

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] **Recientes y significativos pronunciamientos  
jurisprudenciales en el sector  
de la construcción**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

### DOCTRINA:

- [11] **Los “delicados compromisos” en caso de  
traspasos de empresas, centros de actividad o  
partes de empresas o centros de actividad en  
la experiencia española**

JAIME CABEZA PEREIRO

- [31] **La difícil delimitación de la figura del promotor  
en la prevención de los riesgos laborales**

CÉSAR TOLOSA TRIVIÑO

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### [239] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS



# Editorial

## RECIENTES Y SIGNIFICATIVOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

La significación económica y social del sector de la construcción es evidente. El mismo ha pasado de representar el 6.9% del PIB de nuestro país en 1997, a suponer en el momento actual el 8.1% del PIB. El referido dinamismo se ha trasladado a la creación de empleo, resultando uno de los sectores más intensivos en la utilización del factor trabajo, de modo que, desde 1995, la ocupación ha crecido año tras año, representando en 2004 el 13.5% del total de los trabajadores ocupados. Igualmente, y desde el punto de vista empresarial, en el año 2005, según el Directorio Central de Empresas, el sector contaba con 98 grandes empresas (de más de 500 asalariados), de las cuales sólo 6 tenían más de 5.000 asalariados, 16.527 medianas, 206.233 pequeñas y 192.657 trabajadores autónomos.

La referida estructura profesional y empresarial plantea numerosos problemas vinculados con la temporalidad y el autoempleo, al que se añade la importante descentralización productiva. Otra realidad importante es la relativa a la siniestralidad laboral. En un reciente estudio elaborado por la Unión Sindical de Madrid de CCOO se ponía de manifiesto, entre otros datos, que en el sector de la construcción de dicha Comunidad y entre las empresas estudiadas, el 37.5% de las mismas tenía externalizadas cuatro o más actividades que correspondían con su actividad principal y el 50% había externalizado al menos dos; por otra parte, en casi el 63% de las empresas, el número de contratas o subcontratas presentes en el mismo centro ascendía a 10 o más.

El impacto de las referidas políticas empresariales tiene un efecto directo sobre la siniestralidad laboral: actualmente, el 60% de los accidentes de trabajo, el 50% de los accidentes mortales y el 55% de los accidentes graves afectan a los trabajadores con contrato temporal. Los jóvenes son el colectivo más afectado por esta situación de temporalidad: el 21% del total de accidentes con baja en el año 2002, los sufrieron menores de 24 años (el 76,1% tenía contrato temporal). Casi un 25% de los accidentes de trabajo, con baja, ocurridos durante el año 2004 se han producido en el sector de la construcción. Este sector, que ocupa al 13% del empleo, origina el 30% de los accidentes mortales (262 muertos en 2004, del total de 968 fallecidos). En el año 2005, las cifras han sufrido un significativo repunte y los accidentes producidos en la construcción han tenido como protagonistas a los trabajadores de contratas (terrible ejemplo ha sido la muerte de seis personas en la

construcción de la autovía del Mediterráneo, en Almuñecar). Siniestralidad y subcontratación forman un peligroso cóctel en el que influyen factores tales como los ritmos a los que se ejecutan las obras (destajos); la disminución de la mano de obra cualificada; o el encadenamiento masivo de contratas y subcontratas.

Una primera cuestión que venía suscitando un intenso debate era la relativa al juego del binomio promoción-construcción y la consideración de la segunda como propia actividad de la primera. Un sector de la doctrina de suplicación, venía considerando a la actividad de construcción como propia actividad (STSJ Asturias de 26 de marzo y 30 de abril de 1999, Cataluña de 28 de noviembre de 2001; o, en fin, STSJ Cantabria de 12 de diciembre de 2002). Otra tendencia, bastante nutrida, sostenía, sin embargo, la solución contraria (SSTSJ de Andalucía, Sevilla, de 9 de julio de 1997, de Cataluña de 28 de julio de 1997, y 2 de febrero y 19 de mayo de 2000). La **STS de 20 de julio de 2005** (RJ 5595), que es objeto de atento y contextualizado estudio por César TOLOSA en este mismo número, viene a resolver tan controvertida cuestión.

Se trataba de una reclamación de cantidad dirigida por dos trabajadores frente a su empleador (una empresa del sector de la construcción que había contratado la ejecución de una obra) y frente a la inmobiliaria que había promovido la construcción y la había contratado con el empleador de los trabajadores. La reclamación frente a la inmobiliaria se fundamenta en el artículo 42 ET, que impone la responsabilidad solidaria de ambas por deudas salariales siempre que la contrata se refiera a la propia actividad de la empresa principal. El Tribunal Supremo, después de analizar la regulación jurídica de la figura del promotor, establece que, aunque insertas en el mismo sector de la edificación, las actividades empresariales de los promotores y de los constructores son distintas. El promotor desarrolla una serie de acciones de iniciativa, coordinación y financiación de los proyectos de edificación que tienen carácter básicamente administrativo y comercial, mientras que la labor del constructor es fundamentalmente física y productiva. Se trata, por tanto, de actividades empresariales que son, en sí mismas, diferentes, aunque entre ellas pueda existir una conexión o dependencia funcional y, en este sentido, la actividad de construcción no es una actividad “inherente” al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria”. Añade la sentencia que “es cierto, como dice la parte recurrente, que sin construcción no habría promoción inmobiliaria, pero esa dependencia recíproca no implica unidad de actividad, de la misma manera que una actividad productiva cualquiera es presupuesto necesario para otra que se dedica a la comercialización de los productos de la primera sin confundirse con ella. Y también es cierto que un mismo agente económico podría a la vez dedicarse a la construcción y a la promoción, pero éste no es el caso y además la norma no contempla, para establecer la responsabilidad, la mera posibilidad de la concurrencia de actividad, sino la actualidad de esa coincidencia de actividades que en el presente caso no se ha acreditado. La conclusión es que la actividad de construcción no debe considerarse propia actividad de la de promoción.

Una segunda cuestión de enorme interés afecta al alcance de la competencia del orden social para conocer de las controversias relativas a indemnizaciones de daños y perjuicios

dirigidas contra los promotores y directores técnicos por los trabajadores de alguna de las empresas que prestan servicios en una obra de construcción. Como es sabido, en materia de responsabilidad civil el panorama es complejo por la ya tradicional disputa entre el orden social y el civil en cuanto a la competencia judicial para conocer de dichas reclamaciones de responsabilidad y en cuanto a la naturaleza, contractual o extracontractual, de dicha responsabilidad. Cuando la acción de responsabilidad civil se dirige frente al empresario empleador del trabajador accidentado, la Sala Primera del TS ha venido manteniendo una contumaz posición, entendiendo que la competencia corresponde al orden social y que se trata de una responsabilidad contractual (sin entrar ahora en el debate sobre su compatibilidad y coordinación –acumulabilidad o no– con las prestaciones de Seguridad Social y con el recargo) [MERCADER]. Mayores dudas suscitan los supuestos de concurrencia de varios empresarios, como ocurre en el ámbito de las obras de construcción, porque entonces la acción puede dirigirse también frente a otro/s empresario/s participante/s, directa o indirectamente, en la ejecución de la obra.

