006**, I.L. J 314, a propósito de una modificación del sistema de valoración del rendimiento a los efectos de cuantificar una retribución variable, determina lo que ha de entenderse por una modificación sustancial de las condiciones de trabajo con el sentido y alcance del artículo 41 ET. En el caso concreto se trataba de valorar la decisión adoptada en las empresas del grupo IBM de introducir alguna variación en el Programa de Seguimiento y Evolución de Resultados (PSER) que venía rigiendo en la empresa hasta el año 2004. La Sala entiende que no hay variación sustancial del sistema retributivo, en primer lugar, porque lo que la empresa hizo fue ofertar a los trabajadores la posibilidad de acogerse voluntariamente a un nuevo sistema de retribución variable, denominado *Performance Bonus*, de modo que el empleado que no manifestó su voluntad acorde siguió rigiéndose por el anterior sistema. Pero, además, porque el nuevo método se vincula, como el sistema anterior, a resultados de cada empresa, y la única novedad que introduce es valorar o tener también en cuenta la evaluación personal de cada trabajador. Por fin, entiende la sentencia que se comenta —en un razonamiento un tanto “circular”— que no se trata propiamente de un verdadero sistema de retribución, puesto que el complemento resultante de la aplicación de este método es voluntario en su concesión y cuantía, no tiene más valor que el orientativo, y no forma parte del salario obligatorio que viene determinado por el convenio y el contrato individual.

B) El ámbito del procedimiento de conflicto colectivo

Un buen número de las sentencias dictadas en el período al que corresponde la presente crónica vuelve a razonar y decidir sobre el alcance o el ámbito del procedimiento de con-

flicto colectivo, partiendo para ello de la muy consolidada doctrina unificada sobre esta cuestión, siempre difícil de dilucidar en la práctica.

Reflejo de ello ha sido, en primer lugar, la **STS de 7 de febrero de 2006**, I.L. J 209, que en relación con un conflicto suscitado en la empresa Alcampo, SA, en relación con la aplicación de determinados preceptos del Convenio colectivo de Grandes Almacenes a propósito de las reglas sobre trabajo en domingos y festivos a ciertos colectivos de trabajadores concluye considerando que ninguno de los grupos acotados por los promotores del conflicto en su demanda reúne el presupuesto de constituir un grupo homogéneo de destinatarios de la norma, ni de defender o postular un interés realmente colectivo, pues a fin de cuentas la solución al litigio depende de lo estipulado en los diversos contratos de trabajo –trabajo en días laborables o en domingos y festivos, o en un número determinado de éstos–, o de las condiciones en que se ha prestado la actividad en cada caso –si se han realizado o no de manera efectiva tareas en domingos y festivos, a pesar o con independencia de lo pactado en el contrato individual de trabajo–.

De estas mismas consideraciones participan la **STSJ de Cataluña de 9 de enero de 2005**, I.L. J 297, que versa sobre el despido objetivo de seis trabajadores de la empresa, y la **STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2006**, I.L. J 349, en la que se llega a idéntica conclusión en relación con una reclamación formulada por diecisiete trabajadores de la empresa, que habían suscrito contratos individuales.

Esta misma conclusión se alcanza en la **STS de 22 de febrero de 2006**, I.L. J 301, relativa a un problema de valoración de ciertos puestos de trabajo en la empresa, que no afecta siquiera a todo el colectivo de Oficiales UPL, sino sólo a aquellos que realicen determinadas funciones, en virtud de los criterios de organización del trabajo vigentes en la empresa.

En cambio, se admite el empleo de este proceso especial en el asunto de la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de enero de 2006**, I.L. J 502, en el que el conflicto traía su causa en una práctica empresarial dirigida al personal del servicio de limpieza de trenes en el centro de Valencia Cercanías de RENFE, aunque sólo dos trabajadores estaban afectados.

Por su parte, la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de enero de 2006**, I.L. J 487, recuerda que la sentencia dictada en procedimiento de conflicto colectivo produce efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse y que versen sobre idéntico objeto.

C) Los conflictos de intereses

La delimitación entre lo que es un conflicto jurídico y un conflicto económico o de intereses no siempre es fácil, ni tiene reflejo frecuente en la práctica. De ahí el interés de la **STS de 7 de febrero de 2006**, I.L. J 240, en la que se decide que se trata de un conflicto de la segunda clase, esto es, de intereses, la determinación de lo que ha de entenderse

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

por “necesidades del servicio”, a las que alude el Convenio colectivo de la empresa KLM Compañía Holandesa de Aviación, con el fin de admitir excepciones a la imposibilidad de prestar servicios dos sábados y domingos consecutivos. Se considera que la pretensión en realidad conlleva la necesidad de completar o renegociar lo que dice el convenio, lo cual no constituye un conflicto interpretativo de lo dispuesto en el convenio.

D) Competencia funcional

La STS de 21 de marzo de 2006, I.L. J 369, tiene su origen en el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el delegado de personal de un centro de trabajo que la empresa CEDIPSA tiene en Málaga. La cuestión de fondo no es de interés en este momento, no ocurre lo mismo, en cambio, con ciertos aspectos de carácter procedimental. El delegado de personal de uno de los centros de trabajo afectados por la modificación de condiciones adoptadas por la empresa recurrió contra la sentencia que había declarado de oficio la nulidad de la sentencia dictada en la instancia por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Málaga al entender que la competencia para conocer de la pretensión formulada en la instancia no era del Juzgado de lo Social ante la que se había ejercitado, sino de la Audiencia Nacional. El motivo por el cual se entendió que el órgano competente para conocer del asunto era la Audiencia Nacional era que el actor pretendía dejar sin efecto una decisión empresarial que afectaba a todos los centros de trabajo de la demandada en España. Así mismo, y teniendo en cuenta la amplitud del conflicto también se entendía que el delegado de personal carecía de legitimación. En esta sentencia se recuerda cuál es el órgano competente para conocer de una demanda de conflicto colectivo y pone de manifiesto, siguiendo doctrina del TC (STC 59/1983, de 6 de julio,) así como del TS al respecto (la última sentencia dictada sobre la cuestión, STS 10 de octubre de 2005), que la competencia para conocer de una demanda de conflicto colectivo no deriva del alcance de la norma o decisión que se trata de interpretar o aplicar sino del alcance o área a la que se circunscribe el conflicto, lo que significa que sólo tienen legitimación para interponer la demanda de conflicto quienes tengan representatividad suficiente en relación con dicha área de actuación. Así pues, en el caso discutido como la medida adoptada por la empresa sólo se discute en un centro de trabajo y no en toda la empresa nos encontramos ante una reducción del ámbito del conflicto que justifica la competencia de juzgado de lo social y la legitimación del delegado de personal.

4. EL DERECHO DE HUELGA

En la STC de 13 de marzo de 2006, I.L. J 217, lo que se dirime es la legitimación activa de unas asociaciones empresariales para impugnar ante el orden contencioso-administrativo una orden sobre fijación de servicios mínimos. En el caso concreto se trataba de la Asociación de empresarios de transporte de viajeros de Cádiz y la Federación andaluza empresarial de transportes en autobús, que interpusieron recurso contencioso-administrativo contra una Orden de la Junta de Andalucía que fijaba servicios mínimos durante una huelga sectorial en el ámbito de desenvolvimiento de aquéllas. Y el TC otorga el am-

paro al entenderse que la sentencia recurrida incurre en un formalismo y un rigorismo excesivos, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho al acceso a la jurisdicción, reiterando el criterio contenido en las SSTC 220/2001 y 73/2004.

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ
IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ
CAROLINA MARTÍNEZ MORENO
PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario:

1. Nota previa. 2. Legitimación para negociar. 3. Procedimiento de negociación. 4. Contenido “normativo” del convenio colectivo. A) Límites. B) Regulación de jubilaciones forzosas. 5. Determinación del convenio colectivo aplicable. 6. Sucesión de convenios. 7. Ultraactividad. 8. Convenios colectivos “extraestatutarios”. 9. Impugnación “directa” del convenio colectivo.

1. NOTA PREVIA

De las sentencias reseñadas, incluidas en los números 1 a 4, ambos incluidos, de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, 2006, de Lex Nova, merecen destacarse aquí, por las cuestiones tratadas y las soluciones a que llegan, las sentencias del Tribunal Supremo de 16 y 31 de enero, sobre la inaplicación de las cláusulas de jubilación forzosa contenidas en los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/2005 a los juicios pendientes de recursos en dicho momento. Igualmente interesante resulta la STJCE de 9 de marzo de 2006, sobre el convenio colectivo aplicable a los trabajadores afectados por la transmisión de su empresa.

2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

Prueba. De un lado, corresponde a la parte litigante que pretenda el reconocimiento de su legitimación para negociar la acreditación de la representatividad que ostenta al respecto; de otro, dicha legitimación ha de presumirse en el que aparece como negociador del convenio, de modo que quien mantenga que éste carecía de ella debe probarlo (STS de 3 de abril de 2006; I.L. J 353).

De las secciones sindicales. Vulnera la libertad sindical, el principio de igualdad y las reglas de orden público que regulan la legitimación para negociar el limitar la correspondiente a la negociación de convenios colectivos de empresa a aquellas secciones sindicales que cuenten con un determinado porcentaje de los representantes unitarios elegidos, excluyendo, pues, a las que no lo reúnan a pesar de cumplir con los requisitos del artículo 87 del ET y 8.2.b) de la LOLS. Es nula la cláusula del convenio que introduce una restricción como la indicada. Así, la STS de 16 de enero de 2006, I.L. J 355:

Al otorgar el precepto convencional “la facultad de negociar convenios colectivos a las secciones sindicales intercentros que tengan un mínimo del 20% (de representantes) del personal, a nivel de empresa, se está introduciendo una discriminación favorable a los sindicatos que tengan tal mínimo de implantación, con vulneración del principio de igualdad integrante de la libertad sindical y, en concreto, del artículo 12 de la Ley de Libertad Sindical en detrimento de aquellos sindicatos que tengan una implantación menor, lo que también contraviene el artículo 8.2.b) de la Ley orgánica de Libertad Sindical (...) e, incluso, (lo) dispuesto en el artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores (...), en cuanto atribuyen legitimación para negociar a las representaciones sindicales si las hubiere, ya que se está negando este derecho de negociación a las restantes secciones sindicales, cuando las secciones intercentros alcancen el mínimo de implantación del 20% y por sí solas reúnan la mayoría de la representación unitaria”.

3. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

Cómputo de la mayoría requerida para la válida adopción de acuerdos en el seno de la comisión negociadora. Recuerda que el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones, a la que se refiere el artículo 89.3 del ET, debe referirse, no al de la mayoría de los vocales que compongan cada uno de los dos bancos que integran la comisión negociadora, sino a los vocales designados por quienes ostenten la mayoría de la representatividad aportada a efectos de la válida constitución de dicha comisión, la **STS de 17 de enero de 2006** (I.L. J 47). Ello abre la posibilidad de que, como sucede en el caso de autos, la mayoría pedida legalmente para la válida adopción de acuerdos aparezca unida a un número de votos menor que el de la mayoría de los vocales del correspondiente “banco”.

4. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Límites

Determinación de los trabajos o tareas susceptibles de cubrirse con contratos de obra o servicio determinados por tener sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa. Las posibilidades de los convenios colectivos en orden a la expresada determinación “no les confiere la facultad de dotar de esa ‘sustantividad’ a aquellos trabajos que no la tenían antes, ni invadir las reglas de otras modalidades de contratación”. A través de esa determinación pueden aquéllos “fijar límites dentro de los cuales es posible la contratación legal, traspasados los cuales, la contratación es abusiva”; ahora bien, “tal actividad ha de realizarse identificando tareas que ya tenían sustantividad propia antes del convenio colectivo, no extendiéndose las facultades de los negociadores a conferir *ex novo* esa calificación a actividades normales en el seno de la empresa”. Esto último ocurre en el caso del convenio colectivo de grandes almacenes, cuando incluye como trabajos susceptibles de ser atendidos por contratos de obra o servicio las “campañas”, “siendo así que, en los grandes almacenes, las de rebajas, Navidad, comienzo de curso escolar y tantas

VIII. Negociación Colectiva

otras se reiteran cada año y en fechas al menos aproximadas. Ciertamente es que esas ventas presentan perfiles propios, pero son habituales y reiteradas con periodicidad. Por tanto deben cubrirse con trabajadores con contrato fijo discontinuo o con contrato a tiempo parcial, instituciones ambas que tienen mayores garantías de fijeza para los trabajadores”. Así las cosas, deviene nula la indicada inclusión. Lo mismo ocurre, también en relación con los trabajos con sustantividad propia que consienten su cobertura mediante el tipo contractual examinado, con la inclusión de las tareas denominadas de “consolidación (de una actividad) comercial, en los casos de creación o ampliación de un establecimiento” que impliquen inversiones económicas. “Es evidente que (con semejante inclusión) se trata de revivir el contrato de lanzamiento (de nueva actividad) —ya desaparecido—, encuadrándolo en el contrato de obra o servicio determinado” (STS de 11 de abril de 2006; I.L. J 406).

Determinación de la retribución de las vacaciones. Recuerda el papel que corresponde al convenio colectivo en esta materia y, en concreto, la posibilidad de que éste pueda excluir algún concepto salarial al fijar el importe de la expresada retribución, la STS de 14 de marzo de 2006, I.L. J 272, casación para la unificación de doctrina, en relación con el convenio colectivo de RENFE, que no incluye el concepto denominado “toma y deje” satisfecho a determinados trabajadores por el retraso de su horario normal:

“Si bien la norma general en materia de cuantía del importe de las vacaciones es que las mismas se satisfacen sobre todas las partidas salariales que percibe el trabajador por jornada ordinaria —quedando excluidos únicamente aquellos conceptos que correspondan a las tareas realizadas fuera de dicha jornada— el convenio colectivo puede establecer, siempre que no transgreda el mínimo exigible, la fijación de la remuneración por vacaciones”.

Esta posibilidad de que una fuente de derecho interno, cual es el convenio colectivo, establezca la no percepción durante las vacaciones del total de los conceptos salariales que el trabajador haya percibido en su promedio —con el límite, naturalmente, de respeto a los mínimos de derecho necesario y de la ley y los derechos fundamentales— no es contrario, ni al artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, que remite al convenio colectivo la regulación de las vacaciones (...), ni tampoco vulnera los artículos 1.º y 7.º del convenio 132 de la OIT (...). En definitiva, el convenio 132 se remite a la vía interna para determinar los conceptos retributivos que deben pagarse durante las vacaciones y, en este derecho interno, adquiere singular relieve en nuestro ordenamiento jurídico el convenio colectivo, dado su rango de fuente de derecho (...). Además, de no estar expresamente incluido el concepto de ‘toma y deje’ en el (...) convenio colectivo, tampoco procedería su cómputo para la retribución de las vacaciones, atendiendo a su naturaleza, ya que el mismo no se corresponde con la jornada normal, sino que atiende a un exceso en la duración de ésta y, por ello, no puede reputarse jornada ordinaria, que es la que conforme el artículo 7.º del convenio 132 de la OIT ha de tenerse en cuenta para la retribución de las vacaciones”.

Retribución de las horas extraordinarias. La doctrina a seguir en esta materia es la de que el convenio colectivo debe respetar la regla del artículo 35.1 del ET, según la cual el valor de cada hora extraordinaria no podrá ser inferior al de la hora ordinaria. Así, con cita y reproducción del razonamiento de las SSTs de 28 de noviembre y 3 de diciembre

de 2004 y 7 de febrero, 14 de marzo y 6 de octubre de 2005; SSTs de 21 y 22 de febrero y 6, 24 y 28 de marzo de 2006 [siete sentencias (tres de ellas del 21 de febrero), I.L. J 359, 360, 363, 364, 384, 365 y 379), todas de casación para la unificación de doctrina (la de 22 de febrero de Sala General)]:

“Actualmente, no hay razón para dejar de interpretar y aplicar en su sentido literal el artículo 35.1 del ET, en cuanto al mandato de que el valor pactado de cada hora extraordinaria ‘en ningún caso’ podrá ser inferior al de la hora ordinaria. Se trata de una norma legal imperativa y de derecho necesario, que garantiza a los trabajadores la indisponibilidad de los derechos que la misma les confiere (artículo 3.5 del ET), y ello aun cuando la disposición tuviere lugar en virtud de lo pactado en convenio colectivo, pues la garantía que respecto de la negociación colectiva atribuye a trabajadores y empresarios el artículo 37.1 de la Constitución Española no impide en modo alguno que el legislador coloque a los convenios en un plano jerárquicamente inferior al de las disposiciones legales y reglamentarias [artículo 3.1.b) del ET] y exija también (artículo 85) que lo que en tales convenios se pacte lo sea ‘dentro del respeto a las leyes’”.

B) Regulación de jubilaciones forzosas

Alcance del restablecimiento de la posibilidad de pactar cláusulas sobre jubilación forzosa en los convenios colectivos. Aunque tal restablecimiento, llevado a cabo por la Ley 14/2005, de 1 de julio, se acompaña de la validez de las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley que cumplan lo pedido en ella (en su disposición transitoria única: que el trabajador tenga cubierto el período mínimo de cotización y cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de seguridad social para acceder a la pensión contributiva de jubilación), esta regla de convalidación de las mencionadas cláusulas no alcanza a los juicios ya celebrados antes de esa entrada en vigor (en el caso de autos, en 2002) y pendientes de recursos. Las pretensiones ejercitadas en los correspondientes procesos deben resolverse aplicando la normativa existente o vigente en el momento en que se generó la situación de “litispendencia”. Aplicar a aquéllas la norma nueva (la citada disposición transitoria única) “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 ha querido ir más allá en su retroactividad de lo que el derecho constitucional permite” [STS de 16 de enero de 2006 (casación ordinaria); I.L. J 355, con cita de las sentencias de igual Tribunal de 10 y 13 de octubre de 2005 (la primera de ellas de Sala General; recurso 60/2004)]. Igual criterio en STS de 31 de enero de 2006 (I.L. J 356), en casación para la unificación de doctrina.

5. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

En el supuesto de sucesión de empresa. El hecho de que el contrato de trabajo celebrado por la empresa cedente remita ciertas condiciones de trabajo (los salarios) a un convenio

VIII. Negociación Colectiva

colectivo obliga al adquirente a su mantenimiento en la forma prevista en éste, aunque no se encuentre vinculado o no sea parte de ningún convenio. Ello es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Directiva sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en supuestos de transmisión de empresas (actualmente, la 98/50/CEE, del Consejo, de 29 de junio de 1998). Sin embargo, la expresada remisión “no puede tener un alcance mayor que el convenio al que se remite”, de modo que “procede tener en cuenta el artículo 3.º, apartado 2, de la Directiva, que establece limitaciones al principio de aplicabilidad del convenio colectivo al que se remite el contrato de trabajo”. De acuerdo con ello no cabe pretender que el adquirente venga obligado a la sustitución de las aludidas condiciones de trabajo por las nuevas que contengan los convenios colectivos posteriores al vigente en el momento de la transmisión, sustitutivos de éste. Del artículo 3.º de la Directiva “no se desprende en absoluto que el legislador comunitario haya querido vincular al cesionario a otros convenios colectivos distintos del vigente en la fecha de la transferencia y, por consiguiente, imponer la obligación de modificar ulteriormente las condiciones de trabajo por aplicación de un nuevo convenio colectivo celebrado después de la transmisión”. “Si (...) se hubiera hecho una interpretación ‘dinámica’ de la cláusula contractual de remisión (...), los convenios colectivos futuros serían aplicables al cesionario que no sea parte del convenio colectivo y podría ponerse en peligro su derecho fundamental de no asociarse”; “en cambio, la interpretación ‘estática’ de dicha cláusula (...) permite evitar que el cesionario del centro de actividad, que no sea parte del convenio colectivo, se vea vinculado por el devenir de dicho convenio. De esta forma se garantiza plenamente su derecho a asociarse” (STJCE de 9 de marzo de 2006; I.L. J 169).

6. SUCESIÓN DE CONVENIOS

Efectos sobre las ventajas o prestaciones sociales establecidas en un convenio anterior. Sobre la posibilidad de que el convenio colectivo posterior pueda suprimir las reconocidas en el anterior, STS de 20 de febrero de 2006, I.L. J 213 (casación para la unificación de doctrina), y STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de febrero de 2006, I.L. J 339, en relación, respectivamente, con una prestación social de economato y el beneficio consistente en el derecho al disfrute de un coto de caza.

7. ULTRAATIVIDAD

Sobre la inaplicación de la regla de la ultraactividad a la extensión de convenios colectivos, STSJ de Cantabria de 9 de enero de 2006, I.L. J 291.

8. CONVENIOS COLECTIVOS “EXTRAESTATUTARIOS”

No pueden incluir regulaciones que repercutan también sobre los trabajadores no afiliados a los sindicatos que los negocien. Son nulas las cláusulas cuya aplicación comporte necesariamente, por la materia objeto de regulación, consecuencias para los trabajadores no afiliados. Es lo que sucede con las cláusulas del convenio suscrito entre la empresa

RENFE y el sindicato de maquinistas SEMAF, relativas a la fijación del calendario de las actividades de formación y rotaciones del personal en líneas de alta velocidad y movilidad profesional. Tales cláusulas abordan “aspectos indivisibles de afectación general de las condiciones de trabajo y empleo de todos los maquinistas de la empresa y no sólo de los afiliados al SEMAF”, por lo que sólo cabría su inclusión en convenios estatutarios o de eficacia general (STS de 21 de febrero de 2006; I.L. J 193).

9. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

Legitimación. Tratándose de la impugnación por ilegalidad, cuenta con legitimación la asociación empresarial “interesada” [artículo 163.1.a) de la LPL], siendo tal aquella cuyos miembros representados puedan verse afectados en alguna medida por el convenio atacado, por quedar incluidos en su campo de aplicación. Dicha legitimación, de carácter procesal, no se confunde con la legitimación para intervenir en la negociación del convenio colectivo, de derecho material, a la que se refiere el ET en sus artículos 87 y 88 (STS de 3 de abril de 2006; I.L. J 353).

JAVIER GÁRATE CASTRO

IX. SEGURIDAD SOCIAL**Sumario:**

1. Fuentes. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento. 4. Gestión. 5. Financiación.

6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

A) Concepto de accidente de trabajo. B) Recargo de prestaciones. C) Responsabilidad del empresario. D) Indemnización por daños y perjuicios. E) Enfermedad profesional.

9. Régimen económico, responsabilidad y garantía de las prestaciones. 10. Asistencia

sanitaria. 11. Incapacidad temporal. A) Dinámica de la prestación. B) Incapacidad temporal y regímenes especiales. **12. Maternidad. 13. Regímenes especiales.**

14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de Seguridad Social.

1. FUENTES

Según la STJCE de 26 de enero de 2006, I.L. J 37, el certificado E 101 expedido de acuerdo con los Reglamentos comunitarios vincula a las instituciones competentes y a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro a donde se desplace el trabajador, que no está habilitado para comprobar su validez en el sentido de comprobar la certificación de los elementos sobre cuya base se ha expedido el certificado. Sólo el Estado miembro de expedición puede retirar o invalidar el certificado.

Para la STJCE de 9 de marzo de 2006, I.L. J 170, las normas comunitarias han de interpretarse de forma que no se oponen a una norma nacional que incluye en la base imponible de las cotizaciones sociales intereses pagados por una sociedad establecida y promovida por una nacional de un país miembro pero residente en otro sujeto, por la naturaleza de sus actividades profesionales, a la legislación de los dos Estados miembros, de donde es nacional y donde reside.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

La STS de 17 de enero de 2006, u.d., I.L. J 13, incide de nuevo en que la declaración de retroactividad del encuadramiento que realiza la Tesorería General de la Seguridad Social no resuelve ningún problema de gestión, excede de sus competencias, crea confusión y está produciendo una litigiosidad artificial e injustificada. Al respecto, y como ya ha señalado en otros pronunciamientos del TS, mientras siga produciéndose, la solución no puede ser la de negar a los afectados la posibilidad de reaccionar contra ella. Hay un interés en eliminar un acto administrativo que restringe de forma indebida los efectos de un encuadramiento, creando incertidumbre y estableciendo, con apariencia de firmeza y de ejecutividad, una restricción en la esfera jurídica de los interesados. Por ello, la solución está en anular esa declaración, sin perjuicio de lo que pueda resultar a la hora de enjuiciar esos efectos en el ámbito adecuado.

La STS de 14 de febrero de 2006, I.L. J 108, vuelve a pronunciarse sobre la imposibilidad del cambio de su afiliación al Régimen Especial de Trabajadores del Mar de quien ostenta la condición de “jefe de personal” al servicio de una empresa estibadora afiliado en la actualidad al Régimen General de la Seguridad Social. Cabe también citar la STS de 20 de febrero de 2006, I.L. J 182, en la que se declara que un “oficial administrativo” que presta sus servicios en la empresa “Unión Asturiana Estibadora, SA” no ostenta la condición de estibador portuario encuadrable en el Régimen Especial de Trabajadores del mar.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

5. FINANCIACIÓN

En la STS de 31 de enero de 2006, I.L. J 74, se trata el tema del día inicial del cómputo del plazo de prescripción de cinco años para el reintegro de lo indebidamente abonado por una Mutua en concepto de incapacidad temporal y asistencia sanitaria. Entiende la recurrente que el *dies a quo* debería ser la fecha de finalización de la asistencia sanitaria y no la fecha de abono parcial de cada una de las cantidades que periódicamente originaba la IT derivada de baja médica por accidente de trabajo. Considera el Tribunal que esta última tesis es la correcta, pues debe tenerse en cuenta la fecha del hecho causante de la prestación de que se trate.

6. COTIZACIÓN

Trabajo a tiempo parcial y cómputo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total. No consideración como lagunas de cotización del tiempo no trabajado

IX. Seguridad Social

durante el período de trabajo a tiempo parcial. La STS de 23 de marzo de 2006, I.L. J 318, desestima la pretensión de INSS de considerar el tiempo no trabajado durante la vigencia del contrato a tiempo parcial como lagunas de cotización, susceptibles de integración con las bases mínimas correspondientes. Por el contrario, el Tribunal aprecia la existencia de laguna de cotización durante el período en que la actora estuvo trabajando a tiempo parcial ya que existe una cotización si bien adecuada a la naturaleza de este trabajo. Se entiende que el proceso de integración de lagunas con bases mínimas sólo es pertinente cuando no exista obligación de cotizar lo que no se aprecia en el caso enjuiciado. Aunque la norma aplicable al caso es el Real Decreto-Ley 5/1998, el Tribunal para reforzar su argumentación aporta lo dispuesto en el RD 194/1999 cuyo artículo 3 señala que “al hacer referencia a la integración de períodos de cotización, se refiere a las horas trabajadas efectivamente y a la proporción del tiempo de trabajo desarrollado en el contrato a tiempo parcial extinguido previamente”. Esta misma regla se sigue, por lo demás, en el artículo 7 del RD 1131/2002, de 31 de octubre, cuando señala que “en ningún caso se considerarán lagunas de cotización las horas o días en que no se trabaje en razón a las interrupciones en la prestación de servicios derivadas del propio contrato a tiempo parcial”.

ONCE. Infracotización por encuadramiento en el Régimen de la Seguridad Social erróneo. Cambio jurisprudencial que determina el carácter de relación laboral común de los vendedores de cupones de la ONCE. Responsabilidad no imputable al empresario. Las SSTJ de Castilla y León, de 7 de febrero y de 16 de febrero de 2006, I.L. J 511 y 542, abordan un problema de infracotización en la pensión de jubilación originada por un incorrecto encuadramiento por parte de la ONCE. En instancia, el trabajador, vendedor de cupones de la ONCE solicitó un revisión de la base reguladora calculada por el INSS debido a que durante el período que va de 1984 a 2001 su actividad había sido incorrectamente encuadrada en el Régimen Especial de los Representantes de Comercio con aplicación de una base máxima distinta a la que le hubiese correspondido de estar dado de alta en el Régimen General. El juzgado de lo social admitió la pretensión del actor y declaró responsable del pago en exclusiva al INSS. La entidad gestora condenada pretende en su aplicación que el TSJ declare a la ONCE como única responsable de la cuantía a pagar.

En los antecedentes de hecho el TSJ detalla –aquí expuesto de forma sucinta– el largo periplo que experimentó la normativa, la práctica de la Administración de la Seguridad Social y la jurisprudencia en relación al encuadramiento de los vendedores de cupones de la ONCE en un Régimen de la Seguridad Social. Hasta el año 1984, los vendedores de cupones estaban integrados en la Caja de Previsión de la ONCE y, en consecuencia, pertenecían a un sistema de previsión externo a la Seguridad Social. En 1984 los primeros convenios colectivos de la ONCE asimilan los agentes vendedores de la ONCE a la relación de carácter especial de los representantes de comercio y en ese mismo año por Resolución de la TGSS se incorpora a este colectivo en el Régimen Especial de los Representantes de Comercio. Tras la integración de dicho Régimen Especial en el Régimen General por el RD 2621/1986, de 24 de diciembre, desarrollado por la Orden de 20 de julio de 1987, se planteó por parte de la ONCE una consulta al Director General del MTSS sobre el alcance tras la integración en el Régimen General de la aplicación de sus reglas comunes. En la resolución se confirma el encuadramiento de este colectivo en el grupo V de la escala de grupos de cotización y la aplicación de forma transitoria de la base máxima de cotización

de los representantes de comercio. Esta interpretación se continuó aplicando en distintos informes emitidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En el año 2000, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre implicó un cambio jurisprudencial al calificar la relación entre los agentes vendedores del cupón y la ONCE como de relación laboral común. En el año 2001, el undécimo Convenio Colectivo del personal de la ONCE reconoció el carácter común de la relación laboral y la Subdirección General del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social señaló que debía aplicárseles las normas comunes del Régimen General incluida la materia de cotización.

Teniendo en cuenta estos precedentes el Tribunal deniega la pretensión del INSS que pretende responsabilizar a la ONCE del pago de la diferencia derivada de la infracotización. Entiende el Tribunal que por parte de la empleadora no ha habido voluntad alguna de incumplimiento en la obligación de cotizar ya que “la actuación de esta entidad lo ha sido siempre siguiendo los criterios de actuación e instrucciones dados por la Administración, como correctamente razona el Juez de instancia”.

7. RECAUDACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente de trabajo

Para la STS de 25 de enero de 2006, I.L. J 69, estamos ante una epicondilitis constitutiva de accidente de trabajo encuadrable en el artículo 115.2.f) LGSS, puesto que los efectos incapacitantes de dicha enfermedad son consecuencia de un sobreesfuerzo muscular producido cuando el trabajador estaba armando ladrillo, y que ya en su momento fue calificado como accidente de trabajo a efectos de incapacidad temporal. En el mismo sentido, vid. también la STS de 14 de febrero de 2006, I.L. J 207.

La STS de 20 de febrero de 2006, I.L. J 98, concluye que constituye accidente de trabajo *in itinere* la muerte por un disparo cuando el trabajador esperaba el autobús para volver a su domicilio. En el supuesto analizado, el Tribunal Supremo señala que no caben dudas de que concurren los requisitos jurisprudencialmente establecidos como determinantes de la calificación, sin que concurren causas excluyentes. Así, el suceso se produjo en hora contigua al fin de la jornada, en lugar adyacente al centro de trabajo, para la utilización de un medio de transporte normal, cual es el autobús de línea. Además, no existía desviación del camino habitual de vuelta a su domicilio, ni por tiempo, ni lugar, ni medio.

B) Recargo de prestaciones

La STS de 1 de febrero de 2006, I.L. J 123, desestima el recurso de casación por unificación de doctrina interpuesto por la mutua con el objeto de modificar el porcentaje del recargo impuesto por la sentencia de suplicación. Según la sentencia, se podría reconsiderar la cuantía porcentual en el caso de que la gravedad de la falta exceda del margen de apreciación que le es consustancial. Pero esta circunstancia no se produce en el presente caso.

Para la STS de 9 de febrero de 2006, I.L. J 243, procede la estimación del recurso de trabajador, unificando lo resuelto de acuerdo con la sentencia de contraste y estableciendo un único día inicial del cómputo de la prescripción de la acción para exigir el recargo de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, a contar desde la fecha en que finaliza el último expediente incoado ante la Seguridad Social en reclamación de prestaciones.

La STSJ de Castilla León (Valladolid) de 13 de febrero de 2006, I.L. J 343, concluye que, si se aprecia que la entidad de la falta cometida por la empresa ha de ser calificada como grave, no es adecuada la imposición del recargo en su grado inferior –30%– sino en su grado medio –40%–, que se adecua a la gravedad de la falta cometida.

La STSJ de Extremadura de 9 de febrero de 2006, I.L. J 351, señala que la falta de formación, información y la ausencia completa de evaluación de riesgos, planificación de la actividad preventiva y organización de la misma hacen que concurra con evidencia relación de causalidad entre la infracción y el siniestro, pues mal puede emplear el trabajador correctamente los equipos de trabajo si no ha sido formado para su empleo y desconoce los riesgos que entraña. Todas estas conclusiones son aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo y que podemos sintetizar en los siguientes puntos. 1. El recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo. 2. Se trata de responsabilidad empresarial cuasi-objetiva con escasa incidencia de la conducta del trabajador, como se afirmó con relación a la intrascendencia de la falta negativa a realizar los trabajos sin la protección requerida en un supuesto de accidente laboral de un trabajador con cargo de colaboración en materia de seguridad e higiene.

Por su parte, la STSJ de Castilla-León (Burgos) de 26 de enero de 2006, I.L. J 446, también recuerda la doctrina del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2000, donde se indica que “el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad regulado en el artículo 123 LGSS entraña que es independiente y compatible, conforme a su número 3 con las de todo orden incluso penal, que pueden derivarse de la infracción, de ahí que se haya declarado que la coexistencia del recargo y de sanción administrativa no vulnera el principio *non bis in idem* al no contemplar el hecho desde la misma perspectiva pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores”.

En la STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2006, I.L. J 547, se resuelve a favor de la procedencia de la prescripción respecto a la facultad del ente gestor de imponer el recargo. En

síntesis, iniciado el expediente sobre recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad en 28 de mayo de 1992 –y aunque en aplicación del antiguo artículo 54.3, actual 43.3 de la LGSS, permaneciera interrumpida la prescripción con motivo de las actuaciones penales que finalizaron en sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Sevilla de 10 de febrero de 1995–, ni la impugnación en vía administrativa de la sanción impuesta a la empresa por la Autoridad Laboral, ni la ulterior demanda Contencioso-Administrativa que terminó en sentencia firme de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, de 9 de mayo de 2002, gozaron de virtualidad suficiente para mantener vigente la aludida interrupción, por lo que si la resolución acordando el recargo frente a la que se alza la parte actora data de 26 de marzo de 2004, es claro que la facultad para hacerlo estaba afectada de prescripción cuando fue ejercitada por la Autoridad competente, lo que determina el acogimiento de este motivo y del recurso.

En la petición de excepción de caducidad en la imposición del recargo, la **STSJ de Navarra de 15 de febrero de 2006**, I.L. J 577, concluye que no es aplicable el plazo de caducidad de 6 meses, ya que al recargo –debido a su naturaleza especial– no le es aplicable lo previsto en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que sólo es de aplicación en los procedimientos en los que “la Administración ejercite potestades sancionadoras, o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen”, y no es el supuesto regulado en el artículo 123 LGSS, que estamos analizando, que se dirige a conceder una prestación de mejora a un accidentado por falta de medidas de seguridad, produciendo de esta forma efectos favorables y prestacionales para el accidentado.

C) Responsabilidad del empresario

La **STS de Cataluña de 11 de enero de 2006**, I.L. J 428, vuelve a tratar la responsabilidad solidaria de la empresa principal en el incumplimiento de normas de seguridad, lo que incluye el recargo de prestaciones. Así, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se admite la imposición del recargo al empresario principal que infringe normas de seguridad laboral relevantes en la producción de accidente sufrido por el trabajador de una contrata suya, sea o no de la misma actividad (Sentencias de 18 de abril de 1992 y 5 de mayo de 1999, entre otras), ya que, en este caso, lo importante no es tanto que la actividad de las empresas sea la misma, sino que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad.

La **STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2006**, I.L. J 550, recuerda también una doctrina jurisprudencial consolidada según la cual la imprudencia del trabajador –y, en este caso concreto, el ser encargado de obra y delegado de prevención– puede delimitar el importe del recargo, pero no exonera del mismo, ya que el accidente nunca hubiera sucedido si se hubiesen adoptado por parte del empresario las mínimas medidas de seguridad. En particular, hay que tener en cuenta que la condición de delegado de prevención, como representante de los trabajadores, no tiene facultades ejecutivas. Es interesante que la sen-

IX. Seguridad Social

tencia destaca que la fijación del recargo se ha de hacer en función de la gravedad de la omisión de la medida de seguridad, y no en función del daño ocasionado al trabajador.

Para la STSJ de Cantabria de 9 de febrero de 2006, I.L. J 570, fue, por tanto, el descuidado proceder del responsable de mantenimiento designado por la empresa, quien, mientras sujetaba defectuosamente la pieza y dejaba al descubierto y sin protección el árbol portacuchillas, abría simultáneamente la puerta a la posibilidad de que se produjera el siniestro que fatalmente terminó por ocurrir, convirtiéndose así en el elemento decisivo y en la verdadera causa del accidente de trabajo. No cabe hablar, en consecuencia, de un accidente fortuito, pues con independencia de que la máquina careciera de la marca CE, lo cierto es que fue la empresa quien designó a aquel responsable y, tuviera o no conocimiento de su anómalo proceder en el manejo de la máquina, habría infringido sus deberes de salvaguarda de la integridad física de sus trabajadores, bien por culpa *in eligendo* si no era conocedora de la negligente forma de actuar de su encargado, bien por culpa *in vigilando* si, conociéndola, la toleró.

D) Indemnización por daños y perjuicios

La STSJ de Cantabria de 16 de enero de 2006, I.L. J 156, apartándose y discrepando del criterio de la Juzgadora de instancia, entiende que la causa eficiente y única que dio lugar al accidente fue consecuencia directa de realizarse la operación trasladando una pieza de 100 Kg. con un solo ramal, dejando los otros tres sueltos, con ganchos abiertos, sin pestillo de seguridad, de tal manera que uno de estos ganchos sueltos se abrió soltándose violentamente y alcanzando al operario con el resultado letal ya dicho. Es, por tanto, determinante la concurrencia de la culpa o negligencia con entidad que entraña responsabilidad dentro del marco contractual ya en los términos del artículo 1104 CC, porque como alega el recurrente, las medidas adoptadas para llevar a cabo el trabajo no se agotaron, siendo prueba evidente que con posterioridad al accidente la empresa ha sustituido los ganchos por otros con pestillo de seguridad. Acreditada la culpa, la responsabilidad de la empresa principal nace del contenido de los artículos 14 y 15 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

E) Enfermedad profesional

La STSJ de Cataluña de 25 de enero de 2006, I.L. J 423, considera enfermedad profesional aquella provocada por la exposición al amianto y las consecuencias de no adoptar medidas preventivas para reducir la emisión de contaminante y sobre todo la inhalación del mismo por esos trabajadores, lo que tuvo como consecuencia un mesotelioma pleural y el diagnóstico de asbestosis. Cabe recordar que venía expresamente reconocida esta peligrosidad en el Decreto de 26 de julio de 1957, sobre trabajos prohibidos a mujeres y menores, incluyendo los trabajos de extracción, manipulación y molienda de asbestos y amianto en la Relación segunda, Grupo IV “de actividades e industrias prohibida a los varones menores de 18 años y a las mujeres menores de 21” (artículo segundo), refiriendo concretamente a asbesto amianto (extracción, trabajo y molienda) señalándose como motivo de la prohibición “polvos nocivos” y en el apartado de condiciones particulares

de la prohibición “Talleres donde se desprenden libremente polvos”, en suma que sí era conocida la toxicidad del producto.

En un supuesto de enfermedad profesional, la **STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2006**, I.L. J 548, reconoce el incumplimiento empresarial de proporcionar al trabajador los reconocimientos médicos, determinantes éstos para la prevención de la enfermedad profesional. Así, durante veinticinco años el trabajador no tuvo ninguna oportunidad de ejercer su derecho a aceptar o no los reconocimientos o exámenes médicos tendentes al control periódico de su salud, sin que pueda aceptarse la tesis de la empresa en este punto, desde el mismo momento que era obligación suya proporcionar todos los medios necesarios para que tal vigilancia resultase efectiva, sin perjuicio de que sea el empleado quien tenga que mostrar su conformidad con los medios elegidos, pero ello no significa que fuera él quien tuviera que reclamarlos al empresario.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

La **STS de 13 de febrero de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 189, analiza un supuesto de responsabilidad empresarial en materia de subsidio de desempleo para mayores de 52 años, en un supuesto en que el autor reunía el requisito de carencia específica (2 años), pero no el de la carencia genérica (15 años) porque durante una serie de años la empresa responsable no había cotizado por el trabajador. Según señala el Tribunal, en lo referente a la responsabilidad del empleador por el pago directo de la prestaciones hay que estar a los preceptos reguladores de tal responsabilidad, dando valor supletorio a los artículos 94 a 96 del Texto articulado de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, con el objeto de cubrir las deficiencias que presentan los preceptos análogos del texto de 30 de junio de 1974. En este sentido, el Tribunal reconoce que el criterio de la responsabilidad que allí se enuncia no aparece limitado a las prestaciones contributivas, sino a cualquiera que dependa de una cotización, legalmente obligada y omitida por el empresario. Así, si se trata de determinar las responsabilidades por un subsidio de desempleo para mayores de 52 en que el posible beneficiario no reúna la carencia genérica, porque el empresario, en su día, omitió la cotización, cabrá atribuir el pago anticipado de la prestación a la entidad gestora pero la responsabilidad directa de la prestación recaerá sobre el empresario que omitió la cotización debida.

Por su parte, la **STS de 17 de marzo de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J258, analiza un supuesto de incumplimiento empresarial por falta de cotización que se une al hecho de que el trabajador no está en alta en la fecha del hecho causante, pese a que no sea obligatorio para acceder a la prestación de jubilación. En opinión del Tribunal aplicadas las reglas de responsabilidad previstas en la Ley de Seguridad Social de 1966 y del Texto refundido de 1974, si “no es exigible la situación de alta para acceder a la pensión de jubilación con declaración de responsabilidad empresarial ... tampoco cabe establecer ese requisito

IX. Seguridad Social

para un momento posterior y complementario del percibo que constituye el anticipo como garantía del cobro de la prestación”.

10. ASISTENCIA SANITARIA

No existe jurisprudencia en la materia.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Dinámica de la prestación

La STS de 21 de marzo de 2006, I.L. J 316, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, señala que la situación de incapacidad temporal que surge con anterioridad al período vacacional establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada no puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de las vacaciones que todo trabajador ostenta por la prestación de servicios en la empresa. Y tiene que ser distinto el tratamiento que merece la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de las vacaciones, pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador, con aquella otra que se produce con anterioridad al período vacaciones y que impide el disfrute de éste en la fecha preestablecida en el calendario previsto, a tal efecto, en la empresa. En este último caso, ha de hacerse compatible el derecho a la baja por incapacidad temporal (sea por enfermedad común o por maternidad) con el correspondiente a la vacación anual, mientras que en el primero no.