La Sala de lo Civil ha defendido su competencia, apelando, básicamente, al carácter extracontractual que, según su interpretación, presenta la responsabilidad empresarial derivada del accidente de trabajo. Dicho carácter extracontractual se explica, según la Sala Primera, en que el accidente es un acontecimiento fuera del contrato. Se ha señalado, en este sentido, que el resultado dañoso se produce “como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica del contrato de trabajo” [entre otras muchas, la STS, Sala Primera, de 30 de noviembre de 1999 (recurso 1110/1995), recoge esta afirmación]. De este modo, el demandante puede articular su demanda con fundamento en los artículos 1902 y 1903 CC y la competencia será del orden civil de la jurisdicción. A este argumento se añade el derivado de la propia letra del artículo 127.3 LGSS, que califica como civil la posible responsabilidad concurrente del empresario. Esta interpretación, que atribuye sin excepciones la competencia al orden civil, es, sin duda, la que cuenta con más avales en la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Frente a esta interpretación, la Sala Cuarta ha puesto en cuestión la calificación de la responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo como extracontractual. En efecto, el contenido del contrato de trabajo no sólo se determina por la regulación introducida en él por las partes, sino que está integrado fundamentalmente por los derechos y obligaciones que derivan de las disposiciones legales y reglamentarias. El deber de seguridad y protección es uno de estos deberes previstos legalmente que pasan a integrar plenamente la relación contractual entre empresario y trabajador, de forma que su inobservancia constituye necesariamente el incumplimiento de una obligación que integra el contenido del contrato y que, por ello, no puede tener otro carácter que contractual. Esta naturaleza contractual justifica y explica la competencia del orden social que conoce de todos los litigios que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo [artículo 2.a) LPL]. Pero, en cualquier caso, aunque la responsabilidad se calificara como extracontractual, la jurisdicción competente seguiría siendo la social, a quien corresponde el conocimiento de todas las cuestiones que afecten a la rama social del derecho (artículo 9.5 LOPJ). El daño se produce en el marco de una relación que vincula a empresario y trabajador y con ocasión del desarrollo de la actividad que es objeto de dicho contrato, de modo que el ilícito del que deriva la responsabilidad es un

ilícito laboral. Así lo ha proclamado en numerosas ocasiones la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que nunca ha dudado de su competencia en esta materia.

En el supuesto contemplado en la **STS de 22 de junio de 2005** (recurso 786/2004), la situación se complica porque, en esta ocasión, la reclamación de daños y perjuicios se dirige frente a una pluralidad de sujetos, todos ellos partícipes, más o menos directamente, en la ejecución de la obra en la que se produce el accidente. En este caso, la situación fáctica nos remite a una comunidad de bienes, propietaria de un terreno, que contrata con el “Corte Inglés” el arrendamiento de un centro comercial a construir en dicho terreno. Para dar cumplimiento a ese compromiso, la comunidad de bienes contrata la ejecución de la obra con una empresa contratista que, a su vez, decide subcontratar parte de la actividad. El accidente lo sufre un trabajador de la subcontratista y se produce cuando realizaba tareas propias de su profesión, reparando una estructura metálica del futuro edificio comercial. Como resultado del accidente, el trabajador es declarado en situación de incapacidad permanente total, imponiéndose, además, un recargo por falta de cumplimiento de las medidas de seguridad. Al margen de estos efectos, el trabajador interpone demanda de resarcimiento de daños y perjuicios frente a todas las entidades mercantiles previamente citadas en la medida en que todas ellas están obligadas, con mayor o menor alcance, a cumplir o vigilar el cumplimiento de las normas en materia de prevención de riesgos laborales y, junto a ellas, la demanda se dirige también frente al Promotor y la Dirección Técnica de la obra. Es precisamente esta última circunstancia la que genera el conflicto, en la medida en que, si bien en instancia se admitió la competencia del orden social para conocer de la reclamación, el Tribunal Superior de Justicia modificó este criterio negando la competencia de este orden para conocer de la pretensión deducida contra el Promotor y la Dirección Técnica de la obra.

La solución que aporta a esta cuestión el Tribunal Supremo se inscribe en la línea ya consolidada en la Sala Cuarta conforme a la cual a ésta le corresponde la competencia para conocer íntegramente de las demandas derivadas de un ilícito típicamente laboral como es el que puede estar en el origen de un accidente de trabajo. Es reiterada la jurisprudencia social que señala su competencia para conocer de reclamaciones de indemnizaciones de daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo. El Tribunal Supremo recuerda, en esta ocasión, que el accidente de trabajo acoge e incluye toda la materia amplísima de la prevención de riesgos laborales, materia que encaja sin ninguna duda en la rama social del derecho, siendo manifiestamente ajena al derecho civil. Por eso, si cualquier persona causa por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia, un accidente que provoca lesiones a uno o varios trabajadores, la responsabilidad se inserta en el campo propio del derecho laboral, aunque no exista vinculación contractual alguna entre el responsable y el trabajador, de forma que esta responsabilidad extracontractual queda englobada en la extensa y compleja materia de la prevención de riesgos laborales.

La razón fundamental reside en que el empleador asume en el contrato la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, deber de seguridad en el trabajo que es calificado de básico

en los artículos 4.2.d) y 19.1 ET. Esta obligación, impuesta *ex lege*, debe implicar que la no observancia de las normas garantizadoras de la seguridad en el trabajo, por el empleador, constituye un incumplimiento del contrato de trabajo, contrato que constituye el parámetro esencial para determinar y delimitar la competencia del orden jurisdiccional laboral, conforme prescriben los artículos 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 2 LPL. Así pues, como afirma el Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta, “si el incumplimiento de la norma de seguridad se produce en la esfera de influencia del contrato de trabajo, en cuyo campo el empleador es deudor de tal seguridad, no parece aventurado concluir que el conocimiento de las consecuencias, que derivan de aquel incumplimiento, debe corresponder al orden social, reservándose al orden jurisdiccional civil aquellos otros supuestos que se produzcan fuera del campo delimitado por el contrato de trabajo”.

Dejando al margen el complejo terreno de la prevención de riesgos laborales, una última sentencia que también se proyecta sobre este sector de actividad merece nuestra atención. El pronunciamiento al que nos referimos es la **STS de 19 de septiembre de 2005** (recurso 4524/2004). En la misma se plantea la muy importante cuestión de si el prorrateo de las pagas extraordinarias libera o no al empresario de su obligación de abonarlas. Más en concreto, se trata de determinar si las dos gratificaciones extraordinarias han de ser abonadas en las fechas en las que el Convenio Colectivo de la Construcción de Madrid lo había previsto, o si es posible su anticipo fraccionado en cada uno de los meses en que se prestan servicios.

La clave para decidir este litigio está, básicamente, en los artículos 31 ET y 31 y 34 del Convenio de la construcción aplicable. El primero de estos preceptos, al tratar de las gratificaciones extraordinarias a abonar, una con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra cuando se diga en el convenio colectivo o el pacto entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores, termina diciendo: “No obstante, podrá acordarse en convenio colectivo que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades”. El legislador ha dispuesto en esta materia reglas que reservan a la Ley una parte de la disciplina de las gratificaciones extraordinarias, como es el número de ellas y que una se abone con ocasión de las fiestas de Navidad; en lo que respecta al mes en que se deba abonar la otra gratificación, la cuantía de ambas y la posibilidad de un prorrateo en las doce mensualidades, se remite a lo que conste en la negociación colectiva, bien en el convenio colectivo aplicable, bien a través de acuerdos de empresa, excluyendo del pacto individual cualquier modificación de estas condiciones, salvo cuanto tenga por objeto mejorar las que corresponden a los trabajadores. El referido pronunciamiento descarta cualquier papel en este terreno a la autonomía individual, dado que “el acuerdo individual entre empresario y trabajador para prorratear el abono de las gratificaciones extraordinarias en los doce meses del año no parece contar con la necesaria autorización legal para legitimarlo, en cuanto que el artículo 31 ET reserva la ordenación de este aspecto a la negociación colectiva”.