En la STS de 8 de abril de 2006, I.L. J 398, dictada en recurso de casación por unificación de doctrina, se señala que es nula la decisión del empresario por la que se niega a un trabajador, miembro del comité de empresa, el acceso al centro de trabajo, y por extensión, el ejercicio de las facultades de representación de los trabajadores (incluso en el período de negociación del convenio colectivo, mientras se halla de baja por incapacidad temporal). Al ser una decisión nula, debe cesar esta actitud de la empresa y reconocer el derecho del trabajador al ejercicio de sus funciones de representantes de los trabajadores. Ahora bien, matiza la Sala que hay que valorar las repercusiones que el tema tiene en materia de Seguridad Social, pues la realización de trabajos durante la situación de incapacidad temporal puede perturbar la curación o evidenciar la aptitud laboral del trabajador. Pese a ello, entiende que el efecto suspensivo del contrato que produce la incapacidad temporal, no causa como efecto la suspensión de las facultades legales reconocidas al miembro de un Comité de empresa, quien podrá seguir desempeñando su actividad representativa de carácter institucional, siempre que los trabajos que realice sean compatibles con la situación de incapacidad temporal.

En la STSJ de Canarias de 25 de enero de 2006, I.L. J 445, se pone de manifiesto la especial situación del personal estatutario, cuya normativa prevé que, en los casos de reingreso tras una excedencia forzosa por enfermedad o accidente tras la oportuna baja médica, y de negarse la reincorporación existiendo una vacante en el Hospital, ello genera la oportuna

tuna indemnización, cuyo *dies a quo* para fijar el devengo debe situarse en la fecha de la solicitud del reingreso.

B) Incapacidad temporal y regímenes especiales

Según la STS de 24 de enero de 2006, I.L. J 65, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, en el caso de trabajadores autónomos, es requisito indispensable para el reconocimiento del derecho a la prestación económica por incapacidad temporal que el interesado se halle al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social en el momento de producirse el hecho causante, de modo que cabe apreciar el descubierto en cuotas anteriores a la baja por enfermedad común, aun cuando el interesado ingresara las mismas sin requerimiento de pago una vez producida la baja médica.

12. MATERNIDAD

No existe jurisprudencia en la materia.

13. REGÍMENES ESPECIALES

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

La STS de 14 de marzo de 2006, I.L. J 381, afronta la petición de una pensión de orfandad en favor de quien era hijo de un trabajador a quien, tras haber sido diagnosticado de cirrosis hepática alcohólica y una ingesta habitual de alcohol, falleció sin haber abonado un descubierto de cotizaciones en el RETA, sin figurar en situación de alta o asimilada, y sin reunir el requisito de quince años de cotización total al sistema de Seguridad Social. La solicitante pretendía que al causante le fuese atribuida la condición de asimilación al alta, en aplicación de una doctrina de uso pacífico en el caso de toxicomanías graves; ya que en caso de serle reconocida tal asimilación al alta, las cotizaciones precisas para obtener una prestación quedarían reducidas a 500 días en los cinco años anteriores al hecho causante.

La pretensión de la actora es desestimada, formalmente, por no existir contradicción acreditada con la sentencia de contraste aportada, si bien se destacan otros hechos que dificultarían la concesión de la prestación solicitada incluso si se hubiese accedido a la pretensión de asimilación al alta. Además, —y ello es lo que nos interesa— recuerda algunos elementos importantes de la doctrina judicial aplicables al caso: en primer lugar, que no basta la identidad de diagnósticos para considerar dos supuestos como sustancialmente iguales, ya que debe considerarse el grado, intensidad y modo de afectar a cada paciente y, en segundo lugar, que la toxicomanía, para poder considerarse que coloca al afectado en situación de asimilación al alta, debe acreditarse que incapacita tanto para trabajar como para gestionar la permanencia de tal persona dependiente en el sistema de Seguridad Social.

IX. Seguridad Social

En la STS de 23 de marzo de 2006, I.L. J 386, se analiza si se puede considerar en situación de asimilación al alta, a los efectos de causar una pensión de viudedad, a quien, en resumen, estuvo varios años inscrito como demandante de empleo; después afiliado al RETA –aunque con importantes descubiertos–; y, finalmente, y poco antes de que falleciera el causante, se inscribió nuevamente como demandante de empleo, si bien esto sucedió tras un período de dieciséis meses en los que no consta ninguna relación ni de empleo ni de búsqueda del mismo. El Tribunal analiza los límites de la doctrina flexibilizadora del requisito de hallarse en situación de alta o asimilada, que en este caso se postula a partir de hallarse en desempleo involuntario y demandante de empleo; y concluye que un período de trece meses –los dieciséis meses injustificados, menos el margen de noventa días posteriores a la baja en el RETA– es un período demasiado largo sin justificación de la continuidad de la situación de paro involuntario. En consecuencia, la actora ve denegada su prestación sin que sea necesario plantearse una posible invitación al pago de los descubiertos de cotización en el RETA que antes se señalaron.

Régimen Especial Agrario

La STS de 16 de febrero de 2006, I.L. J 122 aborda, una vez más, un supuesto que ya ha sido objeto de previos pronunciamientos en las SSTS de 26 de abril de 2005, I.L. J 1849, de 18 de enero de 2005, I.L. J 65, de 9 de noviembre de 2004, I.L. J 2335, y en la sentencia que recientemente varió la doctrina del Tribunal Supremo (con votos particulares): la STS de 31 de mayo de 2004, I.L. J 883. El supuesto ahora examinado, y sustancialmente similar a los examinados en las sentencias anteriormente citadas es el de un trabajador por cuenta propia del Régimen Especial Agrario, que al fallecer adeudaba más de catorce meses de cotización que fueron satisfechos por los familiares supervivientes, a los tres meses del fallecimiento, y antes de solicitar prestaciones por viudedad y orfandad. La doctrina que se reitera es la de que la literalidad de la norma que exige en el REA que el causante no adeudase un importe superior a seis mensualidades para poder causar prestaciones por muerte y supervivencia es una exigencia que se formula en el Régimen Especial Agrario sin causa suficiente y razonable para ello, dado que en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos no existe idéntica limitación, siendo que en ambos regímenes es el trabajador el responsable del ingreso de sus cotizaciones, y que se trata de prestaciones contributivas. En consecuencia, nuevamente, se resuelve conceder la prestación solicitada, confirmando la de la instancia y casando la del Tribunal Superior autonómico que había acogido la tesis denegatoria de la Entidad Gestora.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

En la STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2006, I.L. J 548, entiende el Tribunal que no se vulneraría el principio *non bis in idem* por la coexistencia del recargo con una sanción, pues conforme a la jurisprudencia constitucional no resulta imposible la sanción de unos mismos hechos por autoridades distintas, si éstas los contemplan desde perspectivas distintas, y en este caso el recargo crea una relación indemnizatoria y la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores.

Por tales diferencias entre ambas figuras, entiende el Tribunal que el recargo de prestaciones no se ve afectado de prescripción, aun estándolo la imposición de la sanción.

Por otra parte, no se acepta como eximente de la responsabilidad de la empresa la no exigencia del trabajador de las medidas de seguridad, porque el hecho de que éste deba prestar su conformidad a los medios utilizados no significa que tenga la obligación de reclamarlos, por lo que no puede trasladarse una responsabilidad que únicamente incumbe a la empresa. Ello trae causa en que el deber de protección del empresario es incondicionada y esta protección debe dispensarse aun en casos de imprudencia no temeraria del trabajador.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

No existe jurisprudencia en la materia.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

EUSEBI J. COLÁS NEILA

NURIA PUMAR BELTRÁN

EUGENIA REVILLA ESTEVE

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA

IGNASI AREAL CALAMA

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ

EVA GARRIDO PÉREZ

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

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

los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad. b) Orfandad. c) Pensión en favor de familiares. C) Cuantía de las pensiones. D) Dinámica de la protección. E) Régimen de incompatibilidades.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 1 a 4 del 2006 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 584).

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

La STS de 31 de enero de 2006, I.L. J 72, resuelve la cuestión del cómputo de la base reguladora de la prestación por desempleo cuando la demandante ha ejercitado su derecho a la reducción de jornada por cuidado de un hijo. El Tribunal Supremo continúa la doctrina iniciada en pronunciamientos anteriores llegando a la conclusión de que la base computable ha de ser la realmente cotizada y de la imposibilidad de obviar al efecto el periodo de jornada reducida. Si bien, admite que dicha solución resulta insatisfactoria desde el punto de vista de la conciliación de la vida laboral y familiar, concluye que la solución no corresponde a los órganos judiciales sino al legislador.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b) Beneficiarios

b') Subsidio de prejubilación

En la STS de 13 de febrero de 2006, I.L. J 189, la cuestión litigiosa versa sobre la responsabilidad empresarial en materia de subsidio de desempleo para mayores de 52 años en un supuesto en el que el actor reunía el requisito de carencia específica, es decir, 2 años, pero no el de carencia genérica de 15 años, ya que existe un período de cinco años en los que la empresa ni dio de alta ni cotizó por la trabajadora.

El artículo de la 126.2 de la LGSS dispone que “el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabi-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

lidad en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva”.

Por otro lado, el artículo 126.3 de la LGSS —que recoge el principio de automaticidad de las prestaciones— se contiene con carácter absoluto por lo que respecta a las prestaciones por desempleo en el artículo 220 de la LGSS cuyo tenor literal es el siguiente: “la entidad gestora competente pagará las prestaciones por desempleo en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización, sin perjuicio de las acciones que puedan adoptar contra la empresa infractora y la responsabilidad que corresponda a ésta por las prestaciones abonadas”.

A la vista de los anteriores preceptos, el Tribunal Supremo entiende que la solución adecuada es entender como responsable directo al empleador, sin perjuicio del anticipo del pago de la prestación por la entidad gestora.

Por otro lado, y por lo que respecta también al subsidio por desempleo para mayores de 52 años, la **STS de 13 de abril de 2006**, I.L. J 408, resuelve un procedimiento que tiene su origen en una demanda formulada con la pretensión de que la actora reciba el subsidio en cuestión sin reunir la peticionaria el periodo específico de cotización de dos años en los últimos quince para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación, y por no haber permanecido ininterrumpidamente inscrita como demandante de empleo desde el año 1990 en que agotó la prestación contributiva por desempleo.

Esta cuestión ha sido ya resuelta en numerosas ocasiones por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el sentido de entender que el requisito de inscripción ininterrumpida es sólo uno de los medios acreditativos de la subsistencia de la voluntad del solicitante del subsidio de permanecer en el mercado de trabajo, siendo su finalidad la de completar la acreditación de que se reúnen las condiciones para estar incluido en alguno de los presupuestos que dan lugar a la percepción del subsidio a favor de los que se han conservado la voluntad de emplearse.

Además, en este caso la solicitante permaneció inscrita en la Oficina de Empleo los cinco años inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación, por tanto, tiempo suficiente para dar ocasión a la oferta de un trabajo.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

- Jubilación forzosa

En la **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 31 de enero de 2006**, I.L. J 356, se contiene un nuevo pronunciamiento sobre la validez o no de las cláusulas de los convenios colectivos que establecen una jubilación forzosa por edad.

Se recoge en esta sentencia la jurisprudencia ya reiterada del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, sobre este tema (vid. crónicas anteriores), que precisa el alcance temporal del desapoderamiento o inhabilitación a la autonomía colectiva para pactar cláusulas de jubilación forzosa que tal derogación supone. El Tribunal Supremo ha precisado que las cláusulas de jubilación forzosa vigentes en la fecha de la derogación de la Disposición Adicional Décima tenían amparo legal en dicha norma, por el tiempo de “duración del convenio en cuestión” (atendiendo al equilibrio interno del convenio). Es necesario indagar en la evolución de los convenios colectivos para detectar los momentos de vencimiento y renovación de éstos que hacen caducar la habilitación legítimamente utilizada con arreglo a la legislación, y a partir de los cuales despliega su eficacia la prohibición de dichas cláusulas convencionales. En el caso del convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, la habilitación de la disposición adicional décima ET-1995 valió para el suscrito en el año 1988, y para la renovación del año 2000 cuya vigencia temporal se prolongó hasta 31 de diciembre de 2001, pero no para el acuerdo que entró en vigor el 1 de enero de 2002, afectado plenamente por la prohibición de pactar o mantener, después de agotada la vigencia del anterior, la cláusula de jubilación forzosa de su artículo 61, convertida ya en cláusula que no respeta el mandato legal.

No desconoce la Sala que la Ley 14/2005 ha vuelto a aprobar una disposición adicional 10.^a del ET que regula las cláusulas de los convenios colectivos referidos a la edad ordinaria de jubilación y que en la disposición transitoria única de esta Ley se 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. Al respecto, declara la Sentencia que, sin entrar en los problemas que esta disposición puede plantear a la vista de las garantías que establece el artículo 9.3 de la Constitución, la nueva Ley y el problema de retroactividad que se contiene en su transitoria única, no puede afectar a pleitos con juicios ya celebrados y pendientes de resolver en un recurso extraordinario, ya que lo contrario supondría una modificación del objeto del proceso, con la consiguiente indefensión para las partes, por lo que dicha Ley no es de aplicar a los procedimientos pendientes.

Según esta doctrina, la decisión de dar por finalizada la relación laboral, en cuanto se ampara en una cláusula de un convenio negociado después de que la disposición adicional décima del ET fuera derogada y antes de la entrada en vigor de la Ley 14/2005, carece de legitimación, pero ello no implica la nulidad de la medida, pues no concurre ninguno de los requisitos previstos en el artículo 55 ET, sino la de despido improcedente.

b) Contenido de la prestación

b') Cuantía de la prestación

– Trabajadores migrantes

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 pronuncia la **STS, u.d., de 16 de febrero de 2006**, I.L. J 128. En dicha Sentencia se plantea la cuestión relacionada con el método de cálculo aplicable para la *pro rata temporis* que corresponde abonar a la Seguridad Social española. Se reitera la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones que establece que habrán de tenerse en cuenta para el cálculo de la *pro rata* las cotizaciones ficticias por edad; pero, sin embargo, no se incluyen las cotizaciones ficticias por edad. Declara la Sentencia que las bonificaciones por razón de la actividad desarrollada en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar son cotizaciones realmente ficticias, ya que no obedecen a ninguna presunción de realidad, y ni siquiera son anteriores al hecho causante, puesto que se abonan exclusivamente para el reconocimiento de la prestación y para el cálculo del porcentaje de la pensión a recibir. Así que al calcular la pensión teórica con totalización de los períodos cotizados en distintos Estados miembros de la Unión Europea, carece de influencia aquella cotización. Como ha señalado el Tribunal Supremo, la previsión de bonificación de cuotas en razón del trabajo desarrollado por el demandante no puede aceptarse para la aplicación del prorrateo, en cuanto que se trata de una institución ajena a los principios de coordinación comunitarios, puesto que no ha hecho de peor condición al demandante por la circunstancia de haber prestado sus servicios en otros países comunitarios.

– Complemento de mínimos

Sobre la procedencia y la cuantía del complemento a mínimos a cargo de la Seguridad Social española en función de una pensión de jubilación, reconocida en virtud del Convenio Hispano-Venezolano, con parte de la prestación a cargo de la seguridad social de Venezuela, y que la correspondiente entidad de este país no hace efectiva, se pronuncia la **STS, u.d., de 21 de marzo de 2006**, I.L. J 317. La doctrina del Tribunal Supremo en esta cuestión, ya reseñada detenidamente en la crónica anterior (véase el número anterior de esta revista), se ha establecido en el sentido de declarar que el artículo 13.3 de los Reales Decretos que fijan los incrementos de pensiones para cada año está referida a importes reales de las pensiones, no a las ideales derivadas del reconocimiento aunque no se dé la efectividad, ya que con dichos importes reales debe atender el beneficiario a sus necesidades que no pueden verse satisfechas con el importe de utópicas pensiones reconocidas y que no son satisfechas. Pero, además, en la Sentencia a la que ahora nos referimos se pone también de manifiesto que en el artículo 13.3 del RD 2547/1994, al referirse a la suma de los importes de las pensiones reconocidas en virtud de la legislación española y extranjera para conceder el complemento por mínimos en caso de que la pensión fuera inferior, en ningún caso autoriza a suspender el pago del citado complemento hasta que se señale la pensión por el organismo extran-

jero pues ello equivaldría a abandonar el cumplimiento de las obligaciones legales a la decisión de otro Estado.

e) Jubilaciones anticipadas

– Prejubilaciones

Numerosas Sentencias son las que siguen pronunciándose sobre el tema de las prejubilaciones, tanto por lo que se refiere a su naturaleza, como en cuanto a la cuantía y modo de cálculo de la cantidad que deban recibir los trabajadores en concepto de prejubilación.

La **STS, u.d., de 17 de enero de 2006**, versa sobre la calificación como jubilación forzosa o como jubilación voluntaria de un concreto supuesto de jubilación anticipada, que es el de los empleados de Telefónica que se han acogido mediante “contrato de prejubilación” al sistema de prejubilaciones establecido en esta empresa por sucesivos convenios colectivos. El Tribunal Supremo declara, al respecto, que, según la interpretación más ajustada a derecho, la DT 3.ª de la LGSS, se refiere a razones que “impidan” la continuación de la relación laboral y no a motivos que estimulen u orienten la decisión del trabajador en un sentido o en otro. De esta forma, la concurrencia de motivos económicos y profesionales más o menos poderosos que impulsan al trabajador a aceptar el ofrecimiento de la empresa no desvirtúa la voluntariedad compartida característica de la causa de extinción establecida en el artículo 49.1.a) ET. En conclusión, 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 en buena lógica considerarse involuntaria sino voluntaria, y el tipo anual reductor del porcentaje de la pensión aplicable a la misma es del 8%. El mismo pronunciamiento se contiene en la **STS, u.d., de 6 de marzo de 2006, I.L. J 269**

En igual sentido, la **STS de 18 de enero de 2006, I.L. J 53**, señala que “la aceptación por parte del trabajador de la prejubilación en las condiciones previstas en la cláusula tercera del convenio colectivo citado (Convenio Colectivo de Telefónica, S.A.), con el reconocimiento de importantes contrapartidas económicas y mediante un acuerdo que no ha sido impugnado por dolo, coacción..., constituye un cese voluntario porque sin el consentimiento del trabajador la extinción del contrato de trabajo no se hubiera producido”. En el mismo sentido, la **STSJ de Valencia de 24 de enero de 2006, I.L. J 496**, establece que la prejubilación se configura como un cese prematuro y definitivo de la vida laboral del trabajador antes del cumplimiento normal de la edad de jubilación, mediante las oportunas contrapartidas económicas o asignaciones concertadas a cargo de la empresa, sin que constituya formalmente una mejora voluntaria de la Seguridad Social.

La **STS, u.d., de 27 de febrero de 2006, I.L. J 147**, en relación con la reclamación del abono de unas pagas extraordinarias en la asignación pactada con motivo de la prejubilación, declara que, cuando por acuerdo de las partes se ha pactado expresamente el acuerdo de prejubilación como una situación pactada de suspensión del contrato de trabajo, no se puede

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

aplicar la prescripción del año para reclamar el incremento de las dos pagas reclamadas al no haberse extinguido el contrato. A este mismo supuesto se refieren las SSTS de **1 de marzo de 2006**, I.L. J 219; de **1 de marzo de 2006**, I.L. J 220; de **6 de marzo de 2006**, I.L. J 307; **10 abril de 2006**, I.L. J 400, en las que, sin embargo, no se entra en el fondo del asunto, al no apreciarse contradicción.

Sobre la determinación del salario pensionable determinante de la prestación a abonar por la empresa, la STS, u.d., de **9 de febrero de 2006**, I.L. J 127, establece que los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo del que derivó la prejubilación habían llegado a un acuerdo con la empresa para percibir una cantidad correspondiente al 100% del salario pensionable bruto; en consecuencia, correspondiendo las pagas reclamadas a un salario al que tenían derecho en aquella fecha es por lo que se les reconoció el derecho al incremento en su totalidad a pesar de haber trabajado sólo medio año.

También en la STSJ de Valencia de **24 de enero de 2006**, I.L. J 496, se declara que, “sentado que la intención real de las partes fue que el trabajador siguiera percibiendo el ciento por ciento de su salario al tiempo de cesar en el servicio activo; y sentado igualmente que ese salario ya comprendía en dicho momento, no 16,25 pagas, sino 18,25, el importe de la pensión debe incrementarse también con dos pagas más”. De la misma forma, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de **22 de febrero de 2006**, I.L. J 558, declara que, puesto que la voluntad de los contratantes del acuerdo de prejubilación se concretó en pactar la suspensión del contrato a cambio de una retribución equivalente al salario neto que les correspondía percibir en el momento del acuerdo, y dado que dentro de este salario se incluyeron a posteriori, por mor de lo establecido en un Convenio colectivo de ámbito estatal, dos pagas extraordinarias antes inexistentes, las cantidades correspondientes a tales pagas habrán de incluirse en el salario regulador de aquel acuerdo de prejubilación el derecho del trabajador prejubilado a percibir dos pagas extraordinarias.

– Condiciones de la jubilación anticipada

Respecto a las condiciones exigidas para tener derecho a la jubilación anticipada y a las condiciones de disfrute de ésta se plantean diversas cuestiones:

En la STS, u.d., de **20 de enero de 2006**, I.L. J 61, se plantea determinar si en los casos de jubilación derivada del cese en el trabajo como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo por causa no imputable a la voluntad del trabajador, para acceder a la jubilación anticipada y los beneficios de los coeficientes reductores mejorados previstos en la DT 3.^a de la LGSS para quienes tuvieran la condición de mutualistas en 1 de enero de 1967, éstos han de acreditar, además de los años de cotización correspondientes, haber estado inscritos en la oficina de empleo de forma ininterrumpida desde que se produjo el cese hasta la fecha del hecho causante. La Sentencia declara que, desde la DT 3.^a y del artículo 161.3 de la LGSS, se desprende que era voluntad del legislador mantener dos sistemas o formas de jubilación anticipada, cada una con distinto origen y requisitos para acceder a su percibo. Entre estos requisitos y para la pensión anticipada de jubilación no histórica u “ordinaria” se exige para quienes no eran mutualistas el 1 de enero de 1967 encontrarse inscritos en la oficina del INEM como demandantes de empleo, desde, al menos, 6 meses antes de la fecha

de jubilación. Pero nada de eso se incluye entre los requisitos que contiene la transitoria segunda para los jubilados anticipadamente procedentes del mutualismo laboral, pues basta con haber estado en ese sistema antes del 1 de enero de 1967, haber cesado por causas independientes de la voluntad del trabajador y reunir los períodos de cotización correspondientes para acceder a la pensión bonificada.