Confirmado el nulo papel que reserva la ley al contrato de trabajo en esta materia, la STS de 19 de septiembre de 2005 entra en el análisis de la posible configuración convencional de la cuestión controvertida. El artículo 31 del Convenio de referencia establece que “el

trabajador tendrá derecho exclusivamente a dos gratificaciones extraordinarias al año, que se abonarán en los meses de junio y diciembre, antes de los días 30 y 20 de cada uno de ellos, respectivamente”. Por su parte, el artículo 34 del mismo pacto colectivo, al tratar del salario global, dispone que “Queda prohibido todo pacto por salario global, debiéndose abonar todos los devengos pactados en este convenio en las fechas previstas para cada uno de ellos, de tal manera que cualquier prorrateo de las gratificaciones extraordinarias (junio y diciembre) se considerará como salario o jornal ordinario correspondiente al período en que indebidamente se haya incluido en dicho prorrateo”; la única salvedad que consiente la cláusula convencional se refiere al supuesto de distribución variable de la jornada, que no es el que ahora nos ocupa.

Señala la Sala que “los términos en que se expresan esos artículos del convenio colectivo son tan explícitos y de tal claridad que no consienten otra solución que la adoptada por la resolución impugnada, abstracción hecha del procedimiento hermenéutico de los previstos para la interpretación de los contratos en los artículos 1281 y siguientes del CC”. A partir de tal afirmación se concluye, en primer lugar, que aceptar la tesis contraria supondría desconocer la fuerza vinculante de los convenios colectivos, reconocida en el artículo 37.1 CE y en el artículo 82 ET. En segundo término, se afirma que al trabajador demandante se le abonó una retribución mensual “con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias” y que, con ello, y en contra de lo pretendido por el recurrente, no puede operar la técnica de la compensación, “en primer lugar, porque no se trataría del medio de extinción de la obligación de la compensación, pues no estamos en presencia de personas que sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, pues el actor no aparece como obligado a prestación alguna, tratándose si acaso del pago regulado en los artículos 1157 y siguientes del Código Civil, y en segundo término, el convenio colectivo no consiente el efecto que el recurrente pretende dar al pago efectuado porque, luego de disponer de manera categórica que queda prohibido todo pacto por salario global, el prorrateo de las pagas extraordinarias no libera al empresario, sino que lo abonado se “considerará como salario o jornal diario correspondiente al período en que indebidamente se ha incluido en su prorrateo”. De este modo, el convenio establece “una penalidad que debe soportar el empresario que no abone las gratificaciones extraordinarias en las fechas previstas para cada una de ellas, sanción que consiste en lo satisfecho de manera irregular y extemporáneamente, sin que con ello se extinga la obligación de satisfacer, además, las gratificaciones extraordinarias”.

En conclusión, el prorrateo de las pagas extraordinarias no libera al empresario; por el contrario, lo abonado se considerará como salario o jornal diario correspondiente al período en que indebidamente se incluyó en el mencionado cálculo.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

# Los “delicados compromisos” en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o partes de empresas o centros de actividad en la experiencia española<sup>1</sup>

**JAIME CABEZA PEREIRO**

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

**I. Sobre el ámbito de aplicación de la sucesión de empresa. II. Efectos de la sucesión en el ámbito individual. III. Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable. IV. Sucesión de empresa y mantenimiento del mandato representativo. V. Derechos de información y consulta. VI. Sucesión de empresa en concurso.**

Como en otros Estados Comunitarios, para el Reino de España la incorporación de las obligaciones derivadas de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, ha sido un proceso bastante controvertido. Primero, y en la versión original –Directiva 77/187/CEE– porque el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores –ET–, inmodificado desde el año 1980 hasta 2001, apenas regulaba, en sus vagos términos, algunos de los aspectos contenidos en dicha norma derivada, con total omisión de otros, en particular los que se englobaban en la esfera colectiva. Ahora, porque la adaptación del artículo 44 a las modificaciones introducidas por la Directiva 98/50/CE, y que fueron el detonante para la codificación de ambas –la Directiva 77/187/CEE y esta última– en la hoy vigente Directiva 2001/23/CE se ha producido con demasiada precipitación, con el único objetivo aparente de cumplir los plazos de trasposición marcados por la de 1998. Y esa precipitación ha dado lugar, cuando menos, a múltiples cuestiones abiertas al intérprete, sin olvidar que ha propiciado críticas por las defectuosas reglas que ahora incluye el farragoso tenor literal del artículo

(1) El texto de este estudio se corresponde con mi intervención en la mesa “Transfer of Undertakings: a delicate compromise between individual protection, labour market and economic development”, del VIII Congreso Europeo de la Asociación Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Bologna, 20-23 de septiembre de 2005).

44 ET y ha omitido el tratamiento de aspectos cuya anomia produce consecuencias muy concretas.

Ello no obstante, lo cierto es que la materia es campo abonado para la discusión jurídica. No en vano el Tribunal de Luxemburgo ha tenido que pronunciarse en un número muy llamativo de ocasiones sobre múltiples aspectos de la regulación comunitaria, en especial el relativo a su ámbito de aplicación. Y lo mismo sucede con los órganos internos de la jurisdicción española, cuya aplicación de la Directiva y del precepto estatutario ha sido extraordinariamente prolija. Los criterios han sido múltiples y en más de una ocasión, contradictorios entre sí, sin perjuicio de que puedan identificarse determinadas líneas de tendencia. A ellas, no sólo en su dimensión jurisprudencial, sino en la más amplia de descripción de “catálogo de problemas” voy a tratar de referirme con brevedad. No pretenderé un examen general del fenómeno de lo que en Derecho interno denominamos sucesión de empresa, sino solamente apuntar algunas líneas de tendencia que pueden dar pistas de los “delicados compromisos” a los que quiere referirse este estudio.

## I. SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA

El artículo 44 ET comienza, también en su versión actual, con la ya clásica negación de que “el cambio de titularidad de una empresa, un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral”. Pero, para una descripción más precisa del supuesto de hecho, el apartado segundo del artículo 44 define la sucesión de empresa en unos términos que constituyen copia literal del concepto “traspaso”, a efectos de la Directiva, contenido en el artículo 1.b) de la Directiva 2001/23/CE. A la vista de la más que conflictiva relación de encuentros y desencuentros que había habido entre el Tribunal Supremo español y el Tribunal de Luxemburgo, especialmente visibles a lo largo de la última década del siglo XX, parece razonable esta toma de postura. La opción por aproximar todo el bagaje jurídico interno a las construcciones normativas y hermenéuticas comunitarias, y, al mismo tiempo, de ajustar el concepto a la opción de la Directiva 98/50/CE, correctora de las líneas interpretativas más expansivas del Tribunal de las Comunidades<sup>2</sup>, era sin duda la más adecuada para una trasposición al Derecho interno.