Por su parte, la **STS, u.d., de 30 de enero de 2006**, I.L. J 70, se refiere a la delimitación entre el mecanismo de jubilación anticipada prevista para quienes eran mutualistas el 1 de enero de 1967 y los sistemas de prejubilación derivados de un expediente de regulación de empleo, a efectos de la aplicación de los coeficientes reductores en el caso de la jubilación anticipada. Pone de manifiesto la Sentencia que se reserva en la ley el coeficiente reductor del 6% a quienes hubieron cotizado 40 o más años y soliciten la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador, entendiéndose por tal, entre otras, el despido colectivo debidamente autorizado. Por el contrario, en el supuesto de expediente de regulación de empleo que incluye, como una de sus modalidades, la jubilación anticipada, supone que hay un cese voluntario porque sin el consentimiento del trabajador la extinción del contrato de trabajo no se hubiera producido; de forma que ha de considerarse como un cese voluntario a los efectos de la DT 1.2ª de la LGSS. En el mismo sentido se pronuncian las **SSTS, u.d., de 7 de febrero de 2006**, I.L. J 104; **de 15 de febrero de 2006**, I.L. J 111; **de 6 de febrero de 2006**, I.L. J 120; **de 1 de febrero de 2006**, I.L. J 133; y **de 7 de abril de 2006**, I.L. J 396.

C) Gestión, financiación y pago

– Responsabilidad en orden a prestaciones

La **STS, u.d., de 28 de febrero de 2006**, I.L. J 253, en relación con el descubierto en las cotizaciones pagado antes del hecho causante, mantiene la doctrina, reiterada en sentencias anteriores, de que una vez que la empresa abonó las cotizaciones que se encontraban impagadas, y que tal pago se hizo efectivo antes de la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación, tal empresa queda exenta de responsabilidad en orden al pago de esta prestación, recayendo tal responsabilidad únicamente sobre el INSS.

A un supuesto distinto, de defectos de cotización no voluntarios de la empresa, se refiere la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 7 de febrero de 2006**, I.L. J 511. Después de que el Tribunal Supremo, en doctrina unificada, declarara que la verdadera naturaleza de la relación social entre los vendedores del cupón pro ciegos y su empleadora era la correspondiente a un contrato de trabajo de carácter común, y no de representantes de comercio, se requiere por parte de la Administración a la ONCE para que procediera a liquidar e ingresar las cuotas de acuerdo con las normas comunes sobre la materia vigentes en el Régimen General de la Seguridad Social a partir de 1 de octubre de 2001. En la Sentencia se declara que, respecto a los defectos de cotización correspondientes al período anterior, en la conducta de la codemandada ONCE no se dan ninguno de los requisitos fácticos constitutivos de hecho base de las normas contenidas en los artículos 126 del vigente

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

RGLGSS y 94 y ss. del Texto Articulado de la LGSS de 21 de abril de 1966, al no existir voluntad alguna de incumplimiento, total o parcial de la obligación de cotizar; toda vez que la actuación de esta entidad lo ha sido siempre siguiendo los criterios e instrucciones dadas por la Administración. En el mismo sentido, la **STS, u.d., de 20 de febrero de 2006**, I.L. J 114, declara que en aquellos 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. Dicha conclusión se basa en la doctrina del Tribunal Supremo que, desde 1980, ha venido manteniendo que, si no ha existido fraude u ocultación, o si ha habido error en la base cotizada, o ha existido cualquier otra anomalía, pero se ha cotizado de forma que haya encontrado correcta la administración de la Seguridad Social, no puede alcanzar ninguna responsabilidad a la empresa, sino que es la Entidad Gestora la que debe responder.

Por otro lado, en la **STS de 17 de marzo de 2006**, I.L. J 258, se resuelve la cuestión de determinar si el INSS tiene obligación de anticipar el pago de una prestación de jubilación reconocida judicialmente, con imputación parcial de responsabilidades a la empresa, en el caso de una trabajadora que no se encontraba en situación de alta en el momento del hecho causante. Al respecto se establece en la Sentencia que “no siendo exigible la situación de alta para acceder a la pensión de jubilación con declaración de responsabilidad empresarial, tampoco cabe establecer este requisito para un momento posterior y complementario del percibo que constituye el anticipo como garantía del cobro de la prestación”.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

a') Criterios de valoración: los baremos

El concepto de “profesión habitual” es objeto de tratamiento en la **STS de 23 de febrero de 2006**, I.L. J 214, considerándose que hace referencia “a todas las funciones propias de dicha profesión”, y no tiene por qué ser esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarse. Así, pues, en una demanda de incapacidad hay que tener en cuenta cuáles eran las funciones o trabajos concretos que el trabajador afectado pudiera estar desarrollando antes o las que pueda estar realizando después del hecho causante sino todas las que integran objetivamente su profesión, las cuales vienen delimitadas en ocasiones por las de su propia categoría profesional o en otras las de su grupo profesional, según los casos y el alcance que en cada caso tenga el *ius variandi* empresarial de conformidad con la normativa laboral aplicable.

b) Requisitos del beneficiario

Una de las situaciones asimiladas al alta que permite acceder a las prestaciones por IP es la de encontrarse en “situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo” (artículo 36 del RD 84/1996). Jurisprudencialmente, se ha mitigado esta última exigencia (la inscripción en la oficina de empleo) empleando una interpretación humanizadora y ponderadora de las circunstancias de cada caso concreto con el fin de evitar situaciones no justificadas de desprotección en supuestos en que resulta evidente que el trabajador no podía prestar servicios. No obstante, conforme a la **STS 21 de marzo de 2006**, I.L. J 315, esta doctrina no puede llevar a la anulación de este requisito cuando no se hace afirmación alguna en los hechos probados de los que pueda inducirse una racional dificultad o inutilidad de la inscripción en la oficina de empleo.

El Tribunal Supremo ha realizado un giro en su criterio (v. gr. vid. STS, ud., de 18 de julio de 2005, I.L. J 1627) sobre la admisibilidad de que una prestación de IP pueda ser reconocida a pensionista de jubilación anticipada siempre que no haya cumplido 65 años. En la **STS de 22 de marzo de 2006**, I.L. J 378, la Sala General reexamina esta cuestión y opta por la tesis de que el pensionista de jubilación anticipada que no ha cumplido aún los 65 años, tiene derecho a que se le reconozca pensión de IP, si reúne los requisitos que la ley exige a este fin. En una interpretación literal, el TS considera el artículo 138.1 de la LGSS en el sentido de que “el acceso a las pensiones de incapacidad permanente, cuando el interesado cumple los requisitos necesarios para ello, sólo se veda o impide a quienes han cumplido 65 años de edad”, de manera que si no se ha alcanzado esta edad, no hay razón para denegar la IP aun cuando el solicitante sea pensionista de jubilación anticipada. Además, señala que “al ser un precepto marcadamente limitativo de derechos, no permite ninguna interpretación que amplíe o haga más extensa esa limitación de derechos” y por ello no se puede seguir manteniendo en la actualidad los criterios de la jurisprudencia que excluía su solicitud a los jubilados anticipadamente que no alcanzaban los 65 años.

c) Prestaciones económicas

b') Base reguladora de las prestaciones

En un supuesto de IPA derivada de accidente no laboral, en situación asimilada al alta en el momento de producirse, se excluyen del cómputo de los meses que no hubo obligación de cotizar, siendo inaplicable el sistema de integración de bases mínimas establecido en el artículo 140.4 de la LGSS. Además del argumento (*inclusio unius, exclusio alterius*) conforme a la **STS de 27 de febrero de 2006**, I.L. J 183, estamos ante un supuesto que no admite la interpretación analógica, en primer lugar, porque existe una norma no derogada dedicada específicamente a la fijación de la base reguladora de la pensión de invalidez permanente total por accidente no laboral (artículo 7 del Decreto 1646/1972,

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

a la que remitiría el artículo 5.4 del RD 1799/1985); y en segundo término, porque tampoco concurre una total identidad entre los supuestos previstos en el artículo 140.1 y 3 de la LGSS, cuyas reglas de fijación de la base reguladora tienen sustento lógico en que se trata de pensiones que significan normalmente el apartamiento de la población activa o respecto de pensiones que se atribuyen al cabo de una carrera de seguro prolongada, y la invalidez total derivada de accidente no laboral.

Por lo que respecta a los contratos a tiempo parcial, a efectos de una IPT, durante el tiempo no trabajado durante su vigencia no cabe su integración acumulativa con las bases mínimas de cotización. Estamos ante un supuesto donde no se da una propia y verdadera laguna de cotización. “El hecho de que en el período final a tener en cuenta respecto a la obtención del reconocimiento de una pensión de invalidez permanente se hubiesen prestado servicios a tiempo parcial no autoriza a entender que por el tiempo no trabajado en dicho periodo hubiera producido una propia laguna de cotización, porque lo cierto y verdad es que sí trabajó y cotizó y pudo haberse hecho, también, a tiempo completo” (STS de 23 de marzo de 2006, I.L. J 318).

d) Dinámica de la protección

Cuando el trabajador ha sido declarado en situación de IP a causa de contingencia profesional, puede más adelante, sin necesidad de estar de alta o situación asimilada ni acreditar período de cotización desde la declaración de incapacidad, solicitar y obtener la revisión por agravación porque concurren con las anteriores lesiones otras dolencias que le hacen acreedor del nuevo grado de incapacidad. Ello porque el artículo 143.2 de la LGSS cuando contempla la posibilidad de revisión de la incapacidad por mejoría o agravación, no se alude a “las lesiones”, sino a la eventual alteración “del estado invalidante”, lo que hace referencia a las situación completa y global del incapacitado, no sólo las concretas dolencias en que se basó el reconocimiento anterior del grado inferior de invalidez. En tales supuestos, si se desprende que el nuevo grado más elevado de incapacidad que le corresponde deriva de contingencia común y no profesional, no cabe exigirle que en ese momento reúna los requisitos previstos para acceder a esa prestación, como si se tratase de un nuevo acceso a ella derivada de un estado incapacitante distinto del anterior (STS 14 de febrero de 2006, I.L. J 246). Ahora bien, esta doctrina jurisprudencial también señala “que no es posible establecer una regla única, ni aplicar una solución unitaria válida para todos los supuestos; al contrario, para llegar a una solución correcta en cada caso, es necesario tener en cuenta las circunstancias y particularidades que en él concurren”. En este sentido, en un caso donde se plantea la exigencia de los requisitos de alta en la Seguridad Social y cumplimiento del período de carencia, deben diferenciarse los casos en los que la incapacidad inicial reconocida es la permanente total, de aquellos otros en que es la permanente parcial, pues se trata de dos situaciones distintas que presentan importantes diferencias a tales efectos. En este segundo pronunciamiento se indica que “no resulta correcto ni acomodado a razón aplicar el mismo criterio en aquellos otros supuestos en que el grado de invalidez reconocido en un principio es el de la invalidez parcial, y con la revisión se pretende obtener la total u otro grado más elevado; sobre todo en aquellos casos en que la revisión se insta bastantes años después del reconocimiento inicial y las dolencias en que la misma se funda no presentan conexión alguna con las que originaron la incapacidad parcial. Dado que este

grado de incapacidad no imposibilita totalmente para el trabajo, sino que puede llevar a cabo las actividades y funciones propias de cualquier profesión u oficio, en tales supuestos es exigible el cumplimiento de los requisitos de alta y cobertura del período de carencia propios de la prestación que se pretende obtener con tal revisión, salvo supuestos excepcionales en los que sus especiales caracteres justificasen la exención de tal exigencia (STS de 7 de febrero de 2006, I.L. J 361).

Conforme a la STS de 14 de marzo de 2006, I.L. J 257, a fecha de efectos de la prestación de IPT cuando el beneficiario ha prestado servicios hasta el momento en que se reconoce la pensión es la del cese en el trabajo, dado el principio de incompatibilidad del salario y de la prestación de invalidez para el mismo puesto de trabajo simultáneamente. Esta incompatibilidad deriva de que la función de la pensión de IPT es precisamente la sustitución de la renta de trabajo de una profesión habitual que ya no se puede desempeñar en las condiciones mínimas requeridas, y se recoge en el artículo 6 del RD 1300/1995, de 21 de julio, y en el artículo 13 de la OM de 18 de enero de 1996.

e) Compatibilidad e incompatibilidades

Aunque sea compatible la pensión por IPT con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma u otra empresa, la STSJ, Castilla y León, de 20 de febrero de 2006, I.L. J 541, realiza una interpretación restrictiva en el sentido de que debe entenderse que este otro trabajo debe ser compatible con las dolencias o secuelas objetivadas determinantes de la incapacidad. Por ello, no se reconoce el derecho a la percepción de la prestación por IPT durante un período litigioso donde el trabajador percibió salario por prestación de trabajo con características semejantes al de su profesión habitual porque ha de entenderse que durante tal periodo el trabajador no ha perdido su capacidad laboral.

El artículo 141.1 de la LGSS no formula una regla de incompatibilidad en relación con los trabajos en profesiones distintas de la de referencia, aunque tales profesiones pudieran quedar comprendidas dentro del ámbito de afectación de la limitación de la capacidad de trabajo del beneficiario (STS de 20 de marzo de 2006, I.L. J 368), sin perjuicio de que ello pudiera poner de manifiesto algún dato sobre la procedencia de la revisión conforme a lo previsto en el artículo 143.2.2.º de la LGSS. Considera que ello, incluso, se desarrolla por la Orden de 15 de abril de 1969, que establece una regulación sobre la posibilidad de pacto entre empresario y trabajador para reducir, hasta un 50% el salario cuando la invalidez afecte a la capacidad exigida para desempeñar el nuevo puesto de trabajo.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

La STS de 16 de febrero de 2006, I.L. J 122 vuelve a tratar sobre el periodo de carencia y los descubiertos de cotizaciones en el Régimen Especial Agrario superiores a seis meses,

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

pero habiendo ingresado los beneficiarios la totalidad de las cuotas adeudadas a los tres meses del fallecimiento del causante. En definitiva la cuestión es la desigualdad de trato en relación con lo que ocurre en el RETA. Esta cuestión ya fue unificada por la STS de 31 de mayo de 2004 —que vino a modificar el criterio mantenido hasta la fecha—; este nuevo criterio ha sido seguido por la de 9 de noviembre de 2004, y recientemente por la comentada en estas páginas STS de 26 de abril de 2005.

En esta nueva doctrina se mantiene que sí se tienen derecho a devengar prestaciones por muerte y supervivencia los causahabientes de trabajadores agrícolas —tanto por cuenta ajena como por cuenta propia—, cuando aún habiendo fallecido el causante con descubiertos de cotización por un periodo superior a seis meses, estas cotizaciones son abonadas con posterioridad, siempre que se reúnan los demás requisitos para acceder a ellas, y ello a pesar de la estricta regulación legal contenida en el artículo 22 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre —regulador del Régimen Especial Agrario—, pues considera esta nueva doctrina del Tribunal Supremo que la citada regulación es contraria al principio de igualdad que se contiene en el artículo 14 de la Constitución, en su comparación con el régimen que de la misma situación se contiene en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos. A tal efecto, la sentencia del Pleno dice textualmente: “bajo esta perspectiva, y en la realidad social y jurídica actual, parece que la diferente regulación contenida en el REA y en RETA respecto a la regulación del requisito de estar al corriente en el pago de prestaciones, no es objetiva ni razonable (...). Es, en definitiva, contraria a un principio elemental en materia de obligaciones y contratos, cual es el *do ut des*, que un incumplimiento, relativamente exigido en relación con la cotización total de una vida laboral, prive al asegurado de prestaciones vitales y sustanciales en el conjunto de la homogeneidad de la prestación”.

Recuérdese que el apartado segundo del artículo 28, sobre las condiciones del derecho a prestaciones, del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la seguridad social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (BOE de 15 de septiembre de 1970, corrección de errores en el BOE de 30 de septiembre de 1970), establece que, “es asimismo condición indispensable para tener derecho a las prestaciones a que se refieren los apartados a) a e) del número 1 del artículo anterior, con excepción del subsidio de defunción, que las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación. No obstante, si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este Régimen Especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación, la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas. Si el interesado, atendiendo la invitación, ingresase las cuotas adeudadas dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, se le considerará al corriente en las mismas a efectos de la prestación solicitada. Si el ingreso se realizase fuera de dicho plazo, se concederá la prestación menos un 20 por 100, si se trata de prestaciones de pago único y subsidios temporales; si se trata de pensiones, se concederán las mismas con efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas.”

C) Cuantía de las pensiones

La cuestión objeto de controversia en la **STS de 28 de febrero de 2006**, I.L. J 362, es determinar los efectos sobre la cuantía de la prestación de viudedad —regla de la prorratea del tiempo convivido—, en un supuesto en el que, tras la separación legal de los cónyuges, se reanuda la convivencia, pero ésta no es comunicada al órgano judicial competente. En efecto, el artículo 174.2 de la LGSS dispone que en el supuesto de separación la pensión de viudedad corresponderá al supérstite en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, y por otro lado, el artículo 84.1 del Código Civil dispone que “la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio”. Esto supone que mientras no dicte nueva resolución judicial, la vuelta a la convivencia conyugal resulta legalmente inexistente. Por tanto, cuando la reconciliación no se comunica, “se está ante una reanudación de hecho de la convivencia que, si bien puede tener efectos ante los cónyuges (...), no produce tales efectos ante terceros, condición que tiene obviamente la Entidad Gestora de la Seguridad Social, pues por razones de seguridad la reconciliación tiene que estar vinculada a un reconocimiento oficial” (STS de 2 de febrero de 2005); en conclusión, es necesario que los cónyuges, es decir los dos y no uno solo, la pongan en conocimiento del juez civil que entendió de la separación, para que pueda hablarse de convivencia con relevancia jurídica a efectos de la cuantía de la pensión.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

M.^a NIEVES MORENO VIDA

ÁNGEL J. GALLEGO MORALES

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

SUSANA DE LA CASA QUESADA

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL**Sumario:**

1. Cuestiones preliminares. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social. A) Organización. B) Actas de liquidación. 3. Derecho Administrativo Sancionador. Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

El objetivo de esta crónica está dirigido a dar cuenta de los pronunciamientos judiciales en relación con el Derecho Administrativo Laboral se han dictado en los últimos meses, los cuales aparecen reproducidos en los números 1, 2, 3 y 4 (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.

Así, en primer lugar, hay que mencionar la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Y es que, su Disposición Final Primera procede a modificar la LISOS para introducir una serie de infracciones administrativas relacionadas con la materia en cuestión. En este sentido, incorpora un nuevo apartado 12 en el artículo 2 –sujetos responsables–; un apartado 3 en el artículo 5 –concepto de infracción laboral–; una subsección 4ª y un artículo 10bis a la sección 1ª del capítulo II –catálogo de infracciones laborales–.

En segundo lugar, algo similar sucede con la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector construcción. En efecto, la Disposición Adicional Primera introduce también unas modificaciones en la LISOS con idéntico propósito. Así, incorpora un nuevo apartado –el 16– en el artículo 8– infracciones en materia de relaciones laborales, individuales y colectivas, muy graves–; dos nuevos apartados –6 y 7– en el artículo 11 –infracciones leves en materia de prevención de riesgos laborales–; tres nuevos

apartados –27, 28 y 29– en el artículo 12 –infracciones graves en materia de prevención de riesgos laborales–; tres nuevos apartados –15, 16 y 17– en el artículo 13 –infracciones muy graves en materia prevención de riesgos laborales–.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Organización

Los pronunciamientos judiciales sobre esta materia se centran, como de costumbre, en cuestiones relativas a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, y, dentro de ellas, en aspectos relacionados con ajustes contables efectuados al hilo de las auditorías a las que se encuentran sometidas las entidades en cuestión.

A ello se refiere la **STS de 17 de enero de 2006**, Sala Tercera, I.L. J 81, donde la Mutua actuante recurría los ajustes contables que se le habían practicado en materias tales como los gastos del mantenimiento del inmueble como usuaria, la obligación de incluir en la provisión para contingencias en tramitación los asuntos relativos a prestaciones en descubierto prolongado de la empresa con responsabilidad directa de la misma y subsidiaria del INSS en insolvencia de la primera o las relativas a expedientes que se encuentran recurridos por los beneficiarios en demanda de mayor grado o incremento de cuantía de la prestación.

Pues bien, al tratarse un recurso de casación en unificación de doctrina, la falta de la triple identidad de supuestos entre la sentencia recurrida y la alegada como contradictoria, necesaria para la interposición del recurso en cuestión, determinan que el TS no entre a conocer del fondo del asunto.

B) Actas de liquidación

Una segunda referencia en este ámbito es la concerniente a las actas de liquidación. Pues bien, 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 tales actas a los efectos de acceso a los recursos de casación y casación para la unificación de la doctrina.

Así, por un lado, se encuentra la relacionada con la aclaración sobre el régimen transitorio de recursos que procede respecto las sentencias dictadas en materia de impugnación de actas de liquidación que emanen de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la vigente Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero mediante las que se resuelvan recursos contencioso-administrativos pendientes antes de esa fecha. Pues bien, las **SSTS de 25 de enero de 2006**, I.L. J 83, y **de 16 de enero de 2006**, I.L. J 88, ambas de la Sala Tercera, en línea con múltiples pronunciamientos anteriores ya comentados en otras crónicas, recuerdan una vez más que,

XI. Administración Laboral

cuando por aplicación de la ley precedente el recurso contencioso-administrativo haya sido resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en asuntos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 29/1998 que, conforme a ésta, ahora corresponderían a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, el régimen de recursos para estas sentencias es el fijado en la nueva Ley para las sentencias de segunda instancia, frente a las que, conforme a su normativa, no cabe recurso de casación ni ordinario ni para la unificación de doctrina.

Por otro lado, las señaladas sentencias, así como las SSTS de 12 de enero de 2006, I.L. J 84; de 17 de enero de 2006, I.L. J 85; de 11 de enero de 2006, I.L. J 86; de 18 de enero de 2006, I.L. J 87; de 17 de enero de 2006, I.L. J 89; de 17 de enero de 2006, I.L. J 90; de 25 de enero de 2006, I.L. J 91; y de 17 de enero de 2006, I.L. J 92; todas de la Sala Tercera, también 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: 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. JURISPRUDENCIA SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES POR MATERIAS. INFRACCIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

El último apartado a analizar en esta crónica se relaciona con el derecho administrativo sancionador, materia en la que no ha aparecido prácticamente ningún pronunciamiento en el período de referencia. En efecto, la única sentencia a destacar sería la STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2006, I.L. J 428, relativa a la compatibilidad entre el recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad y la sanción administrativa.

Los hechos analizados por la sentencia parten de un accidente de trabajo en una obra de construcción con el resultado de la muerte del trabajador, concurriendo un incumplimiento en las medidas de seguridad, en concreto, la falta de instalaciones protectoras. A partir de ahí, se impone una sanción administrativa y un recargo de prestaciones sobre la empresa encargada de la obra, y solidariamente al promotor de la misma.

Este sujeto ataca la imposición del recargo por dos razones: por un lado, por incompatibilidad con la sanción administrativa; por otro lado, por inaplicabilidad del artículo 42 ET, ya que la obra encargada no puede entenderse como perteneciente a su propia actividad.

Ambos motivos son rechazados por el TSJ: por un lado, recuerda que el recargo y la sanción son compatibles; por otro, que en la alegación relacionada con la inaplicabilidad del artículo 42 ET no puede prosperar pues:

“cuando en un mismo centro de trabajo desarrollan su actividad trabajadores de varias empresas, éstas han de cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención laboral, coordinándose entre sí (artículo 24.1 LPRL), correspondiendo al titular del centro la dirección de este trabajo (artículo 24.2). Estos preceptos han tenido su desarrollo en el RD 1627/1997, de 24 de octubre, que establece disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción (...)

(...) entre las obligaciones de la empresa recurrente, como promotora, se encontraba en la fase de redacción del proyecto, la elaboración de un estudio de seguridad y salud. Siquiera fuese un estudio básico, lo que no consta, por lo que existe una responsabilidad del empresario principal, o promotor, ante la ausencia de dicho plan de seguridad, en el que se identificaran los riesgos y se especificaran las medidas preventivas y protecciones técnicas, incluidas las previsiones e informaciones necesarias para ejecutar los trabajos correspondientes. Existe, por tanto, un incumplimiento de normas de seguridad, cuya infracción resulta elemento causal del accidente, circunstancia que determina la procedencia del recargo, aunque se trate de un trabajador que no prestaba servicios para la recurrente, pues en esta materia la Sala de lo Social del TS ha admitido la imposición del recargo al empresario principal que infringe las normas de seguridad laboral relevantes en la producción de accidente sufrido por un trabajador de una contrata suya, sea o no sea de la misma actividad (...)

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) Reembolso por la empresa de indemnización por responsabilidad civil. Trabajador declarado penalmente responsable por un accidente de trabajo. B) Existencia de relación laboral. a) Profesores de Ministerios. b) Becario. Universidad. c) Odontólogos. d) Transportista. e) Subagentes de seguros. C) Acceso a la condición de trabajador fijo en una sociedad estatal. D) Competencia funcional. Conflicto colectivo: alcance. E) Administración Pública. Actuación como empleador. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Administradores sociales. Acción de responsabilidad individual. B) Función pública y negociación colectiva. C) Personal estatutario de la Seguridad Social. D) Expediente de regulación de empleo. Impugnaciones individuales. E) Conflicto colectivo de interés o económico. F) Inexistencia de relación laboral. Cargo directivo de Sindicato. G) Datos personales. Indemnización de daños y perjuicios. **4. Conciliación extrajudicial.** A) No puede sustituir a la reclamación previa. Cooperativas. B) Nulidad del acto de conciliación. **5. Demanda. 6. Acumulación de acciones. 7. Excepciones.** A) Caducidad. B) Cosa juzgada. C) Falta de legitimación activa. D) Inadecuación de procedimiento. E) Litispendencia. F) Prescripción. **8. Práctica de la prueba.** A) Prueba documental. B) Grabación de conversación. C) Interrogatorio de las partes. D) Carga de la prueba. E) Valoración de la prueba. **9. Sentencia.** A) Incongruencia. a) Existencia. b) Inexistencia. B) Igualdad en la aplicación de la ley. **10. Despido. Salarios de tramitación.** A) Alcance temporal. Trabajos fijos discontinuos. B) Exención. ¿Error excusable? C) Contratas y subcontratas. D) Limitación temporal. Depósito judicial vs. transferencia bancaria. **11. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso. Afectación general. B) Modificación de hechos probados. a) Documentos y pruebas inhábiles. b) Mediante el escrito de impugnación. C) Contra autos. **12. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Cuestión nueva. B) Falta de contenido casacional. C) Contradicción.

Requisitos. D) Cuantía litigiosa. Cuotas por débitos a la Seguridad Social. **13. Recurso de casación. Necesidad de invocar la infracción legal. 14. Recurso de revisión.** A) Maquinación fraudulenta. B) Documentos que habilitan el recurso. C) Caducidad. **15. Recurso de amparo. Agotamiento previo de la vía judicial. 16. Ejecución de sentencia. 17. Costas.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 1 a 4 (ambos inclusive) del año 2006 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*. En relación con la exención del devengo de los **salarios de tramitación**, resulta especialmente interesante la doctrina contenida en varias sentencias de la Sala Cuarta del TS respecto del concepto de error excusable en el cálculo y depósito de la indemnización por despido improcedente, así como el contundente pronunciamiento de la STS de 21 de marzo de 2006 sobre la imposibilidad de que una transferencia bancaria a la cuenta del trabajador demandante pueda tener los mismos efectos que el depósito judicial de la indemnización. Del mismo modo, se destacan las SSTS de 23 de enero y 7 de abril de 2006, dictadas en unificación de doctrina; ambas sentencias declaran que, al amparo de la nueva redacción del artículo 182 LOPJ, los sábados son días inhábiles para el cómputo del plazo de caducidad de la acción del despido.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Reembolso por la empresa de indemnización por responsabilidad civil. Trabajador declarado penalmente responsable por un accidente de trabajo

La STS de 26 de enero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 67, declara que el orden social es competente para conocer de la acción de reintegro ejercitada por el trabajador que fue declarado responsable directo de un ilícito penal, como consecuencia de un accidente de trabajo, y que se hizo cargo de abonar la indemnización que ahora reclama al empleador (responsable civil subsidiario en vía penal), al considerarse una cuestión surgida de la relación laboral.

B) Existencia de relación laboral

a) Profesores de Ministerios

La STS de 6 de febrero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 124, considera que existe relación laboral en el caso de una profesora de inglés contratada por el Ministerio de Defensa para

XII. El Proceso Laboral

impartir clases a militares, bajo supervisión del Director pedagógico del centro y con sometimiento a la programación y horarios que le fueron fijados. En el mismo sentido, la STS de 23 de marzo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 280, desestima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado y estima que existe relación laboral entre cuatro profesores contratados bajo contrato administrativo por el Ministerio de Asuntos Exteriores, ya que a los mismos no se les exigía el resultado propio de un arrendamiento de obras, sino el desarrollo de su actividad como profesores de sus respectivas asignaturas.

b) Becario. Universidad

La STS de 4 de abril de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 393, considera a la jurisdicción social competente para conocer de la demanda interpuesta por un becario de la Universidad, al determinar que la finalidad fundamental del vínculo con la misma no fue la de contribuir a la formación del becario, sino obtener un trabajo necesario para el funcionamiento o la actividad de gestión del concedente de la beca.

c) Odontólogos

Las SSTSJ de Valencia de 10 y 17 de enero de 2006, I.L. J 447 y 491, consideran que existe relación laboral entre los demandantes odontólogos que prestan sus servicios para una clínica dental, bajo un contrato mercantil, ya que realizan el trabajo bajo la dependencia y organización y dirección de la demandada, que establece el horario y programa el trabajo de los actores, en su centro de trabajo y con materiales humanos de la demandada, percibiendo una retribución periódica, pese a que las consecuencias del impago de las facturas por el cliente las asuman los odontólogos.

d) Transportista

La STSJ de Madrid de 21 de febrero de 2006, I.L. J 549, estima que existe relación laboral en los servicios prestados por un transportista de mercancías con vehículo propio, para el que no es necesario la existencia de autorización administrativa, al prestarse los servicios de forma exclusiva, durante todos los días laborables y siguiendo las órdenes del jefe de tráfico de la empresa demandada.

e) Subagentes de seguros

La STSJ de Madrid de 10 de enero de 2006, I.L. J 451, declara que existe relación laboral de unos subagentes de seguros codemandados por la Inspección Provincial de Trabajo, al concurrir las notas de dependencia y subordinación al agente de seguros.

C) Acceso a la condición de trabajador fijo en una sociedad estatal

La STS de 11 de abril de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 415, casa y anula la sentencia dictada por la AN y declara competente al orden jurisdiccional social para conocer de la impugnación de convocatorias de pruebas para la obtención de condición de trabajador fijo, al

tratarse la empresa demandada de una sociedad estatal cuyas actividades deben ajustarse al derecho privado.

D) Competencia funcional. Conflicto colectivo: alcance

La STS de 21 de marzo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 369, establece que la competencia funcional para conocer de una demanda de conflicto no deriva del alcance territorial de la norma o decisión que se trata de interpretar o aplicar, sino del alcance o área a la que se contrae el conflicto. En este caso, la decisión empresarial discutida sólo se planteaba en relación con un centro de trabajo, por lo que será competente el Juzgado de lo Social de la circunscripción a la que pertenezca ese centro.

E) Administración Pública. Actuación como empleador

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de enero de 2006, I.L. J 480, considera al orden jurisdiccional social competente para conocer de una demanda de daños y perjuicios interpuesta contra la Administración Pública demandada, que denegó un permiso por asuntos propios, al considerar que el daño causado a la actora no nace de un acto administrativo sino de una actuación empresarial.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Administradores sociales. Acción de responsabilidad individual

Las SSTS de 24 de enero, y de 7 y 8 de febrero de 2006, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 22, 118 y 144, determinan que la jurisdicción social es incompetente para conocer demandas de acción de responsabilidad individual de los administradores sociales por infracción de los deberes que les imponen los artículos 133.1 y 265.5 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, pero no para aquellos supuestos en los que el trabajador pretende que la condena recaiga sobre su auténtico empleador en base a la doctrina del Grupo de empresa laboral.

B) Función pública y negociación colectiva

La STS de 31 de enero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 50, reitera la doctrina de considerar incompetente a la jurisdicción social para conocer sobre las controversias en materia de tutela de la libertad sindical de los funcionarios públicos y, en particular, la impugnación de convocatorias y reuniones que afecten a la negociación colectiva de los mismos.

C) Personal estatutario de la Seguridad Social

El Tribunal Supremo, en sus SSTS de 14 y 21 de febrero, 16 de marzo y 11 de abril de 2006, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 148, 250, 375, y 404, recuerdan –confirmando

XII. El Proceso Laboral

su doctrina anterior— que tras la derogación del artículo 45 LGSS de 1974 por la Ley 55/2003, son competentes los Juzgados y Tribunales del Orden Contencioso-Administrativo para el conocimiento de los litigios del personal estatuario de la Seguridad Social. En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de 2 de enero de 2006, I.L. J 300, declara la incompetencia del Orden Jurisdiccional Social para el conocimiento de un litigio sobre la gratuidad de los tiques restaurante de dicho personal estatuario.

D) Expediente de regulación de empleo. Impugnaciones individuales

Las SSTs de 23 de enero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 202 y J 288, estiman la incompetencia del Orden Jurisdiccional Social para conocer de reclamaciones individuales contra los acuerdos alcanzados en expedientes de regulación de empleo —el alcance de las compensaciones en él acordadas—, y autorizados por las correspondientes resoluciones administrativas. Sin embargo, ambas sentencias cuentan con el Voto Particular de dos Magistrados que reclaman la competencia de la jurisdicción social en el caso de que se discrepe del alcance del acuerdo suscrito por empresario y trabajadores que simplemente “homologa” la autoridad administrativa competente.

E) Conflicto colectivo de interés o económico

La STS de 7 de febrero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 240, establece la falta de competencia del orden social para conocer de los conflictos colectivos de interés o económicos, es decir, los que tienen por finalidad dar una nueva redacción a un artículo del convenio colectivo, añadiendo cláusulas que sólo pueden ser fruto del acuerdo de los negociadores.

F) Inexistencia de relación laboral. Cargo directivo de Sindicato

La STSJ de Valencia de 11 de enero de 2006, I.L. J 493, considera que la relación entre el actor que realiza la funciones propias de un sindicalista simultaneando las mismas con las propias de los cargos de dirección y representación del sindicato, tiene naturaleza meramente asociativa y no laboral que debe plantearse ante la jurisdicción civil.

G) Datos personales. Indemnización de daños y perjuicios

La STSJ de Cantabria de 13 de febrero de 2006, I.L. J 569, acoge la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por al empresa demandada, y se declara incompetente para conocer de la demanda de daños y perjuicios interpuesta por un trabajador, por utilizar la Empresa sus datos personales en tres cartas remitidas a clientes con posterioridad a la fecha de su despido.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

A) No puede sustituir a la reclamación previa. Cooperativas

La STS de 12 de abril de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 417, desestima el recurso interpuesto por una socia trabajadora de una cooperativa, confirmando la caducidad del despido. Considere-

ra el TS que, de acuerdo con el artículo 16.4 de la Ley de Cooperativas (Ley 27/1999, de 16 de julio), es preceptiva la reclamación previa a la Cooperativa, sin que dicha reclamación pueda sustituirse por intento de conciliación ante el SMAC u órgano equivalente.

B) Nulidad del acto de conciliación

La STSJ de Cataluña de 26 de enero 2006, I.L. J 426, revoca la sentencia de instancia que desestimó la demanda por despido interpuesta por la trabajadora, y declara la nulidad del acto de conciliación, en el que la empresa reconoció la improcedencia del despido y declaró haber consignado unas cantidades y su compromiso a abonar el resto de forma aplazada. El TSJ considera que, constando acreditada la existencia de dolo empresarial, al no haber consignado nunca las cantidades que manifestó en el acta, se ha obtenido mediante engaño la voluntad de la parte, que sólo consintió en la creencia de que era cierta la afirmación empresarial realizada en la conciliación.

5. DEMANDA

El Juzgado de lo Social requirió el actor para que subsanase los defectos de su demanda, sin especificar dichos defectos tal y como exige el artículo 81 LPL. El actor, en tiempo y forma, solicitó por medio de un recurso de reposición que se le especificasen los referidos defectos para proceder a su subsanación; aun a pesar de ello, el Juzgado archivó su demanda. La STC 19/2006, de 30 de enero (recurso de amparo 4554/2002), I.L. J 94, concede el amparo solicitado, al entender que el Juzgador le negó injustificadamente su derecho de acceso al proceso.

6. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

La STS de 4 de abril de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 414, admite que se acumule una acción de reclamación de salarios y otra de reclamación de subsidio por IT a cargo de la empresa y previsto en el convenio colectivo, al no darse el supuesto previsto en el artículo 27.3 LPL: lo que se reclama es un complemento voluntario a cargo de la empresa y no una prestación de Seguridad Social. Por su parte, la STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2006, I.L. J 427, considera que en el proceso de despido debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido, sin que deba entenderse que, en contra del artículo 16 LPL, se acumula indebidamente una reclamación inadecuada.

7. EXCEPCIONES

A) Caducidad

La importante STS de 23 de enero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 21, unifica la doctrina en orden a los efectos que debe producir, en el cómputo del plazo de 20 días para accionar

XII. El Proceso Laboral

contra despido, la declaración de inhabilidad de los sábados a efectos procesales desde la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 182 LOPJ. Concluye el Tribunal que los sábados han pasado a ser días inhábiles en el orden social de la jurisdicción, a todos los efectos, incluido el del ejercicio de la acción de despido. Al amparo de esta doctrina unificada, la **STS de 7 de abril de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 416, reitera que los sábados son inhábiles tanto para actos preparatorios (conciliación y reclamación previas) como para la presentación de la demanda de despido. Por su parte, la **STS de 17 de enero de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 17, declara que, como la Sala ha reiterado en numerosas sentencias, los plazos establecidos en el artículo 512 LEC para interponer la demanda de revisión son de caducidad, constituyendo carga procesal de la parte demandante concretar con exactitud el día inicial en que tuvo conocimiento del hecho alegado como causa de revisión, así como acreditar los datos necesarios que pongan de relieve su cumplimiento. De otro lado, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 23 de enero de 2006**, I.L. J 160, declara que la acción relativa al disfrute de las vacaciones anuales, fuera del año natural de su devengo, no está sujeta al plazo de caducidad de 20 días establecido en el artículo 125.a) LPL, sino al plazo establecido en la letra b) de esa misma disposición, que establece que la demanda debe ser presentada, al menos, con dos meses de antelación a la fecha de disfrute pretendida por el trabajador, cuando dicha fecha no esté señalada. En materia de impugnación de expulsión de trabajadores socios de cooperativas, la **STS de 12 de abril de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 417 declara que la interposición de la conciliación previa ante el correspondiente servicio administrativo no suspende el plazo de caducidad de la acción, por ser un acto innecesario a la luz de la normativa de cooperativas vigente. Finalmente, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de febrero de 2006**, I.L. J 544, desestima la excepción de caducidad al entender que el plazo de de 20 días para impugnar una modificación sustancial de condiciones sólo opera cuando la empresa cumple los requisitos formales establecidos en el artículo 41 ET. Si no los cumple, el trabajador puede acudir al cauce del procedimiento ordinario o al de conflicto colectivo si se ejercita acción de esta naturaleza.

B) Cosa juzgada

La **STS de 20 de febrero de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 150, aprecia el efecto positivo de la cosa juzgada de una sentencia dictada en procedimiento de conflicto colectivo sobre un proceso individual que se planteó después sobre el mismo objeto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158.3 LPL. Por su parte, la **STS de 15 de febrero de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 190, también aprecia el efecto positivo de la cosa juzgada en un proceso de impugnación de convenio colectivo, por entender que el convenio impugnado no introdujo una norma nueva, sino que mantuvo una previsión que ya fue declarada constitucional por sentencia firme, cumpliéndose entre el presente procedimiento y el anterior las identidades objetivas y subjetivas legalmente exigidas para apreciar esta excepción. Por el contrario, la **STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2006**, I.L. J 550, señala que no existe disposición legal que imponga la cosa juzgada, en un proceso en el que se reclama una indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad civil del empresario en materia de accidente de trabajo, respecto de uno posterior por recargo de prestaciones derivadas del mismo accidente, ya que son responsabilidades de distinta naturaleza y alcance.

C) Falta de legitimación activa

Las SSTs de 3 de marzo de 2006, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 382 y 388, desestiman la demanda de revisión planteada por la sociedad actora por falta de legitimación activa, pues dicha sociedad no fue condenada por la sentencia cuya rescisión se pretende. Además, las sentencias analizan de oficio la concurrencia de dicha excepción pues, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del TS, la legitimación constituye una cuestión ligada indisolublemente al interés legítimo que hay que poseer para accionar y ejercitar el derecho a la tutela judicial efectiva, y como tal, puede ser examinada de oficio por el órgano jurisdiccional. Por otro lado, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de enero de 2006, I.L. J 540, confirma la falta de legitimación activa *ad causam* de un Sindicato para impugnar un proceso de selección de personal, por no ser titular de un interés legítimo relacionado con el objeto del proceso.

D) Inadecuación de procedimiento

La STS de 21 de febrero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 193, desestima la excepción de inadecuación de procedimiento de impugnación de convenio –y confirma la SAN– en una acción por la que se pretendía interpuesta por un sindicato la nulidad de un acuerdo colectivo. El TS fundamenta su decisión, no sólo en el hecho de que dicho acuerdo regulaba condiciones de empleo, sino en que el artículo 163 LPL designa como posible objeto de impugnación a los convenios colectivos “cualquiera que sea su eficacia”, por lo que deben entenderse incluidos los pactos extraestatutarios como el impugnado en este procedimiento. Por otro lado, aplicando la consolidada doctrina del TS acerca de los elementos definitorios del conflicto colectivo, la STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2006, I.L. J 349, estima inadecuado el procedimiento de conflicto colectivo instado, pues considera que no se estaba solicitando la interpretación de un artículo del convenio en cuestión, sino su aplicación particular a tres casos concretos, por lo que el conflicto no afectaba a un grupo homogéneo de trabajadores de la empresa. Finalmente, la STS de 25 de abril de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 409, estima adecuado el procedimiento preferente y sumario de protección jurisdiccional del derecho a la libertad sindical instado por un sindicato, al que la empresa no acusó recibo del preaviso de promoción de elecciones sindicales, alegando determinados obstáculos legales, en lugar del proceso especial en materia electoral. Entiende el TS que el derecho a promover elecciones previsto en el artículo 67.1 ET forma parte del contenido adicional del derecho a la libertad sindical y, por tanto, es propio de una demanda de tutela de este derecho constitucional, al acomodarse a lo previsto en el artículo 180 LPL.