Pero, siendo eso así, la jurisprudencia interna se vio obligada a “plegarse” a la doctrina del Tribunal de Luxemburgo implícitamente convalidada por la norma comunitaria. Lo cual fue muy visible en el asunto de la sucesión de empresas contratistas en actividades que descansaban particularmente en la mano de obra. La conocida doctrina consolidada a partir del asunto *Süzen*<sup>3</sup> era conocida y causaba perturbación a la vista de la jurisprudencia interna: “en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente

(2) En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M., “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales”, RL, núm. 11-12, 2002, pág. 179, alude a la tendencia de la Directiva 98/50/CE de “podar” alguna línea jurisprudencial.

(3) Asunto C-13/95. Sentencia de 11 de marzo de 1997.

en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una actividad económica y por ello ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”. Y, después de un recorrido procesal que ahora no merece comentarse, el TS español, en Sentencia de 27 de octubre de 2004<sup>4</sup>, hizo propia esa toma de postura, aunque por obediencia más que por convencimiento. Así pues, para valorar la operación hay que tener en cuenta, en particular, el tipo de empresa o de establecimiento de que se trate. Y la importancia que debe atribuirse a distintos criterios varía en función de la actividad y de los métodos de producción. Allí donde la entidad funcione sin elementos significativos de activo material o inmaterial, la asunción de una parte sustancial de la plantilla se incluye dentro de la descripción de sucesión de empresa del artículo 44.2 ET.

Como quiera que el TS, al acatar la doctrina comunitaria, formula importantes reservas relacionadas con el funcionamiento del mercado de trabajo, bien está resumirlas<sup>5</sup>. Entiende el Tribunal que, con ella, se confunden los efectos con la causa de la transmisión. Y que se pueden producir efectos perversos: en la actualidad, hay diversos convenios sectoriales de empresas contratistas que contienen cláusulas subrogatorias a cuyo amparo la entidad que asume la actividad está obligada a asumir, con ciertas condiciones y requisitos, a la totalidad o a parte del personal de la anterior adscrita a la contrata. Pero la doctrina descrita puede producir un retraimiento en estas cláusulas, cuya estipulación puede implicar la subsunción del supuesto fáctico en el artículo 44 ET, cosa que no sucedía anteriormente. Y, más en general puede fomentar conductas de no contratar a ninguno o a casi ninguno de los trabajadores de la anterior contratista, ante la posibilidad de tener que asumirlos a todos<sup>6</sup>.

**PARA VALORAR ESTOS  
TRASPASOS, CUYA  
IMPORTANCIA VARÍA  
SEGÚN LA ACTIVIDAD Y  
LOS MÉTODOS  
DE PRODUCCIÓN, HAY  
QUE TENER EN CUENTA  
EL TIPO DE EMPRESA O  
ESTABLECIMIENTO**

(4) Recurso de casación para la unificación de doctrina 899/2002. Ponente: Excm. Sra. M. Calvo Ibarlucea. Se refería a un trabajador de una concesión de servicios de mantenimiento, no asumido por la nueva concesionaria después de que sufriera un accidente de trabajo.

(5) Reservas, por cierto, también contenidas en la STS de 20 de octubre de 2004, recurso de casación para la unificación de doctrina 4424/2003. En ésta ya se alude al criterio de “sucesión de plantilla”.

(6) Manifestando esta preocupación poco antes de que se dictase la sentencia comentada, SANGUINETTI RAYMOND, W., “El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma”, RL, núm. 21, 2004, págs. 19 y ss.

Otra preocupación expresada por la sentencia del TS se refiere a la posibilidad de que se faciliten ciertas descentralizaciones productivas “estratégicas” mediante las cuales los trabajadores vean disminuidas sus garantías. Hasta ahora, la sucesión de empresa se hacía acompañar precisamente de la transmisión de elementos materiales o inmateriales, de forma que los trabajadores seguían la suerte de éstos, es decir, de los activos económicamente valorables. La posible escisión entre ambos conceptos puede producir que los trabajadores se encuentren ante la tesitura de la pérdida de su empleo, porque el nuevo empresario carezca de establecimiento productivo.

Y, por supuesto, ha habido ya comentarios en clave crítica de esta sentencia. Por ejemplo, se ha puesto de manifiesto que la alternativa –hasta ahora predominante en la jurisprudencia– de no subsumir estos supuestos de hecho en el artículo 44, salvo cláusula convencional en sentido contrario, acuerdo de voluntades entre cedente o cesionario o exigencia de la Administración Pública contratante, consistía en la extinción del contrato, con o sin indemnización<sup>7</sup>. Y también, que la postura tradicional del TS español rebajaba a límites muy preocupantes la posibilidad de que los trabajadores de empresas contratistas contaran con la más mínima garantía de estabilidad en el empleo, sobre todo si a ella se unía la doctrina vigente que admite la licitud del contrato de obra y servicio determinado ligado al período de vigencia de una contrata<sup>8</sup>.

La jurisprudencia sobre la sucesión de plantilla no ostenta una generalidad mayor que la que se deduce de sus propios términos. Quiere decirse con ello que, en los casos en los que no se produzca por parte del contratista entrante la asunción de un conjunto de trabajadores, si no tiene lugar transferencia de elementos materiales o inmateriales, no se opera una sucesión de empresa, sino una sucesión en la actividad no regulada por el artículo 44 ET. Así lo ha ratificado el TS tan pronto como ha tenido ocasión, en contraste con su novísima doctrina<sup>9</sup>.

Como es evidente, los debates en el ordenamiento español no se restringen a este problema, sino que existen muchos más. Por traer a colación alguno adicional, es de mucho interés el relativo al adyacente tema de las subrogaciones convencionales, contenidas en diversas cláusulas de convenios de sector. A partir de ahora, sus efectos van a estar muy condicionados por la doctrina de la sucesión en la plantilla, sobre todo teniendo en cuenta las consecuencias que deben extraerse del asunto *Temco*<sup>10</sup>. No obstante, plantea problemas autónomos derivados de los términos en que la cláusula se haya redactado. Por ejemplo, un tema de fuerte discusión ha sido el del carácter constitutivo o declarativo de

(7) SALA FRANCO, T., “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras y servicios: puntos críticos”, AL, núm. 9, 2005, págs. 1036-7.

(8) RENTERO JOVER, J., “La sucesión en la actividad tras la STS de 27 de octubre de 2004”, RDS, núm. 30, 2005, págs. 170-1. Enfatiza este autor que la nueva jurisprudencia no impide en absoluto que se sigan negociando cláusulas subrogatorias, al igual que se están negociando subrogaciones de contratos de obra y servicio para combatir la doctrina dictada al respecto.

(9) STS de 19 de abril de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2423/2003).