E) Litispendencia

La STS de 23 de enero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 62, tras realizar un análisis doctrinal sobre las diferencias y similitudes existentes entre la excepción de cosa juzgada y la litispendencia, acaba desestimando la concurrencia de la excepción de litispendencia, por no concurrir la identidad de todos los elementos esenciales de ambos procesos. En el

XII. El Proceso Laboral

primero de ellos, se discutía sobre la validez del acuerdo de expulsión de un sindicato de la confederación sindical de la que formaba parte. En el segundo, en el que se alegó la citada excepción, se discutía si el referido sindicato podía seguir usando su denominación, a pesar de la expulsión, al amparo del artículo 4.2ª LOLS. Concluye el Tribunal que aunque ambas cuestiones están íntimamente relacionadas, ello podría haber servido de base para el efecto positivo de la cosa juzgada, caso de haberse dictado antes la sentencia en el primer proceso, pero no tiene la fuerza suficiente para impedir la decisión del segundo proceso. Por su parte, la **STS de 8 de marzo de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 262, sí estima la excepción de litispendencia, dado que cuando se presentó la demanda en cuestión, pendía ante el TS un recurso de casación sobre el mismo objeto –la aplicación de una serie de incrementos de convenio a un determinado colectivo de trabajadores–, y ello a pesar de que los demandantes, en cada una de las demandas, eran sindicatos distintos, pues como sostiene el Alto Tribunal, “(...) cuando el interés controvertido pertenece a los trabajadores, la personalidad de quien los represente en juicio carece de trascendencia a efectos de litispendencia, lo que no permite reiterar idéntica pretensión por sindicato diferente en ulterior proceso (...)”. La **STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2006**, I.L. J 299, desestima la excepción de litispendencia alegada en un proceso de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, con respecto a otro anterior de tutela de derechos fundamentales que interpuso el mismo trabajador. Concluye el Alto Tribunal que el primer proceso no actúa como prejudicial en el proceso de despido, al versar ambas reclamaciones sobre cuestiones distintas.

F) Prescripción

La **STS de 20 de enero de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 60, considera prescrita la acción de reclamación de liquidación salarial, porque el cómputo del plazo para interponer dicha acción, en caso de despido, comienza en la fecha misma del despido, y no en la que fue firme la sentencia dictada en el proceso de despido. Por su parte, la **STS de 31 de enero de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 74, fija como *dies a quo* de la acción interpuesta por la Mutua en reclamación del reintegro de lo indebidamente abonado por ella en concepto de IT y asistencia sanitaria, el día del abono al accidentado de cada una de las cantidades reclamadas, y no la fecha en la que el trabajador fue declarado en situación de incapacidad permanente total. La **STS de 1 de febrero de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 109, admite la excepción de prescripción, por cuanto el traspaso de una serie de trabajadores a la concesionaria de determinados servicios aeroportuarios fue declarada anulable, no nula de pleno derecho; en consecuencia, la acción contra dicha subrogación no era imprescriptible, sino que estaba sujeta al plazo de prescripción fijado en el artículo 59.1 ET. Por el contrario, la **STS de 9 de febrero de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 243, desestima la excepción de prescripción, estableciendo un único día inicial para instar la acción en reclamación del recargo de prestaciones derivadas de un accidente de trabajo: la fecha en la que finaliza el último expediente incoado ante la Seguridad Social en reclamación de prestaciones. En materia salarial, las **SSTS de 1, 6 y 23 de marzo y 10 de abril de 2006**, I.L. J 219, 307, 370 y 400, todas de la Sala Cuarta, declaran que, en las reclamaciones de pagas extraordinarias interpuestas por trabajadores con el contrato suspendido en virtud de pacto de prejubilación, debe considerarse prescrita la deuda únicamente durante el período anterior al último año a contar desde la reclamación, por aplicación del artículo 59.2 ET, al ser obligaciones

de tracto sucesivo. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Valencia de 24 de enero de 2006**, I.L. J 496, que por otro lado señala que dado que los prejubilados, como el actor, forman parte del personal pasivo y su situación está orientada a la jubilación ordinaria o anticipada, debe aplicarse a las deudas derivadas de dicha situación el plazo de prescripción quinquenal del artículo 43.1 LGSS. También en materia salarial, la **STSJ de Extremadura de 19 de enero de 2006**, I.L. J 328, declara prescrita la reclamación de un plus de antigüedad al haber transcurrido el plazo de un año previsto en el artículo 59.1 ET, ya que el trabajador pudo reclamarlo mes a mes, momento en el cual comenzaba el cómputo del plazo para la reclamación de cada una de las cantidades mensuales. Esta misma sentencia, en materia de horas extraordinarias, establece que el plazo de prescripción para reclamar su compensación en metálico comienza cuando transcurren los cuatro meses durante los cuales el empresario, a falta de pacto, debe compensarlas con descanso. En esta misma materia, la **STSJ de Cantabria de 13 de febrero de 2006**, I.L. J 569, declara que ha de admitirse la interrupción del plazo de prescripción en todos aquellos casos que medien actos del interesado que manifiesten la voluntad de conservar el derecho, como el del actor, que desistió de su demanda, pero volvió a interponer la misma reclamación posteriormente dentro de plazo.

8. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Prueba documental

El informe emitido por un detective privado no es prueba documental en sentido técnico, sino la plasmación por escrito de una prueba testimonial que ha de ser ratificada ante el Juez a quo. Ésta es la conclusión que alcanza la **STS de 3 de febrero de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 138. La **STS de 31 de enero de 2006**, Sala Cuarta, I.L. J 232, a efectos de determinar la existencia de contradicción entre las sentencias de contraste, distingue entre documentos a los que se imputa falta de veracidad (finiquito al que se niega su valor liberatorio y extintivo), y otros en los que incurre manipulación, alteración o simulación de su contenido (el finiquito fue firmado en blanco por el actor antes de iniciar su relación laboral), de forma que los primeros no pueden calificarse de “falsos” mientras que a los segundos les es aplicable lo dispuesto en el artículo 86.2 LPL.

B) Grabación de conversación

En relación con la admisión y práctica de la grabación de una conversación privada mediante una cinta magnetofónica, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 23 de enero de 2006**, I.L. J 159, realiza los siguientes razonamientos rechazando la nulidad de actuaciones alegada por la parte demandada: (i) no es exigible legalmente que a la contraparte se le traslade esta prueba con anterioridad al acto de la vista (el artículo 289.2 LEC establece que será inexcusable la presencia judicial en la reproducción de palabras, sonidos e imágenes); (ii) la transcripción escrita de la grabación es una facultad de la parte que pretende hacer valer la prueba para garantizar una mejor apreciación de la misma, pero

XII. El Proceso Laboral

no tiene naturaleza obligatoria; (iii) no es ilícita la prueba por haberse obtenido sin control judicial, ya que no es trasladable a este proceso la doctrina constitucional sobre escuchas telefónicas, ni se está ante un procedimiento penal —siendo por tanto inaplicables las mismas garantías procesales—; (iv) tras la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, no constan circunstancias que conlleven la declaración de haberse vulnerado derechos fundamentales del demandado, y (v) finalmente, el demandado no efectuó protesta en tiempo y forma en relación con todas esas manifestaciones, ni alegó falsedad de la grabación. Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2006**, I.L. J 474, analiza un supuesto similar en el que también se admite esa prueba.

C) Interrogatorio de las partes

En un supuesto en el que la parte actora solicitó el interrogatorio (antes, confesión) del representante de la demandada, admitiéndose expresamente esta prueba por el Juzgado, la **STSJ de Madrid de 24 de enero de 2006**, I.L. J 454, analiza si la injustificada incomparencia de la demandada conlleva la aplicación de la *ficta confessio*. La sentencia razona diciendo que lo establecido en el artículo 91.2 LPL no es una obligación sino una facultad del juzgador *a quo*, y que la fuerza probatoria de dicho interrogatorio debe apreciarse en combinación con los otros medios de prueba para formar su convicción. No obstante, como quiera que en el caso de autos se evidencia que ésta era la única prueba al alcance del actor para acreditar su pretensión, la imposibilidad de su práctica le causa indefensión y grave perjuicio, debiendo aquí aplicarse la citada *ficta confessio*. Sobre esta misma cuestión se pronuncian las **SSTSJ de Madrid y de Valencia de 10 y 11 de enero de 2006**, I.L. J 518 y 498, en las que también se declara que la aplicación de la *ficta confessio* es una facultad del juez de instancia.

D) Carga de la prueba

En un procedimiento en el que se reclama por el trabajador una retribución variable en función de los resultados de la empresa, la **STSJ de Extremadura de 5 de enero de 2006**, I.L. J 163, establece que, aun cuando corresponde a la parte actora la carga de probar la certeza de los hechos que fundamentan su pretensión, no puede olvidarse lo dispuesto en el artículo 217.6 LEC, en relación con la disponibilidad y facilidad probatoria de cada parte. De esta forma, como quiera que en el caso analizado era la empresa quien tenía todos los datos y medios oportunos para acreditar los resultados económicos y las operaciones en las que había intervenido el actor a efectos del devengo de la retribución variable devengada, es a ésta a quien corresponde la carga de la prueba, dada esa disponibilidad y facilidad probatoria. Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2006**, I.L. J 295, declara que la empresa tiene la carga de probar la inexistencia de vacante cuando el trabajador haya instado la efectividad del reingreso tras la finalización del plazo de una excedencia voluntaria.

E) Valoración de la prueba

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de enero de 2006**, I.L. J 482, razona sobre la valoración de la prueba y declara que su apreciación es “(...) facultad que

corresponde al órgano judicial de instancia, que debe ser libremente ejercitada por el mismo, con el único requisito de que no resulte arbitraria, ilógica, irracional y absurda y se encuentre además debida y suficientemente motivada. Se cita a estos efectos las SSTC 44/1989, de 20 de febrero y 14/1991, de 28 de enero. La STSJ de Navarra de 6 de febrero de 2006, I.L. J 545, recoge idéntico razonamiento.

9. SENTENCIA

A) Incongruencia

a) Existencia

La STC 4/2006, de 16 de enero (recurso de amparo 6196/2001), I.L. J 95, estima que la sentencia de suplicación incurre en incongruencia al no dar respuesta a lo solicitado en el escrito de impugnación del recurso. Según el TC, esta falta de respuesta conllevaría que la impugnación del recurso de suplicación se convirtiera en un derecho meramente formal, cuando lo cierto es que el recurrido tiene un derecho efectivo a recibir respuesta congruente del Tribunal que considere sus alegaciones. En consecuencia, el TC estima la existencia de vulneración del derecho de tutela judicial efectiva, estimando la demanda de amparo.

b) Inexistencia

No existe incongruencia cuando entre la pretensión ejercitada en la demanda y la resolución judicial “(...) existe una máxima concordancia y correlatividad, que afecta tanto a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico-procesal, como a la acción ejercitada (...)”. Éste es el razonamiento esgrimido por la STS de 14 de marzo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 277, al declarar la inexistencia de incongruencia *extra petita* alegada por el recurrente. Tampoco se estima la incongruencia alegada por la empresa recurrente el suplicación según la STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de febrero de 2006, I.L. J 337, que confirma la de instancia declarando la nulidad del despido del actor. La recurrente entiende que sólo se pidió que el despido fuera declarado improcedente, mientras que el Tribunal *ad quem* estima que ello es incierto en la medida en que, si bien el suplico adolece de cierta inconcreción, tanto en el encabezamiento de la demanda como en los hechos de la misma la pretensión de nulidad queda clara y concisa con fundamento en la vulneración del derecho de indemnidad de la parte demandante, siendo igualmente irrefutables las pruebas practicadas al efecto. El Fundamento de Derecho 3º de la STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de febrero de 2006, I.L. J 539, realiza una interesante descripción de los distintos tipos de incongruencia, con cita de sentencias del TC, y concluye la inexistencia de la misma en el caso analizado. Del mismo modo, no se estima la alegación de incongruencia en la STSJ de Valencia de 10 de enero de 2006, I.L. J 502, al entender que existe una “(...) total coincidencia entre la pretensión ejercitada y el acogimiento de la demanda reflejado en la parte dispositiva de la sentencia de instancia (...)”, ni en la STSJ de Madrid

XII. El Proceso Laboral

de 31 de enero de 2006, I.L. J 529, en la que se cita expresamente la doctrina constitucional existente en esta materia.

B) Igualdad en la aplicación de la ley

La STC 96/2006, de 27 de marzo (recurso de amparo 6411/2003), I.L. J 305, declara la nulidad de una sentencia dictada en suplicación por ser arbitraria, infringir el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. Dicha resolución se basa en que la sentencia recurrida en amparo declaró al actor apto para el trabajo, mientras que en la misma fecha se dicta por la misma Sala de lo Social otra sentencia en la que se declara al actor afecto de una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, aunque referida a distinto régimen de Seguridad Social. Entiende el TC que el órgano judicial no puede cambiar irrazonablemente el sentido de sus decisiones ante presupuestos fácticos sustancialmente idénticos que, en este supuesto, suponen otorgar un trato desigual al mismo sujeto, al no mediar un razonamiento que lo justifique.

10. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Alcance temporal. Trabajos fijos discontinuos

Resulta interesante la STSJ de Extremadura de 5 de enero de 2006, I.L. J 162, que analiza el alcance temporal de los salarios de tramitación derivados de la improcedencia del despido disciplinarios de una trabajadora fija discontinua. El TSJ considera que dichos salarios no pueden calcularse hasta la fecha de la notificación de la sentencia de instancia, sino sólo hasta el momento en que finalizó la campaña para la que la trabajadora prestaba servicios en el momento en el que se produjo el despido.

B) Exención. ¿Error excusable?

Al tratar de decidir si lo ofrecido y consignado por la empresa en concepto de indemnización por despido improcedente puede conllevar la aplicación del efecto interruptivo que establece el artículo 56.2 ET, la STS de 7 de febrero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 129, con cita de otras sentencias de dicha Sala, analiza la doctrina existente respecto del concepto de error excusable. Entre otros razonamientos, el TS declara que existirá ese error excusable cuando se evidencie una dificultad jurídica para calcular la indemnización en aquellos supuestos en los que los conceptos o elementos a computar puedan dar lugar a razonables discrepancias. En este caso, el error no invalida el efecto interruptivo de los salarios de tramitación, sin perjuicio del abono de las diferencias correspondientes en concepto de indemnización. Sobre esta misma materia y en base a la existencia de esa dificultad jurídica, se pronuncia la STS de 26 de enero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 231, entendiendo error excusable aquel en el que incurre la demandada al calcular la indemnización ofrecida cuando se discute la cuantía de un bonus y el carácter salarial de unas determinadas opciones sobre acciones concedidas al trabajador despedido. La STS de 28 de febrero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 573, se pronuncia en sentido idéntico. Sin embargo, la STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2006, I.L. J 427, estima el recurso del trabajador y declara

que la empresa no depositó correctamente la indemnización, por cuanto el salario que venía cobrando el trabajador despedido era inferior al que para su categoría profesional establecía el convenio colectivo de aplicación; en consecuencia, se condena a la empresa al abono de los correspondientes salarios de tramitación, al no poder atribuirse esta situación a un simple error de cálculo excusable “(...) por cuanto la empresa sabía o estaba en condiciones de saber que el salario que abonaba al actor era incorrecto (...)”.

C) Contratas y subcontratas

La STS de 20 de febrero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 192, atendiendo a la doctrina unificada que existe sobre esta materia, declara la naturaleza indemnizatoria de los salarios de trámite y, en consecuencia, la falta de responsabilidad solidaria del empresario principal sobre estas cuantías cuando se ha declarado la improcedencia del despido de un trabajador de la empresa contratista. Así, sólo el contratista (al amparo del artículo 42 ET), como empleador directo del trabajador despedido, es responsable del pago de estos salarios.

D) Limitación temporal. Depósito judicial vs. transferencia bancaria

Se analiza por la STS de 21 de marzo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 230, una cuestión litigiosa que ya fue tratada en unificación de doctrina (STS de 25 de mayo de 2005): si la transferencia bancaria realizada a la cuenta del trabajador por el importe de la indemnización por despido improcedente surte los mismos efectos que el depósito judicial, a los efectos de limitar el devengo de los salarios de tramitación. Es contundente el TS en su pronunciamiento al declarar que la transferencia bancaria carece de respaldo normativo y que el único método legal de poner a disposición esta cuantía es su depósito judicial.

11. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Acceso al recurso. Afectación general

La STS de 3 de enero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 9, recogiendo la doctrina ya sentada por esa Sala en sus Sentencias –dos– de 3 de octubre de 2003, sintetiza los criterios interpretativos de la “afectación general” como requisito para la interposición del correspondiente recurso de suplicación, estableciendo que: (i) la afectación general es un concepto jurídico indeterminado, (b) supone una situación de conflicto generalizada, (c) su apreciación no exige que se hayan iniciado numerosos procesos judiciales, sino que exista una situación de conflicto, como ocurre en aquellas situaciones en las que las Entidades Gestoras “utilizan criterios uniformes para resolver los actos en masa objeto de su competencia”, (d) la alegación y prueba de la afectación general no es necesaria cuando se trata de “hechos notorios” o bien en aquellos casos en los que el asunto “posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes”, (e) sólo cuando no se esté ante uno de los supuestos anteriores, será necesaria la alegación y prueba de la afectación múltiple, (f) “(...) al ser la afectación múltiple un concepto jurí-

XII. El Proceso Laboral

dico, en aquellos casos en los que esta Sala ha declarado de un modo reiterado que una determinada cuestión afecta a un gran número de trabajadores, tal declaración tiene el valor de doctrina jurisprudencial en relación con otros procesos en que se suscite idéntica cuestión (...)”. En el mismo sentido se han pronunciado las SSTs de 30 de enero, 3, 6 y 28 de febrero, 23 de marzo y 3 de abril de 2006, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 70, 185, 120, 199, 319 y 354.

B) Modificación de hechos probados

a) Documentos y pruebas inhábiles

La STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2006, I.L. J 420, inadmite los documentos nuevos aportados con el escrito de interposición del recurso de suplicación por tener una fecha anterior al acto de la vista oral, pues pudieron ser aportados en dicho momento procesal y sin que se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 231 y 271 LEC. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Madrid de 24 de enero de 2006, I.L. J 459, señalando, además, que los documentos aportados son meras fotocopias que no cumplen lo establecido en el artículo 268.1 LEC. La STSJ de Baleares de 16 de febrero de 2006, I.L. J 448, recuerda que el interrogatorio de las partes no es un medio hábil para fundar la revisión fáctica.

b) Mediante el escrito de impugnación

La STC 4/2006, de 16 de enero (recurso de amparo 6196/2001), I.L. J 95, señala que cabe apreciar la incongruencia omisiva de la sentencia de suplicación respecto de una cuestión planteada en el escrito de impugnación. El demandante en la instancia no interpuso recurso de suplicación, al ver íntegramente estimadas sus pretensiones, pese a que la relación de hechos probados recogiera un error fáctico. Dicho error fue denunciado en el escrito de impugnación, y la sentencia de suplicación entendió que no es ésta una vía hábil para la modificación de los hechos probados. Pues bien, el TC señala que, dado que ese error fáctico era una cuestión esencial al procedimiento, discutida desde el momento inicial en el que demandante formuló su escrito de demanda, la sentencia de suplicación debería haber resuelto sobre dicha cuestión, con independencia de que la denuncia se hiciera a través de la impugnación, ya que no puede verse obligado a recurrir quien ve íntegramente estimadas sus pretensiones.

C) Contra Autos

La STS de 11 de mayo de 2006, Sala de lo Social, Jurisprudencia Seleccionada I.L. J 4, Septiembre 2006, declara que son recurribles en suplicación los autos que pongan fin en la instancia a aquellos incidentes declarativos suscitados en el proceso de ejecución laboral y, en particular, aquellos tramitados como tercerías, siempre que cumplan con los presupuestos del artículo 189.2 LPL, es decir, cuando “(...) decidan cuestiones nuevas de carácter sustancial no decididas o contenidas en el título ejecutivo (...)”.

12. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Cuestión nueva

La STS de 16 de enero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 32, señala que no es posible entrar a resolver sobre la cuestión planteada en el recurso de casación para la unificación de doctrina, ya que no fue formulada en el recurso de suplicación, no siendo posible unificar doctrina sobre una cuestión no tomada en consideración expresa por la sentencia recurrida. En idéntico sentido se pronuncia la STS de 18 de enero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 40.

B) Falta de contenido casacional

La STS de 1 de febrero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 123, recuerda que “(...) no debe admitirse un recurso de casación para la unificación de doctrina cuando lo resuelto por la sentencia recurrida se corresponde con la doctrina mantenida por esta misma Sala con anterioridad (...)”. En el mismo sentido, las SSTs de 28 de febrero y 6 de marzo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 253 y 269. Por otro lado, la STS de 31 de marzo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 385, declara que la alegación sobre la falta de agotamiento de la vía administrativa previa carece de contenido casacional, al no encajar en ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 205 LPL.

C) Contradicción. Requisitos

De acuerdo con las SSTs de 7 de febrero y 28 de marzo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 131 y 256, la contradicción exigida para la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina “(...) requiere no sólo que las resoluciones que se comparan tengan pronunciamientos distintos, sino que éstos recaigan ante controversias esencialmente iguales; porque la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales (...)”. Por ello, resulta esencial en la valoración de la admisibilidad del recurso que éste acredite la identidad existente tendiendo en cuenta los términos en que el debate fue planteado en suplicación. En esta misma materia, la STS de 8 de febrero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 125, destaca que esa relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, necesita realizar “(...) análisis comparativo de las controversias, individualizado y pormenorizado acerca de los hechos, los sujetos, los fundamentos, las pretensiones y las decisiones concretas de cada resolución (...)”; éste es también el criterio de la STS de 31 de enero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 4. Por otro lado, las SSTs de 31 de enero y 16 de febrero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 79 y 128, aprecian falta de contradicción por no ser firme la sentencia citada como contradictoria en el momento de publicación de la recurrida.

XII. El Proceso Laboral

D) Cuantía litigiosa. Cuotas por débitos a la Seguridad Social

De acuerdo con reiterada jurisprudencia, la STS de 16 de enero de 2006, Sala Tercera, I.L. J 88, a los efectos de determinar la cuantía del procedimiento en materia de cuotas por débitos a la Seguridad Social, reitera que deberá estarse a las cuotas mensuales y no a la cuantía total reclamada, por cuanto tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes a mes.

13. RECURSO DE CASACIÓN. NECESIDAD DE INVOCAR LA INFRACCIÓN LEGAL

La STS de 5 de abril de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 392, desestima el recurso de casación interpuesto por no citarse en él norma alguna del ordenamiento jurídico que se considere infringida, no teniendo la consideración de tales los acuerdos a los que se hace referencia en el recurso, puesto que no se trata de convenios colectivos estatutarios.

14. RECURSO DE REVISIÓN

A) Maquinación fraudulenta

La STS de 31 de enero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 76, declara que el concepto de maquinación fraudulenta debe ser entendido como “(...) un artificio puesto en práctica con intención maliciosa de llevar a la parte contraria, mediante engaño, a una situación desfavorable, que le acarrea una real indefensión, integrándose en este concepto la intencionalidad de la conducta y la eficiencia en la producción del resultado (...)”.

B) Documentos que habilitan el recurso

En relación con la calificación como decisivo del documento recobrado, la STS de 14 de marzo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 312, señala que el mismo “(...) ha de ser de tal naturaleza que por sí solo ponga en evidencia que el fallo de la sentencia impugnada se hubiera visto afectado con su presencia en el litigio (...)”. La STS de 3 de febrero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 138, estima que, en todo caso, dichos documentos deben ser anteriores a la fecha de dictarse la sentencia objeto de impugnación. Por último, la STS de 3 de marzo de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 201, declara que no tienen la consideración de documentos retenidos por causa de fuerza mayor las sentencias firmes dictadas con posterioridad a la sentencia de la que se pretende la revisión.

C) Caducidad

Respecto del plazo establecido en el artículo 512 LEC, la STS de 17 de enero de 2006, Sala Cuarta, I.L. J 17, señala que se trata de un plazo de caducidad y que recae sobre el demandante la carga de acreditar el *dies a quo*, así como cualquier otro dato que ponga de relieve el cumplimiento del citado plazo.

15. RECURSO DE AMPARO. AGOTAMIENTO PREVIO DE LA VÍA JUDICIAL

La STC 41/2006, de 13 de febrero (recurso de amparo 5038/2003), I.L. J 179, recuerda que, si se hace valer la no interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina como motivo de inadmisibilidad del amparo, corresponde precisamente a esa parte la carga de “(...) acreditar la posibilidad de recurrir a esta extraordinaria vía en el supuesto concreto, debiendo abstenerse de efectuar vagas invocaciones sobre la procedencia del recurso (...)”, de forma que se deduzca claramente su viabilidad.

16. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La STS de Madrid de 10 de enero de 2006, I.L. J 453, declara la procedencia de los descuentos practicados por la empresa sobre las cantidades a las que ha sido condenada, en tanto en cuanto se acredite el efectivo ingreso por parte de ésta de las cantidades correspondientes a la Agencia Tributaria y a la TGSS. En caso contrario, deberá abonarse la cuantía total bruta para que sea el trabajador quien efectúe directamente los ingresos correspondientes.

17. COSTAS

En su STS de 27 de febrero de 2006, I.L. J 196, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo declara la improcedencia de la condena al pago de costas impuesta al Instituto Madrileño de Salud, por reconocérsele el carácter de Entidad Gestora. Ello implica el reconocimiento del beneficio de Justicia gratuita con la correspondiente exención del pago de costas, salvo en casos de temeridad o mala fe que en el supuesto analizado no concurren.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ
ANA ALÓS RAMOS
MARTA NAVARRO GARROTE
VERÓNICA OLLÉ SESE

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**Sumario:**

1. Derecho comunitario. A) Ordenación de tiempo de trabajo y seguridad y salud de los trabajadores: Disfrute de vacaciones en años posteriores. B) Incumplimientos de la Directiva 89/391/CE por la República de Austria. **2. La responsabilidad empresarial por daños y perjuicios.** A) Competencia de la Jurisdicción Social. B) Diligencia exigible: Conforme a las circunstancias del trabajo realizado. C) Exoneración de responsabilidad: Causa ajena al trabajo. D) Incumplimiento de normativa preventiva: Exposición continuada al asbesto. **3. El recargo de prestaciones por omisión de las medidas de seguridad.** A) Gravedad de la falta: Criterios de calificación. B) Relación de causalidad. C) Responsabilidad solidaria de empresa contratista y subcontratista: Promotor de obra. D) Incumplimiento de medidas de seguridad: Reconocimiento médico obligatorio. E) Prescripción.

1. DERECHO COMUNITARIO**A) Ordenación de tiempo de trabajo y seguridad y salud de los trabajadores: Disfrute de vacaciones en años posteriores**

La STJCE de 6 de abril de 2006, I.L. J 285, aborda la interpretación del artículo 7 apartado 2 de la Directiva 93/104/CE (en versión modificada por la Directiva 2000/34/CE), relativa al alcance del derecho de vacaciones, y da respuesta a la cuestión prejudicial formulada sobre si se opone a dicho artículo “que una disposición nacional permita, durante la vigencia del contrato, que los días de vacaciones anuales, en el sentido de la Directiva, no disfrutados en un año determinado se sustituyan por una indemnización económica en un año posterior”. La sentencia toma como hilo argumental la seguridad y la salud de los trabajadores, ya que las vacaciones “tienen por objeto garantizar una mejor protección” y su efecto positivo para la seguridad y salud “se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso”, pero, añade que “este tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un período

posterior” y, en el caso de que “se disfruten en años posteriores” también contribuyen a la seguridad y salud del trabajador, si bien se establece como límite, de acuerdo con la Directiva, la compensación económica de las vacaciones mínimas transferidas, que sólo es posible en el caso que concluya la relación laboral. En resumen, la Directiva no impide que puedan disfrutarse las vacaciones en años posteriores pero sí prohíbe su compensación económica.

Dado el carácter mínimo de la normativa comunitaria y su proyección sobre la seguridad y la salud de los trabajadores, esta interpretación no choca con el carácter anual reconocido a las vacaciones en nuestro ordenamiento, que implica la prohibición de transferir o acumular las correspondientes a varios años, puesto que, como reconoce el propio Tribunal de Luxemburgo, el efecto sobre la seguridad y la salud se despliega plenamente en el año de su disfrute, por lo que la normativa española elevaría, así, el nivel de protección.

B) Incumplimientos de la Directiva 89/391/CE por la República de Austria

La **STJCE de 6 de abril 2006**, I.L. J 286, se pronuncia sobre una serie de incumplimientos imputados por la Comisión a la República de Austria en la adaptación de la Directiva 89/391/CEE a su derecho interno. Sobre algunos de ellos, se limita a constatar el incumplimiento por expiración del plazo para su adopción, en cambio, realiza una serie de consideraciones al abordar la organización de la actividad preventiva y la designación de los trabajadores encargados de ésta; la designación de los encargados de las medidas de emergencia; la participación y consulta de los trabajadores en algunas materias y, por último, sobre determinados aspectos de equipos de protección individual y sustancias peligrosas, aunque por su relevancia doctrinal, sólo se destacan las dos primeras materias.

Por lo que se refiere a la organización de la actividad preventiva, la Comisión denuncia que la normativa austriaca permite la libre elección del empresario de recurrir a medios internos o ajenos para la prevención de riesgos en contra de lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Directiva marco. El Gobierno austriaco alega que la regulación adoptada es reflejo de la estructura del tejido productivo de su país, en un alto porcentaje pequeña empresa, como criterio que justifica la libre elección al empresario “para cubrir los casos excepcionales en los que, por circunstancias especiales, la empresa disponga de competencias internas suficientes para encomendar las tareas de prevención a personas empleadas en su propia empresa. Es decir, lo excepcional es que la empresa tenga recursos propios. El TJCE reitera la doctrina de la jerarquía de las obligaciones del artículo 7 de la Directiva, que impone la preferencia de la designación de los trabajadores sobre el recurso a las competencias ajenas, que tienen carácter subsidiario. Se confirma, por tanto, la doctrina contenida en su Sentencia de 22 de mayo de 2003.

Por otro lado, la normativa austriaca excepciona la obligación de designar a trabajadores encargados de las medidas de emergencia a empresas de menos de cinco trabajadores. Según la sentencia esta normativa es contraria al artículo 8.2 de la Directiva marco, ya que

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

éste no limita ni excepciona la obligación de designar a los encargados de adoptar dichas medidas por “el carácter de las actividades o el tamaño de la empresa y/o el establecimiento”, pues dicha restricción es contraria al propio objetivo de la Directiva y produce una reducción no prevista de su ámbito de aplicación a las empresa de mayor tamaño o que realicen determinadas actividades. Antes, al contrario, el artículo 8.2 “establece, pues, una medida obligatoria” para todas las empresas con independencia de su tamaño o actividad.

2. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DAÑOS Y PERJUICIOS

A) Competencia de la Jurisdicción social

La STS de 26 de enero de 2006, dictada en Sala General, I.L. J 67, enjuicia el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia del TSJ de Madrid que en suplicación declaró la incompetencia de la jurisdicción social y que tiene como base fáctica los hechos vinculados a la reclamación en la instancia de la cantidad exigida por el trabajador al empresario ante el Juzgado de lo Social para que éste le reembolsase las cantidades que abonó en concepto de responsable civil por ilícito penal sobre la base de un pacto convenido con el empleador. El trabajador, jefe de obra, fue condenado como autor de una falta de lesiones por imprudencia leve de un trabajador que sufrió un accidente de trabajo en la obra que dirigía y, a su vez, también fue condenado al pago de una indemnización como responsable civil directo, estableciendo la resolución judicial la responsabilidad subsidiaria de la empresa. La resolución del TSJ de Madrid entiende que al tratarse de la petición del reembolso “de la cantidad objeto de condena penal –responsabilidad civil del mismo– ello conlleva que haya de revocarse la sentencia de este orden jurisdiccional respecto a tal cuestión planteada”, declinando, por tanto, la competencia material. El TS parte en su argumentación de su doctrina de la pretensión única indemnizatoria en los accidentes de trabajo aunque esta pretensión tenga lugar en vías jurisdiccionales diferentes o procedimientos diversos, poniendo de relieve, además, que la competencia del orden jurisdiccional social no se ve afectada porque el trabajador haya utilizado la vía penal para resarcirse de los daños y perjuicios derivados de dicho accidente de trabajo. La STS, en definitiva, declara la competencia de la jurisdicción social puesto que parte de considerar que la pretensión civil no pierde procesalmente su naturaleza aunque se ejercite en el orden jurisdiccional penal y por ello concluye que “la cuestión planteada entre el trabajador –declarado responsable civil directo, como consecuencia de su responsabilidad penal– y el empleador –declarado en la vía penal responsable civil subsidiario en virtud del contrato de trabajo que le une al trabajador infractor– sobre quien debe pagar los daños nacidos del ilícito penal, derivan del contrato de trabajo, y por tanto su conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral”.

Ahora bien, el TS parece ir más lejos, pues reconocida la competencia de la jurisdicción social parece cuestionarse quién debe responder del accidente. A tal efecto, la STS parte de la doctrina del ilícito laboral y de la responsabilidad laboral que genera dicho ilícito y del incumplimiento contractual surgido “dentro de la órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial”, para concluir que “la cuestión de quien debe soportar la

indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, debe considerarse como surgido dentro del contenido del contrato de trabajo”, argumento que refuerza la competencia del orden jurisdiccional social.

B) Diligencia exigible: Conforme a las circunstancias del trabajo realizado

La STSJ de Cantabria de 16 de enero de 2006, I.L. J 156, resuelve en suplicación la pretensión desestimada por la instancia relativa a la reclamación de daños y perjuicios de los causahabientes del trabajador fallecido en accidente de trabajo. Éste se produjo como consecuencia del izado de una pieza mediante puente grúa y sujeta con un estrobo de cadenas de cuatro ramales cuyos ganchos carecían de pestillo de seguridad, si bien la grúa y los ganchos estaban homologados y contaban con declaración de conformidad. La sentencia del Juzgado de lo Social considera que no se habían infringido normas de seguridad sobre la base del informe de la Inspección de Trabajo en el que constaba que ninguna de las empresas concurrentes había incurrido en falta de medidas de seguridad. Por su parte, el informe del Centro de Seguridad y Salud emitido determinaba la necesidad de sustituir los ganchos de los ramales por otros con pestillo de seguridad, sustitución que se produjo tras el accidente, aunque con anterioridad no constituían normas de seguridad de obligado cumplimiento en la empresa ni estaban contempladas en el plan de seguridad de la empleadora. No obstante, la STSJ de Cantabria considera que “el accidente se produjo porque no se utilizó la diligencia exigible con las circunstancias del trabajo, ni del lugar en que se desarrollaba, en el que propio fallecido en absoluto tuvo intervención activa en la dirección de la obra, sino meramente pasiva, encontrándose ya retirado del propio lugar cuando se produjo”. Pese a no tener carácter normativo la adopción de equipos con pestillos de seguridad antes del accidente, el órgano jurisdiccional exige el despliegue de una diligencia superior, pues, considera que la utilización de los ganchos sin esos dispositivos de seguridad constituyen la causa eficiente del accidente y, en consecuencia, determinante de la responsabilidad empresarial.

C) Exoneración de responsabilidad: Causa ajena al trabajo

Las STSJ de Extremadura de 25 de enero de 2006, I.L. J 330, exonera de responsabilidad al empresario de las resultas del accidente de trabajo sufrido por el trabajador con ocasión de las lesiones producidas por unos atracadores en la gasolinera en la que prestaba sus servicios. La resolución judicial restringe la responsabilidad del empresario al incumplimiento de la normativa laboral y el hecho de que la tienda de la gasolinera no tuviera determinadas medidas para evitar que se empotrara el vehículo y se perpetrara el robo no constituye una omisión de medidas de seguridad impuestas normativamente. Pese a la alegación del trabajador recurrente de incumplir la Ley de prevención de riesgos laborales y el RD 486/1997, de seguridad y salud en los lugares de trabajo, el órgano judicial considera que la causación del daño no se ha producido por su utilización “sino por una circunstancia ajena al trabajo mismo en lo que, al contrario de lo que alega el recurrente,

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

puede entenderse que estamos ante un caso fortuito (...), aunque pudiera ser previsible, es difícilmente evitable salvo que exigiéramos a la empresa unas medidas exorbitantes de seguridad”.

D) Incumplimiento de normativa preventiva: Exposición continuada al asbesto

Una de las consecuencias de los riesgos de los nuevos materiales incorporados al proceso productivo es el efecto diferido que sobre la salud puede provocar su utilización. La exposición al amianto o asbesto es un claro ejemplo y ha sido objeto de análisis por la **STSJ de Cataluña de 25 de enero de 2006**, I.L. J 423, al enjuiciar en suplicación la desestimación por la instancia de la demanda formulada sobre reclamación de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo. El trabajador vinculado a la empresa Uralita, SA, desde 1966 desempeñó su actividad hasta 1986 en el centro de trabajo donde se fabricaban tubos de fibrocemento compuestos por cemento y fibra de amianto. En el año 2002 fue declarado afecto de invalidez permanente, en grado de absoluta, derivada de enfermedad profesional por un “mesoteliona pleural infiltrante” que le causó la muerte. La sentencia del Juzgado de lo Social desestimó la demanda de la viuda del trabajador fallecido al considerar que no había habido un incumplimiento por parte de la empresa ya que en relación con las mediciones y las concentraciones ambientales ésta se ajustó a la normativa, actuando con la debida diligencia ante la falta de normativa específica y ajustándose a las prescripciones contenidas en la regulación específica de trabajo con amianto a partir de 1982. El TSJ de Cataluña valora el período de exposición entre 1966 y 1986 realizando dos tipos de consideraciones: una sobre el conocimiento de los efectos de la exposición al amianto, ya que la empresa alegó que no se tenía conocimiento de las consecuencias en las décadas de 1970-1980 y, otra, sobre la existencia de normativa preventiva que obligaba a la empresa a adoptar medidas preventivas con anterioridad a la regulación específica.

En relación con el conocimiento de los efectos del amianto sobre la salud del trabajador, la sentencia argumenta sobre la existencia de estudios de la comunidad científica desde la segunda mitad del siglo XX que advertían del riesgo de cáncer y su constancia como enfermedad profesional desde 1961 e introduce un dato normativo: el Decreto de 26 de julio de 1957, sobre trabajos a mujeres y menores, en el que se prohíben trabajos con esta sustancia por tratarse de “polvos nocivos” en lugares de trabajo donde se desprenden libremente. La resolución judicial considera, igualmente, que Uralita, SA, no adoptó medidas preventivas hasta 1977, año en que el Instituto Territorial de Seguridad e Higiene emitió un informe en el que se le hacían una serie de recomendaciones a la empresa en orden a la limpieza del centro y de las prendas de trabajo, eliminación de residuos y controles ambientales, informe que también refleja “importantes deficiencias en la línea de tubos (punto C 3 del informe) indicando que la causa de contaminación es el barrido con escoba, las fibras de amianto depositadas en el suelo y las ropas del operario y que las vibraciones de las máquinas, las corrientes de aire y el tránsito de personas puede hacer pasar al ambiente, se habla de la utilización de sacos de yute (porosos) y el apilado de los vacíos y finalmente trata también del vertido”. De ahí, que la empresa al no dotar a los trabajadores de elementos de protección, pese a que “puso en marcha a partir de 1977, un conjunto de medidas técnicas destinadas a analizar y reducir los riesgos derivados de

la exposición de los trabajadores al amianto, no es menos cierto que en el período previo a la regulación específica de la prevención de riesgos del amianto (hasta 1982), no cumplió con las normas referidas a las condiciones en que se debían realizar dichos trabajos, normas vigentes desde el punto de vista específico como el genérico deber de velar por la salud de los trabajadores”, contenidas en el Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1940, primero, y en la Ordenanza General de Seguridad e Higiene de 1971, después. Finalmente, la sentencia razona sobre el incumplimiento de la empresa de mantener al trabajador en su puesto de trabajo hasta 1986 y no trasladarlo a otro puesto de trabajo exento de riesgo. Argumentos que, en definitiva, sirven para imputar la responsabilidad de los daños y perjuicios a la empresa.

3. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) Gravedad de la falta: Criterios de calificación

La determinación de la cuantía del recargo de prestaciones está en función de la gravedad de la conducta del empresario incumplidor de las medidas de seguridad o gravedad de la falta. La **STSJ de Castilla y León de 13 de febrero de 2006**, I.L. J 343, parte del criterio legal para fijar el porcentaje aplicable al recargo de prestaciones y se señala que no hay “precepto alguno en las normas de seguridad social, reguladoras del recargo de prestaciones que establezca los parámetros a seguir para calificar la ‘gravedad’ de la falta”, acudiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 19 de enero de 1996) que prevé la aplicación del criterio de graduación de las sanciones en materia de prevención de riesgos, por lo que la STSJ recurre a la vigente regulación contenida en el artículo 39.3 de la LISOS para, atendidas las concretas circunstancias, calificar la conducta empresarial de grave y rechazar que la conducta de otro trabajador y del propio accidentado intervinieran en el resultado dañoso. Como consecuencia de dicha calificación, la sentencia señala que “no es adecuado la imposición del recargo en su grado inferior –30%– sino en su grado medio –40%–, que se adecua a la gravedad de la falta cometida”.

B) Relación de causalidad

La caída de un trabajador desde un andamio debido al riesgo de altura y las particulares circunstancias en que se produjo el accidente constituyen el núcleo básico de decisión de la **STS de 16 de enero de 2006**, I.L. J 12, que resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina sobre la procedencia del recargo de prestaciones. La sentencia que resuelve el recurso de suplicación entiende que al desconocerse el modo en que se produjo la caída no se puede establecer la relación de causalidad entre ausencia de medidas de seguridad y el accidente de trabajo, aunque dicha sentencia no cuestiona que el andamio incumpliese la normativa preventiva al estar colocado de forma inadecuada ni estuviese prevista la utilización por el trabajador del correspondiente cinturón de seguridad –con una clara infracción de las medidas de seguridad– y que tampoco en la instancia se pro-

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

bara que el trabajador incumpliera las instrucciones para no subirse al andamio. El TS, reiterando su propia doctrina, considera que el principio de presunción de inocencia no rige “en la esfera civil-laboral de incumplimientos contractuales del deber de seguridad asumido por el empleador” para exonerar de responsabilidad al empresario cuando se ha acreditado la relación de causalidad, por lo que concluye que puede establecerse dicha relación de causalidad a través de “indicios razonables suficientes para estimar que este cúmulo de irregularidades fue el desencadenante de la caída del operario”, con el límite del caso fortuito o de la fuerza mayor.