(10) Asunto C-51/2000. Sentencia de 24 de enero de 2002.

las exigencias formales que el convenio exige a la empresa cedente para con la cesionaria —en esencia, una transmisión documentada de datos—. Ya desde hace algunos años, el TS ha optado por reconocer que las exigencias formales condicionan la propia subrogación, de tal forma que el empresario entrante sólo asumirá a los trabajadores, en los términos previstos en la cláusula, cuando el saliente no haya incurrido en omisiones sustanciales en el cumplimiento de dichas exigencias<sup>11</sup>. Pero, además, se suscitan crecientes problemas sobre el ámbito de aplicación de las cláusulas convencionales, cuando la empresa cesionaria alega que no le es de aplicación un convenio cuyo ámbito de aplicación no le alcanza. Lo cual, si sucedió tradicionalmente de forma episódica, constituye una creciente preocupación, sobre todo cuando se trata de situaciones en las que de propósito se busca la no aplicación del convenio mediante la negociación o la aplicación de uno de conveniencia. Las dificultades que cotidianamente se suceden con las empresas de servicios varios pueden constituir un ejemplo elocuente.

Por lo demás, las dudas interpretativas que ordinariamente se han planteado en relación con las cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos no se superaron con una referencia explícita a las mismas en la nueva versión del artículo 44 ET tras la reforma producida por la Ley 12/2001, de 9 de julio<sup>12</sup>. Entretanto, la situación fáctica y los efectos de la subrogación son los previstos en la norma convencional y no en el Estatuto de los Trabajadores, con todas las diferencias de tratamiento que entre una y otro puede haber<sup>13</sup>. El tema tiene sumo interés, si se considera la proliferación de cláusulas de este tipo en los convenios de sector, con requisitos y efectos muy diversos entre ellas<sup>14</sup>. Y las diferencias de tan estrecho matiz que hoy en día derivarán en la aplicación o inaplicación de las garantías legales en el caso de cambio de empresario.

Ya en cuanto a otro problema, la práctica española, como las de otros ordenamientos, está surcada de supuestos en los que la sucesión es producto de un acuerdo entre las empresas, o de una imposición de la Administración contratante —el caso de los pliegos de condiciones—. Y, en tales casos, de conformidad con la doctrina mayoritaria del TS, no se produce legalmente sucesión de empresa que pueda ampararse en el artículo 44 del ET, por más que la consecuencia subrogatoria pretendida sea próxima a ella. La diferencia resulta de interés, puesto que, siendo inaplicable el régimen del ET y de la Directiva, debe

(11) Vg., STS de 9 de febrero de 1998 (recurso de casación para la unificación de doctrina 167/1997). Entre las más recientes, SSTs de 14 de marzo de 2005 (recurso de casación para unificación de doctrina 6/2004) y de 23 de mayo de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1674/2004).

(12) Lamentando esta omisión, RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M., *op. cit.*, pág. 191.

(13) En este sentido, v.g., STS de 23 de mayo de 2005 (cit.). También, implícitamente, STS de 14 de marzo de 2005 (cit.).

(14) Sería demasiado prolijo enumerar todas las normas convencionales, algunas referidas a sectores con tradición en esta materia, como limpieza, seguridad o mantenimiento. Existen, además, cláusulas subrogatorias en convenios del siderometal, de la construcción, de la hostelería, de la enseñanza, de servicios ferroviarios, concesionarias de aparcamiento y retirada de vehículos, enfermos y accidentados en ambulancia, sector portuario, asistencia domiciliaria, centros de asistencia a personas con discapacidad, pompas fúnebres, locales de espectáculos, tratamiento de aguas, y un muy largo etcétera. Resulta muy digno de comentarse, por su evidente condición de respuesta a la jurisprudencia del TS, el minucioso régimen establecido en el capítulo XI (artículos 61 a 72) del I Convenio Colectivo General del Sector de Servicio de Asistencia en Tierra en aeropuertos (*handling*) (BOE de 18 de julio de 2005). En líneas generales, a la vista de la proliferación de este tipo de cláusulas, especialmente en nuevos sectores de actividad, está muy lejos de verificarse la hipótesis de que la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo vaya a limitar la negociación y el acuerdo de estas cláusulas. Claro que la asunción de esta doctrina por el TS es demasiado reciente como para que puedan extraerse conclusiones siquiera provisionales.

aplicarse supletoriamente el artículo 1205 del Código Civil, que requiere consentimiento del acreedor en los casos de novación subjetiva del contrato, ya se produzca dicho consentimiento de forma expresa o tácita<sup>15</sup>. En los últimos años, se ha precipitado una muy abundante y unánime jurisprudencia del TS en relación con la adjudicación por parte de “Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea” (AENA) del servicio de *handling*, que obtiene una entidad de servicios como segundo operador. De acuerdo con los pliegos de condiciones, ello supondría la asunción del personal de Iberia que realizaba estos servicios, de acuerdo con unos criterios pactados con la representación de los trabajadores. Pero, comoquiera que se trata de una sucesión en la actividad no subsumible en el artículo 44 ET ni impuesta por convenio colectivo, el cambio de empleadora requeriría el consentimiento de los trabajadores y trabajadoras afectados. Es muy interesante la lectura de las más recientes sentencias dictadas sobre este asunto, porque muchas de ellas salen al paso de la aplicabilidad de la jurisprudencia antes comentada de la sucesión en la plantilla, con el discutible argumento de que lo que se sustancia es precisamente dicha sucesión en la plantilla<sup>16</sup>.

Tres precisiones más merece el tema del ámbito de aplicación de la sucesión de empresa, ya al margen de los supuestos de externalización de actividades. La primera alude a que, pese a los amplios términos en que se pronuncia el artículo 1.1.a) de la Directiva 2001/23/CE sobre este tema, de ningún modo cubre los supuestos de sucesión de empresa por razón de fallecimiento, jubilación o incapacidad del empresario. Por lo tanto, el artículo 44 ET incluye supuestos más heterogéneos que la norma comunitaria, sin que las sucesiones *mortis causa* o los supuestos asimilados a ella se vean directamente afectados por la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo. Al margen, por supuesto, de los negocios *inter vivos* que son propios de estas situaciones<sup>17</sup>. La segunda, se refiere a la exclusión de la letra c) del artículo 1 de la Directiva de “la reorganización administrativa entre autoridades públicas administrativas”, en confirmación de la doctrina del Tribunal de las Comunidades que ya se había decantado en este sentido excluyente<sup>18</sup>. Otra vez el legislador español perdió una buena oportunidad para decantarse sobre la aplicabilidad del artículo 44 a tales situaciones. En principio, no tiene que entenderse que la norma interna ha dejado de incluir situaciones que no contempla expresamente, pero que ha subsumido en ella la jurisprudencia, por el hecho de que la normativa comunitaria las

(15) Artículo 1205 Código Civil: “la novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor”.

(16) Algunas de las más recientes sentencias —no todas ellas aluden a la jurisprudencia de la sucesión de plantilla— son las siguientes: SSTs de 19 de enero de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 5895/2003) —ésta convalidó la subrogación porque no existió acto nulo de pleno derecho, sino anulable—, de 21 de enero de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 5067/2003), de 31 de enero de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 6025/2003), de 7 de febrero de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 650/2004), de 15 de marzo de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 367/2004), de 21 de abril de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1860/2004), de 19 de mayo de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1347/2004) —también convalidando la subrogación porque no existió acto nulo de pleno derecho, sino anulable— y de 3 de junio de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1822/2004).

(17) Llamando la atención sobre esta diferencia entre la Directiva y el Estatuto de los Trabajadores, MARÍN CORREA, J.Mª., “La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23”, RMTAS, núm. 48, 2004, pág. 88.

(18) Asunto Henke, C-298/94, Sentencia de 15 de octubre de 1996.

excluya de forma expresa. Más bien, parece razonable entender que el TS sigue vinculado por su doctrina anterior, sin que la postura de la Directiva 98/50/CE constituya motivo suficiente para un cambio de criterio<sup>19</sup>. Comoquiera que sea, lo cierto es que de nuevo debe decirse que el legislador interno desaprovechó una buena oportunidad para clarificar este aspecto, así como otros colaterales en modo alguno sencillos que surgen cuando se trata de la sucesión de empresa en el ámbito de las Administraciones Públicas<sup>20</sup>.

La tercera y última cuestión adicional se dirige al apartado 4 del artículo 3 de la Directiva, que excluye la transferencia al cesionario de las obligaciones individuales y colectivas “en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes legales de Seguridad Social de los Estados miembros”. Como tal exclusión se produce “salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros”, el artículo 44 ET opta por la solución inclusiva —“... incluyendo los compromisos de pensiones...”—, expresa su apartado primero—. El tema tiene creciente interés, porque con esta opción el ordenamiento español ha quedado al margen de las disquisiciones del Tribunal de Luxemburgo relativas al alcance de la exclusión de dicho artículo 3.4<sup>21</sup>, por cierto, en una línea de interpretación restrictiva de dicho alcance.

**LA SITUACIÓN FÁCTICA Y  
LOS EFECTOS  
DE LA SUBROGACIÓN  
SON LOS PREVISTOS EN  
LA NORMA CONVENCIONAL  
Y NO EN EL ESTATUTO  
DE LOS TRABAJADORES**

## II. EFECTOS DE LA SUCESIÓN EN EL ÁMBITO INDIVIDUAL

También limitándome a la identificación de algunos problemas concretos que suscita en el Reino de España la aplicación combinada de la Directiva y de su norma de trasposición, existen ciertos aspectos del capítulo II de la Directiva resistentes a la consolidación de una jurisprudencia más o menos estable, pese a que se trata de cuestiones que no se han visto afectadas por las reformas de 1998 y de 2001, en el sentido de que el derecho interno no se ha visto afectado por la normativa comunitaria. Ahora, el artículo 3.1, inciso segundo, de la Directiva contempla de modo expreso la posibilidad de que los

(19) Aplicando el artículo 44 a estas situaciones, v.g., SSTs de 24 de julio de 1996 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3148/1995) y de 16 de enero de 2002 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4879/2000).

(20) Vid. esta reflexión en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *op. cit.*, pág. 188.

(21) V.g., asunto Beckmann, C-164/00, Sentencia de 4 de junio de 2002 y asunto Martín y otros, C-04/01, Sentencia de 6 de noviembre de 2003.

Estados establezcan, para después de la fecha del traspaso, que el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha de dicho traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral vigente en el momento del mismo. Con algunos matices que ahora no vienen al caso, esta norma se aproxima a los objetivos del actual artículo 44.3 del ET, que contempla —y contemplaba antes de 2001— una responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario, en el caso de transmisiones *inter vivos*, por las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

Conviene no perder de vista que la norma interna no discrimina el hecho de que la relación laboral estuviera vigente o no en la fecha de la sucesión. El tema tiene una singular importancia, porque la doctrina judicial ha vacilado sobre la responsabilidad en los casos de despidos o extinciones de contrato producidos por el transmitente, acaso en alguna ocasión a la vista del futuro cambio de titularidad, pero cuyo enjuiciamiento da lugar a un pronunciamiento de despido ineficaz que sucede después del hecho sucesorio. Por supuesto, y en línea de principio, no habrá ninguna dificultad en relación con los contratos válidamente extinguidos y enjuiciados antes del traspaso, a los que no afecta el hecho sucesorio más allá de que el nuevo empresario responda de las indemnizaciones y salarios pendientes de pago. Porque —debe recordarse otra vez— el Derecho interno no exige para ello que el contrato persista cuando sucede la transmisión.

Las respuestas que la doctrina judicial ha aportado a estas situaciones han sido variadas. En la actualidad, predomina la tesis de que la empresa cedente y la cesionaria responden solidariamente de las consecuencias del despido, ya sea por la readmisión, ya por la indemnización<sup>22</sup>, sin perjuicio de que la segunda más tarde pueda reclamar la cantidad satisfecha al trabajador del primer empresario en vía de regreso<sup>23</sup>. En todo caso, y problemas procesales al margen, el régimen de la solidaridad normalmente abocará en una extinción indemnizada del contrato, sin perjuicio de que el trabajador puede ser readmitido por cualquiera de las dos empresas<sup>24</sup>. Si lo fuera por la sucesora, probablemente entrara en juego el artículo 4.2 de la Directiva, encarnándose en este caso la indemnización por rescisión del contrato a causa de modificaciones sustanciales derivadas del traspaso con bastante fidelidad en la institución de la readmisión irregular y del auto judicial extintivo del artículo 279 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral —LPL—.

Dicho sea de paso, ha habido ciertas opiniones en el sentido de que el artículo 4.2 de la Directiva no se encuentra adecuadamente incorporado al derecho español, pues no existe un derecho del trabajador a extinguir el contrato a causa de las modificaciones sustan-

(22) STS de 1 de marzo de 2004 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4846/2002).

(23) STS de 4 de octubre de 2003 (recurso de casación para la unificación de doctrina 585/2003), y jurisprudencia anterior en ella citada. En esa jurisprudencia se recogen interesantes argumentos históricos para avalar la doctrina de la solidaridad, a la vez que se justifica la posibilidad de apartarse de la más restrictiva responsabilidad para el cesionario prevista en la Directiva.

(24) Una crítica a la doctrina judicial sobre esta cuestión en CARDENAL CARRO, M., “Una cuestión pendiente en el régimen de sucesión de empresa. ¿Quid iuris respecto de las relaciones laborales cuya extinción está impugnada ante los Tribunales?”, AS, núm. 16, 2004.

ciales producidas con ocasión de la sucesión de empresa<sup>25</sup>. Bien es cierto que el propio cambio de empleador constituye una modificación relevante del contrato, que puede ser en ocasiones extremadamente perjudicial para el trabajador, especialmente en el caso de ciertas descentralizaciones estratégicas, a la que no se vincula un derecho rescisorio indemnizado. No obstante, da la impresión de que dicho precepto comunitario no se refiere precisamente a dicha modificación de la parte empleadora, sino al cambio sustancial en otras condiciones con ocasión del traspaso. Siendo eso así, las modificaciones más relevantes se circunscriben a las letras a) a c) del artículo 41 ET y a los traslados, unas y otros cubiertos por sendos derechos rescisorios que generan una indemnización a favor del trabajador. Sin perjuicio, por supuesto, de que existen otras modificaciones, igualmente sustanciales, que no pueden acogerse a esta posibilidad y con respecto a las cuales es claro que no se reconoce un derecho homologable al proclamado en el artículo 4.2 de la Directiva. Aunque debe añadirse que corresponde al Tribunal de las Comunidades decidir si la expresión “modificación sustancial de las condiciones de trabajo” de dicho precepto es simétrica a la homónima del artículo 41 ET.