Un supuesto en el que se rechaza la existencia de accidente fortuito por intervención de un tercero trabajador es el enjuiciado por la **STSJ de Cantabria de 9 de febrero de 2006**, I.L. J 570. El trabajador accidentado y otro trabajador de mantenimiento realizaban labores de mantenimiento y preparación de una máquina antigua de trabajar la madera y sin marcado CE que había sido adquirida recientemente por la empresa. Finalizadas las operaciones de engrasado y equilibrado de los cabezales y para comprobar si funcionaba, el trabajador de mantenimiento realizó un montaje inadecuado del portacuchillas (sólo lo sujetó con cuatro de los catorce tronillos que tenía y no colocó el resguardo que cubría los cabezales) que al poner en marcha la máquina y por efecto de las vibraciones provocó que aquél saltase alcanzando al trabajador accidentado. La sentencia rechaza la existencia de caso fortuito ya que hubo un “descuidado proceder del responsable de mantenimiento designado por la empresa” que fue la causa del accidente y ésta al designar al trabajador de mantenimiento “había infringido sus deberes de salvaguarda de la integridad física de sus trabajadores, bien por culpa *in eligendo* si no era conocedora de la negligente forma de actuar de su encargado, bien por culpa *in vigilando* si, conociéndola, la toleró”. Concluye, así, que la empresa incumplió las disposiciones generales de la LPRL y las particulares del anexo II apartado 9 del RD 1215/1997 sobre equipos de trabajo.

C) Responsabilidad solidaria de empresa contratista y subcontratista: Promotor de obra

Producido accidente de trabajo mortal en una obra de construcción, el INSS inició expediente de recargo de prestaciones contra la empresa constructora en la que prestaba sus servicios el trabajador fallecido y contra la empresa promotora que encargó la ejecución de la obra. La Entidad Gestora resuelve imponer solidariamente a ambas empresas un recargo del 50 % de las prestaciones. La empresa promotora impugnó la resolución del INSS ante la instancia y, después, ante el TSJ de Cataluña que, por **STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2006**, I.L. J 428, desestimó el recurso y confirmó la sentencia. Esta resolución parte de la concurrencia de actividades del artículo 24.1 LPRL y del desarrollo reglamentario contenido en el Real Decreto 1627/1997 que, en el marco de las obras de construcción, impone al promotor una serie de obligaciones. Señala que entre las obligaciones de la promotora “se encontraba en la fase de redacción del proyecto, de elaboración de un estudio de seguridad y salud, siquiera fuese un estudio básico de seguridad, lo que no consta, por lo que existe una responsabilidad del empresario principal, o promotor, ante la ausencia de dicho plan de seguridad”. Incumplimiento que es para el Tribunal determinante de la infracción que justifica la imposición del recargo. El hecho de que el recargo se imponga a un trabajador que no presta servicios para la empresa promotora lo resuelve la sentencia a partir de considerarla como “empresa principal que

infringe normas de seguridad laboral relevantes en la producción del accidente sufrido por el trabajador de una contrata suya sea o no de la misma actividad” siendo relevante “que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la principal y dentro de su esfera de responsabilidad” rechazando, así, la alegación de la empresa recurrente de no tratarse de empresas de la misma actividad.

D) Incumplimiento de medidas de seguridad: Reconocimiento médico obligatorio

Por la Inspección de Trabajo se inició procedimiento de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, como consecuencia de la enfermedad profesional sufrida por un trabajador debido al contacto permanente con harinas, cereales y enzimas. Expediente que finalizó con resolución de la Entidad Gestora imponiendo a la empresa dicha responsabilidad que impugnó en la instancia y, después, en suplicación, recurso que fue resuelto por la **STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2006**, I.L. J 548. El trabajador sufrió una exposición al riesgo durante trescientos meses que le causó asma bronquial ocupacional, sin que hubiera sido objeto de reconocimiento médico desde su ingreso en la empresa hasta la baja que motivó la declaración de invalidez. Frente a la alegación de la recurrente de considerar que la vigilancia periódica de la salud del artículo 22.1 LPRL depende de la propia voluntad del trabajador y que puede negarse al reconocimiento médico que la empresa pueda programar, la resolución judicial señala que durante todo ese tiempo el trabajador “no tuvo ninguna oportunidad de ejercer su derecho a aceptar o no los reconocimientos o exámenes médicos tendentes al control periódico de su salud”, además, es obligación de la empresa “proporcionar todos los medios necesarios para que tal vigilancia resultase efectiva (...) sin que fuera él (trabajador) quien tuviera que reclamarlos a su empleador, por lo que mal cabe desplazar al trabajador una obligación que sólo incumbía a la parte recurrente”.

E) Prescripción

La **STS de 9 de febrero de 2006**, I.L. J 243, aborda una cuestión procesal atinente a la prescripción del recargo de prestaciones y la fijación del *dies a quo* o día inicial del cómputo del plazo prescriptivo. La particular naturaleza jurídica del recargo y su carácter resarcitorio cuya compensación “no la recibe el Estado, inmediato perjudicado, por la conculcación de su ordenamiento, sino quienes han recibido sobre sí el segundo grado de consecuencias, el *damnum*” exige trasladar el *dies a quo* de la fecha del accidente para amoldarlo “a los objetos que le servirán de medida, es decir, a las prestaciones cuya cuantía se va a ver mejorada”. De ahí que la imposición del recargo dependa del reconocimiento de las prestaciones, por ello concluye, en línea con una doctrina anterior, que el día inicial del cómputo es “a contar desde la fecha en que finaliza el último expediente incoado ante la Seguridad Social en reclamación de prestaciones”.

La **STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2006**, I.L. J 547, enjuicia la imposición de recargo de prestaciones a la empresa por un accidente que se produjo en marzo de 1992 y que presenta una singularidad en el iter procedimental. El fallecimiento del trabajador motivó

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

la intervención de la Inspección de Trabajo en mayo de dicho año e inició expediente administrativo de responsabilidad empresarial, siguiéndose, igualmente, procedimiento penal que terminó con Sentencia de 10 de febrero de 1995 y la consiguiente paralización del expediente sancionador. Notificada la sentencia a la Administración laboral el 24 de abril de 1998, ésta dictó resolución por la que se imponía una sanción a la empresa, que fue recurrida en vía contencioso-administrativa y anulada por Sentencia de 9 de mayo de 2002 por prescripción del hecho infractor. La Administración laboral notificó a la Dirección Provincial del INSS de Sevilla la anulación del acta de infracción con fecha 26 de enero de 2004, dictando resolución en expediente de recargo de prestaciones de 26 de marzo de 2004 y declarando la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad. Por otro lado, consta en la sentencia que hubo dos requerimientos de la Entidad Gestora a la Autoridad laboral en 1992 y uno en 1993, no dirigiéndose de nuevo hasta el 17 de noviembre de 2003.

La recurrente en suplicación, como hiciera en la instancia, alega la prescripción del recargo, así como la caducidad del expediente o procedimiento administrativo del que trae causa la resolución del INSS impugnada en la instancia. El TSJ rechaza la caducidad y acoge el primer motivo relativo a la prescripción alegada, ya que la recurrente entiende que desde que se dictó la sentencia penal en 1995 hasta que en 2004 se dictó la resolución por la Entidad Gestora se ha superado el plazo de cinco años de prescripción, mientras que el Juzgado de lo Social consideró que la prescripción quedó interrumpida por la impugnación de sanción en vía administrativa y, posteriormente, en sede contencioso-administrativa. La STSJ parte de la consideración de que el recargo de prestaciones y la sanción administrativa “son dos figuras independientes que gozan de sustantividad propia” con procedimientos distintos y alcance también diferente, conforme a doctrina del TS, cuya coexistencia no comporta necesariamente la vulneración del principio *non bis in idem*. A partir de esta premisa, la resolución judicial considera “que no existe razón legal para que todo el tiempo que duró el procedimiento de impugnación de la sanción impuesta (...) sirviera también para mantener interrumpido el plazo de prescripción de la facultad de acordar dicho recargo” y que el vigente artículo 43.2 LGSS (anterior artículo 54.2) “no autoriza a considerar interrumpido el plazo prescriptivo de la facultad de imponer el recargo de prestaciones” con fundamento en las impugnaciones de la sanción administrativa, pues la referencia normativa al “expediente que pueda tramitar la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ‘en relación con el caso de que se trate’, se está refiriendo (...) a aquel expediente al que se anude la decisión a tomar en cada caso”, es decir, a la iniciación del recargo y no al expediente sancionador.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

A. MATEOS BEATO

Diccionario temático de seguridad y salud laboral. Conceptos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales

[Lex Nova, 5ª edición, Valladolid, mayo 2006, 1280 páginas]

LEX NOVA

Este libro, cuyo éxito lo confirma esta 5ª edición, selecciona los principales conceptos contenidos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en su vertiente de interpretación teórica, pero sin olvidar que el fin último de la Ley es la puesta en práctica de sus principios preventivos.

Así, el presente diccionario contiene una exposición de distintos conceptos extraídos de la citada norma, tratados de modo individualizado, pero manteniendo al mismo tiempo la necesaria correlación con el contexto unitario de la Ley.

Para completar los comentarios a cada voz, se han resumido las opiniones doctrinales y jurisprudenciales más relevantes, lo que, sin duda, ayudará a la reflexión acerca de tan compleja norma.

Junto a los conceptos seleccionados en forma de “voz”, se han relacionado aquellos términos más significativos y cuyo tratamiento o análisis se realiza con cierto detalle dentro de la “voz principal”. Entre éstos, tal vez alguno de ellos podría haber tenido un tratamiento autónomo, pero, con buen criterio, el autor ha considerado preferente

reducir el número de conceptos principales, lo más posible, para evitar caer en la dispersión.

Los términos o conceptos seleccionados son exclusivamente los recogidos en la Ley, con excepción de la voz “Medicina del Trabajo”, que trata de agrupar globalmente el tratamiento operativo de la vigilancia de la salud.

Sin duda, el presente volumen será de gran utilidad para todos profesionales y estudiosos que trabajen habitualmente con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (asesorías, academias, gestorías, cámaras de comercio, abogados laboristas, empresas de trabajo temporal, universidades, etc.) y también para la Administración Pública.

P. COLLADO TRABANCO

Control de ejecución de tabiquerías y cerramientos

[Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, diciembre 2005, 469 páginas]

LEX NOVA

Este manual, cuarto módulo formativo de los seis “Manuales prácticos para la formación del encargado en obra de edificación”, constituye el elemento adecuado para favorecer el aprendizaje de los profesionales de esta materia.

El presente módulo trata sobre el control de ejecución de la tabiquería y los cerramientos. Se realiza un pormenorizado estudio de los distintos elementos que entran en juego

a la hora de afrontar la ejecución de los principales tipos de tabiques, cierres y muros que se encuentran en la obra. Se abordan soluciones constructivas y técnicas adecuadas que, en muchas ocasiones, serán distintas a las que habitualmente se emplean.

El manual se desarrolla en dieciséis unidades didácticas. Las primeras son introductorias y analizan los componentes que conforman la obra de albañilería. A partir de aquí, se analizan los diferentes tipos de tabiques, cerramientos y muros, examinándolos con una visión constructiva y práctica. En las últimas unidades se estudian los elementos complementarios de la obra de albañilería como son los elementos de urbanización, los arcos, las bóvedas y las escaleras ejecutadas con fábrica. Finalmente, se abordan las mediciones y valoraciones de cada unidad de obra y la organización de todos los trabajos y tareas.

Los contenidos, que se orientan a favorecer el aprendizaje de los profesionales, se presentan de forma práctica para que sean accesibles y suficientemente aclaratorios por sí mismos. Al final de la unidad didáctica, como refuerzo del proceso de aprendizaje, se pueden realizar unos ejercicios de autoevaluación, coherentes con los objetivos iniciales marcados, cuyas soluciones se presentan al final del libro.

Por último, y con la intención de incrementar la vertiente pedagógica y facilitar el estudio de los contenidos, se utilizan elementos visuales de refuerzo como ladillos, recuerdos, esquemas e ilustraciones.

En definitiva este libro pretende facilitar la formación de profesionales de la edificación, siendo por ello imprescindible y de gran utilidad en centros de formación profesional, academias y centros de enseñanza dedicados a la construcción, grandes empresas constructoras, Fundaciones Laborales de la Construcción, cámaras de contratistas, Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas (formación ocupacional y continua) y, en general, en organismos y entidades públicas y privadas encargadas de la formación en construcción.

J.L. MONEREO PÉREZ

La conservación de la empresa en la Ley Concursal. Aspectos laborales

[Lex Nova, Valladolid, abril 2006, 224 páginas]

LEX NOVA

La Ley Concursal culminó la reforma de un sector de nuestro ordenamiento jurídico que se había quedado obsoleto. A partir de ahí, el autor estudia el principio instrumental de conservación de la empresa en “crisis concursal”.

Este principio tiene su proyección en el ámbito de las relaciones laborales, analizando todos los problemas fundamentales que se plantean, las “funciones preventivas y reparadoras” de los procedimientos concursales y los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos bilaterales, en particular sobre los contratos de trabajo existentes cuando se declara el concurso y en los que el concursado es el empleador.

El libro se divide en dos partes claramente diferenciadas. La parte I: “Perspectiva dinámica: la conservación de la empresa en el procedimiento concursal”, a su vez dividido en tres capítulos en los que presenta una introducción general y se analizan los fines institucionales del derecho concursal y el principio concursal de conservación de la empresa en crisis y su proyecto en el ámbito de las relaciones laborales.

La parte II se titula “Perspectiva estática: el régimen especial en los supuestos de conservación y transmisiones de empresas en crisis concursal o empresas en dificultad grave”. También contiene tres capítulos que, respectivamente, están dedicados a analizar la integración de la legislación interna y el derecho comunitario en esta materia; la gestión concertada de la reestructuración de la empresa y la organización de su continuidad, y la perspectiva jurídico-crítica del modelo concursal.

La monografía se completa con una bibliografía y un apéndice normativo que contiene las normas básicas utilizadas en el desarrollo del libro.

En definitiva, la obra constituye un referente fundamental en la colección de monografías laborales al ofrecerse como una útil herramienta para comprender todos aquellos aspectos concursales que tienen incidencia en el funcionamiento empresarial.

M^a.C. AGUILAR GONZÁLEZ

La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario

[Lex Nova, Valladolid, julio 2006, 426 páginas]

LEX NOVA

A partir del Tratado de Maastricht de 1992, la negociación colectiva empezó a jugar un papel cada vez más importante en el proceso de integración europea. Se trata de un fenómeno relativamente reciente pero que está alcanzando un impulso trascendental porque pone de manifiesto la riqueza y utilidad de este libro que, aborda esta materia, por primera vez, teniendo en cuenta el proceso de negociación, la eficacia y contenido de los acuerdos y la regulación de los llamados “comités de empresa europeos”.

Esta obra se divide en siete capítulos, en cada uno de los cuales se analizan diversos temas, como los siguientes: el diálogo social, los interlocutores sociales comunitarios, el procedimiento de elaboración de los acuerdos colectivos europeos, la eficacia jurídica y contenido de los acuerdos colectivos europeos, los acuerdos en empresas de dimensión comunitaria y los acuerdos transpositivos.

Asimismo, esta monografía se completa con cerca de setecientas notas aclaratorias a pie

de página, bibliografía, un práctico índice de voces y dos anexos con la jurisprudencia comunitaria y los documentos institucionales relacionados con este ámbito.

Este libro puede servir de referencia a las organizaciones empresariales y sindicales, a los profesionales jurídicos, a las administraciones y a todos aquellos que por su ocupación traten de cerca la negociación colectiva, tanto por la originalidad de su planteamiento, como por el tratamiento que se le da al tema.

En definitiva, se trata de una obra de enorme claridad expositiva, muy útil para cualquier interesado en el atractivo campo del estudio del acervo comunitario en materia laboral y social, plenamente acorde con los debates actuales sobre los nuevos procedimientos de desarrollo de las políticas comunitarias, que de seguro constituirá un importante referente para la doctrina jurídica tanto española como europea.

P. COLLADO TRABANCO y

D. NUÑO PEÑA

Supervisión de ejecución de acabados, revestimientos y cubiertas

[Lex Nova, Valladolid, septiembre 2006, 429 páginas]

LEX NOVA

Este libro –quinto módulo formativo de los seis “Manuales prácticos para la formación del encargado en obra de edificación”– es el medio adecuado para facilitar la formación de los profesionales en esta materia y analiza todos los elementos constructivos que le dan aspecto final a un edificio: las cubiertas, los acabados y los revestimientos. El módulo se desarrolla en catorce unidades didácticas, aunque se pueden distinguir tres grandes apartados.

Las siete primeras unidades se dedican al estudio de las cubiertas, comenzando con el trazado de cubiertas sencillas, aunque

dando una visión general de la diversidad existente. También se proporciona un método cómodo para calcular la superficie y todos aquellos elementos relevantes que sean necesarios. Asimismo, se explican los revestimientos, desde las cubiertas de teja hasta los más sofisticados –de cinc o de cobre–, las cubiertas planas y sus materiales de impermeabilización, que han evolucionado espectacularmente en los últimos años.

En la unidad octava, se expone un tema importante: las carpinterías, las cerrajerías y la cristalería. Estos elementos son una partida de obra con un alto nivel de prefabricación, que llegan a la obra listos para su montaje.

Las seis últimas unidades irán dando un repaso sobre lo que comúnmente se conoce como revestimientos: los chapados, los alicatados, los revestimientos con morteros, los pavimentos interiores y exteriores, los techos y las pinturas y barnices.

Cada unidad sigue un esquema similar: comienza con una clasificación y descripción, si procede, de los materiales que utiliza, y después se comentan los aspectos relevantes de la ejecución en obra. Además, en las unidades que corresponda, se darán unos cuadros-resumen de los puntos más importantes que es imprescindible revisar en la obra, así como las indicaciones para realizar una medición y el presupuesto. Al final de todas las unidades existen unas pruebas de autoevaluación que servirán para ir comprobando si han quedado claros los conceptos explicados. Ladillos y recuerdos ayudarán a repasar las ideas más importantes.

Este libro pretende favorecer la formación de profesionales de la edificación, siendo por ello imprescindible y de gran utilidad en centros de formación profesional, academias y centros de enseñanza dedicados a la construcción, grandes empresas constructoras, Fundaciones Laborales de la Construcción, cámaras de contratistas, Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas (formación ocupacional y

continua) y, en general, en organismos y entidades públicas y privadas encargadas de la formación en construcción.

M.Á. MENÉNDEZ GONZÁLEZ

Manual para la formación de operadores de grúa torre

[Lex Nova, 9ª edición, Valladolid, noviembre 2006, 334 páginas]

LEX NOVA

La novena edición del presente manual, que surge tras la excelente acogida de las ediciones precedentes, da respuesta a la creciente demanda de formación referente a la actividad profesional de operador de grúa-torre, y su principal objetivo es contemplar todos los aspectos, tanto prácticos como teóricos, para obtener el carné habilitante para el ejercicio de dicha actividad. El gruísta necesita una formación específica para el manejo de la máquina, esta condición es exigible no sólo por la ITC-MIE-AEM2 sino también por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción y la Directiva de máquinas CE.

En este manual se desarrollan los conceptos técnicos y legales que tanto los gruístas veteranos, como los noveles y los aspirantes a serlo deben conocer y comprender para poder obtener el carné de operador de grúa-torre y posteriormente, utilizarlo de una manera profesional, responsable y segura.

Esta obra está especialmente pensada para profesionales de la construcción y obras públicas, inspectores laborales, abogados laboristas y graduados sociales, entre otros. Cabe destacar, por otro lado, el marcado carácter pedagógico de la monografía, pues al final de cada unidad contiene un cuestionario que permite evaluar el nivel adquirido.

J.F. MARTÍNEZ SEPTIEN

La jubilación. Régimen jurídico y procedimiento para su cálculo

[Lex Nova, 5ª edición, Valladolid, mayo 2006, 388 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que ya alcanza su quinta edición, adapta el contenido de las anteriores a las últimas modificaciones formativas referidas al cálculo de las pensiones de jubilación tanto en el Régimen General como en los distintos Regímenes Especiales que componen el Sistema de la Seguridad Social.

El autor, funcionario de la Seguridad Social y profesor universitario, recoge las diferentes tradiciones expositivas en la materia facilitando su comprensión con una serie de ejemplos y ejercicios prácticos en los supuestos susceptibles de originarse en la obtención del importe prestacional o en la determinación de la fecha de comienzo de los efectos económicos de la pensión.

El libro estructura su contenido a lo largo de doce capítulos. Tras un primer acercamiento a los aspectos más generales —exención de tasas fiscales, prescripción, incompatibilidades existentes con otras prestaciones o con la actividad laboral, etc.—, se abordan las cuestiones de fondo del régimen jurídico en cuestión, es decir, requisitos generales de acceso, hecho causante (con especial atención a las situaciones de alta, asimilada al alta y de no alta), edad, período previo de cotización, base reguladora y porcentajes aplicables en función de los años cotizados.

A continuación, la obra recoge el concreto y pormenorizado examen tanto de las distintas jubilaciones de carácter especial —en función de la situación de alta y dependiendo de circunstancias concretas de edad, pluriactividad o parcialidad en la jubilación— como de las relativas a los trabajadores encuadrados en los diferentes Regímenes, aparte del General, de la Seguridad Social (agrarios, por cuenta propia o autónomos, del mar y empleados de hogar).

Asimismo, son de destacar el bloque que analiza la figura del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), el dedicado al procedimiento y actuaciones de necesaria realización (alegaciones, presentación, plazos, resolución, reclamaciones y revisiones), que incluye formularios y modelos de solicitud y, por último, el capítulo en el que se exponen las consecuencias y efectos derivados del desempeño de trabajos por parte del beneficiario.

La obra incluye dos apéndices, con legislación y jurisprudencia, que recopilan la normativa y la más reciente doctrina judicial que sirven como cierre a la monografía. Asimismo, la obra se ve acompañada de un CD-ROM que permite calcular la pensión de jubilación de los trabajadores adscritos al Régimen General de la Seguridad Social y asimilados.

En definitiva, el hecho de que nos encontremos ante una quinta edición pone de relieve la óptima aceptación disfrutada por la obra, constituyendo, por tanto, un práctico instrumento para el estudio de la pensión de jubilación, ya que proporciona al interesado en la materia una eficiente herramienta de cara a la resolución de los problemas surgidos en la obtención de su cuantía.

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.