En otro orden de consideraciones, dicha responsabilidad solidaria se extiende, de conformidad con el artículo 44.3, a lo largo de tres años. Esta regla resulta paradójica, porque convive con otra, la del artículo 59.1 ET, que establece un plazo general de un año de prescripción para las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan fijado otro especial. En consecuencia, se produce el curioso efecto de que la responsabilidad solidaria se extiende en el tiempo por un plazo superior en tres veces al de prescripción<sup>26</sup>. Y plantea la duda de si el artículo 44.3 produce el efecto de ampliar el plazo prescriptivo, de modo que el empresario cedente y el cesionario responden, y además de forma solidaria, más allá del plazo de un año y sin que la reclamación judicial o extrajudicial deba considerarse prescrita. O si más bien debe entenderse que el artículo 44 ET no permite entender ampliado dicho plazo. En realidad, se trata de un tema abierto, aunque la doctrina del TS, bien que de un modo más tácito que expreso, se decanta por la primera alternativa<sup>27</sup>.

### III. SUCESIÓN DE EMPRESA Y CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

Acaso uno de los aspectos de más difícil solución en el ordenamiento laboral español, la aplicación del convenio colectivo de la empresa cedente o de la cesionaria en los casos en que ambas entidades se rijan por diferentes normas convencionales, ha sido abordado en la reforma del artículo 44 con ocasión de la Ley 12/2001, de 9 de julio. En términos generales, ha supuesto la decantación por una de las líneas de doctrina judicial, acaso la

(25) Así lo manifiesta SANGUINETTI RAYMOND, W., *op. cit.*, pág. 14. En un sentido contrario, y con excesiva confianza en la adecuación, MARÍN CORREA, J.M<sup>a</sup>., *op. cit.*, pág. 92.

(26) Sobre las causas históricas de esta paradoja, SANGUINETTI RAYMOND, W., *op. cit.*, págs. 26-7.

(27) STS de 28 de enero de 2004 (recurso de casación para la unificación de doctrina 58/2003). Digo tácitamente porque la Sala en realidad resuelve, para aportar una solución contraria, una responsabilidad de prestaciones de Seguridad Social por descubiertos en las cotizaciones.

minoritaria<sup>28</sup>, que hasta la fecha se había propiciado. Se establece la regla, disponible por acuerdo de empresa en contrario tras haberse consumado la sucesión, de que las relaciones laborales seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuese de aplicación en la entidad transferida. Y de que tal aplicación se mantendrá bien hasta la expiración del convenio colectivo de origen, bien hasta la entrada de otro convenio nuevo aplicable a la entidad económica transmitida.

Con unas reglas aparentemente sencillas, el artículo 44.4 suscita un buen cúmulo de incertidumbres, relacionadas con otras tantas cuestiones derivadas de nuestro régimen de negociación colectiva. Algunas de ellas —alcance de la expresión “convenio colectivo”, en el sentido de referirse sólo a los estatutarios o también a los extraestatutarios, posible eficacia retroactiva de un convenio que entra en vigor después del traspaso en la empresa cedente y posible afectación a los trabajadores cedidos, modificaciones del convenio de origen sucedidas después de la transmisión, aplicabilidad o no de la parte obligacional del convenio, etc.— por más que interesantes, no serán objeto de comentario en este momento, básicamente porque sobre las mismas el TS no se ha pronunciado expresamente después de 2001<sup>29</sup>.

La regla de mantenimiento del convenio de origen se manifiesta como una opción puramente temporal, en concordancia con el artículo 3.3 de la Directiva 2001/23/CE, si bien el legislador español no ha recurrido a la limitación anual de sus efectos. Este carácter temporal exige verificar en qué consiste exactamente la alternativa que plantea la norma; expiración del convenio de origen o entrada en vigor de uno nuevo aplicable a la entidad económica transmitida. Poco cabe concluir sobre el segundo término de la alternativa, además de especular con la posibilidad de que se produzca una coexistencia de un convenio nuevo aplicable a parte del personal con el de origen aplicable al restante personal hipotéticamente no cubierto por el nuevo. Más polémica ha suscitado el primero, en relación con el significado técnico de la palabra “expiración”: si bien se refiere a la vigencia inicial del convenio, o si debe tener en cuenta también los períodos de prórroga —artículo 86.2— y ultraactividad —artículo 86.3—, de tal modo que durante los mismos todavía no se hubiera producido la “expiración” prevista en el artículo 44.4 ET. Se trata de una duda que ha producido tomas de postura antagónicas por parte de la doctrina<sup>30</sup>, pero sobre la cual se ha decantado ya el TS, en la línea de considerar no expirado el convenio en prórroga legal y en prórroga ultraactiva<sup>31</sup>. De modo que, en la práctica, sólo la existencia

(28) Un análisis exhaustivo de la materia antes de la reforma en MELLA MÉNDEZ, L., *Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable*, Comares, Granada, 2000.

(29) Un comentario a todos ellos en GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Transmisión de empresa y convenio colectivo aplicable”, *RL*, núm. 13, 2003, págs. 13 y ss.

(30) A favor de un entendimiento estricto, de acuerdo con el cual el convenio en fase de ultraactividad ya habría expirado, y admitiendo como mucho la “no expiración” de un convenio en prórroga ordinaria, GORELLI HERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, págs. 25-6. La misma postura, aunque sin aludir a la prórroga ordinaria, MARÍN CORREA, J.M., *op. cit.*, pág. 95. Por la tesis de un entendimiento amplio, VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las garantías colectivas en la transmisión de empresa”, *RL*, núm. 11-2, 2002, pág. 208, considerando que sólo el “acuerdo expreso” del artículo 86.3 ET determina la expiración del convenio a los efectos del artículo 44.4 ET. En la misma postura, SANGUINETTI RAYMOND, W., *op. cit.*, pág. 24.

(31) STS de 22 de marzo de 2002 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1170/2001). Una crítica a

de una nueva norma convencional aplicable a la unidad sucedida produce como consecuencia dicha “expiración”. O, si se prefiere, la alternativa del artículo 44.4, inciso segundo, en la realidad se refunde en una única opción. Lo cual, desde el punto de vista del carácter estrictamente normativo del convenio, parece absolutamente razonable.

Con esta aproximación del régimen del artículo 44.4 ET a las reglas de la concurrencia de convenios del artículo 84 —aproximación relativa, puesto que el ámbito del convenio aplicable a la entidad traspasada en el momento de la cesión podrá ser fácilmente “invadido” por un nuevo acuerdo aplicable a la misma, cualquiera que sea la unidad de negociación sobre la que se proyecte— lo cierto es que la entrada en vigor de la nueva norma convencional produce efectos idénticos a los previstos en los artículos 86.4 y 82.4 ET —esto es, la derogación de la norma convencional anteriormente aplicable, salvo estipulación expresa de contrario y la posibilidad de disponer de los derechos reconocidos en la misma<sup>32</sup>—. En realidad, el tratamiento resultante guarda una fuerte lógica interna con la regulación que el Título III del ET efectúa de la negociación colectiva estatutaria, en cuanto huye de otras alternativas posibles, como sería la de “contractualizar” el contenido normativo de la norma convencional que regía al tiempo de la transmisión. Esta alternativa, que convertiría las condiciones de la misma en derechos *ad personam* de los trabajadores afectados, produciría muchas consecuencias de diverso alcance y matices, pero entre otras la perturbadora de establecer dos regímenes jurídicos distintos entre trabajadores cedidos y trabajadores que no hubiesen pertenecido a la entidad cedente, por más que el régimen de aquéllos rigiera únicamente en el ámbito contractual individual. En otros términos, pondría trabas prácticamente insalvables a la unificación a medio plazo del régimen jurídico aplicable a todos los trabajadores de la unidad resultante de la cesión.

En estas tendencias, la transitoriedad en el mantenimiento de las condiciones colectivas de origen propicia que los trabajadores cedidos puedan padecer modificaciones muy importantes en sus condiciones de trabajo con el cambio de régimen convencional. El concepto de sucesión de normas va a prevalecer sobre el de derecho adquirido, en el objetivo implícitamente

**LA EMPRESA CEDENTE  
Y LA CESIONARIA  
RESPONDEN  
SOLIDARIAMENTE  
DE LAS CONSECUENCIAS  
DEL DESPIDO, PUDIENDO  
LA SEGUNDA RECLAMAR  
AL PRIMER EMPRESARIO  
LA CANTIDAD SATISFECHA**

esta sentencia, con argumentos de interés, en MOLERO MANGLANO, C., “Sucesión de empresa, convenio colectivo y condiciones de trabajo provenientes de convenio: la nueva jurisprudencia”, REDT, núm. 119, 2003, págs. 740 y ss.

(32) Véase esta idea, más desarrollada, en VALDÉS DAL-RE, F., *op. cit.*, pág. 208.

enunciado en la norma comunitaria y en la norma interna de que en un plazo no demasiado dilatado se unifiquen las condiciones de trabajo en la empresa, centro de trabajo, o parte de una u otro resultante del traspaso. Incluso se ha afirmado que el objetivo uniformizador ha producido en la práctica que la jurisprudencia del TS considere en términos muy adelgazados los derechos adquiridos, considerando expectativas de derechos condiciones que probablemente habría que considerar consolidadas en el patrimonio jurídico de los trabajadores<sup>33</sup>. Pero debe reconocerse que la unidad de régimen racionaliza las relaciones laborales en la entidad afectada, tanto para la empresa como para los trabajadores, cuya unidad de acción en el plano colectivo resultará más fácilmente asumible.

Las vicisitudes de la unificación de regímenes colectivos estarán condicionadas por la comparación en conjunto entre las condiciones del convenio aplicable a la entidad cedida en el momento de la transmisión y las que regulan en el mismo momento las condiciones en la entidad cesionaria. Cuando las vigentes en ésta sean más favorables, probablemente se alcanzará fácilmente un acuerdo de empresa —cuestión distinta es la de quién debe representar en esta negociación a los trabajadores afectados—. Pero si sucede a la inversa, el acuerdo que dispositiviza la regla del artículo 44.4, párrafo primero, será más difícil de alcanzar, de modo que habrá que estar a las reglas del párrafo segundo del mismo precepto y apartado. Pero, en el bien entendido de que, en tal caso, los trabajadores que se rigen por su norma convencional de origen no tendrán en ningún caso derecho al “espiguelo” de las condiciones más favorables de la norma convencional que regula la entidad de destino. Porque quienes se ven afectados como trabajadores por la sucesión no ostentan un derecho subjetivo a la aplicación de dicha norma convencional, sino sólo a que se les respeten las condiciones aplicables en la fecha del traspaso. Así las cosas, y como ha declarado recientemente la jurisprudencia, no puede considerarse discriminatorio el mantenimiento de un distinto régimen jurídico entre dos colectivos de trabajadores pertenecientes a la misma entidad<sup>34</sup>.

Pero la aplicación del convenio colectivo de origen puede evitarse mediante un acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores que establezca “lo contrario”. Es de muy oscura interpretación esta subordinada concesiva, pero una interpretación literal lleva a pensar que “lo contrario” debe consistir en la aplicación del convenio que rige en la entidad de destino de los trabajadores. Así pues, la regla de mantenimiento de las condiciones puede sustituirse por la de homologación anticipada de los regímenes convencionales en la empresa sucesora. Sin perjuicio de que puedan estipularse, probablemente antes del traspaso, pero también después, los tradicionales “pactos de

(33) Esta idea, más desarrollada, en MOLERO MANGLANO, C., *op. cit.*, págs. 760 y ss., con pormenorizada descripción de casos.

(34) STS de 12 de enero de 2005 (recurso de casación 10/2004). Textualmente expresa esta sentencia que “(...) así pues, con salvedad de lo que pudiese resultar con posterioridad en virtud de la sucesión de convenios colectivos, a la que hace referencia el apartado 4 del citado artículo, la propia ley autoriza en estos casos situaciones de desigualdad dentro de la misma empresa, naturalmente susceptibles de superación a través de la negociación colectiva, tanto estatutaria como extraestatutaria”. Un comentario a esta sentencia en SEMPERE NAVARRO, A.V., “Los trabajadores de la empresa ‘absorbida’ y la no discriminación”, AS, núm. 7, 2005.

homologación”<sup>35</sup>, en los que se establecen reglas específicas para la unificación de condiciones o para la congelación de ciertos derechos como garantías *ad personam*. Con el matiz de que éstos ostentan la condición de pactos extraestatutarios sometidos, por lo tanto, a la regla de concurrencia con los estatutarios establecida jurisprudencialmente<sup>36</sup> conforme a la cual el pacto extraestatutario posterior sólo es válido en su condición de norma más favorable y mediante la técnica del espiguelo. Así resulta de su inferior rango jerárquico en relación con los convenios regulados por el Título III ET.

Sin perjuicio de dichos pactos extraestatutarios, el artículo 44.4 contempla, por lo tanto, un acuerdo de empresa cuyo contenido consiste en la adhesión de los trabajadores transferidos a la norma convencional vigente en la empresa sucesora. El acuerdo no requiere, en este caso, que el convenio de aplicación en la empresa cesionaria sea más favorable para los trabajadores, ni siquiera en su conjunto. Cuestión distinta es que normalmente así sucederá, ante las más que probables reticencias de la representación de los trabajadores a pactar en otras condiciones distintas. Por otra parte, y puesto que la norma no exige —como no se hace con los acuerdos de empresa a lo largo de todo el Título I del ET— ninguna formalidad específica, será posible y hasta frecuente que este pacto del inciso 1º, artículo 44.4 se inserte materialmente en la fase de consultas prevista en el apartado 9 del artículo 44, siempre que la fase de consultas se desarrolle con el empresario de la empresa cesionaria. Sea como fuere, si al pacto de aplicación del convenio de la unidad de destino en sustitución del de la de origen se le añaden estipulaciones concretas “de homologación”, deben considerarse éstas como un pacto extraestatutario sometido a su lógica propia de concurrencia de instrumentos colectivos.

Más allá de las dudas que suscita el contenido del pacto en contrario y su relación con las normas colectivas en juego, otro asunto espinoso se centra en quién debe negociar ese acuerdo por la parte laboral. Evidentemente, la referencia a los “representantes de los trabajadores” del artículo 44 ET es, como las demás del texto estatutario, ambivalente: puede referirse tanto a la representación unitaria como a la sindical. Pero el problema reside en qué representación unitaria: la de la entidad cesionaria o la de la cedente. O sobre qué representación unitaria hay que medir la presencia de la sindical. Se trata de una cuestión que debe abrir la discusión sobre el mantenimiento de las relaciones de representación.

#### IV. SUCESIÓN DE EMPRESA Y MANTENIMIENTO DEL MANDATO REPRESENTATIVO

El mantenimiento del mandato cuatrianual de los delegados de personal y miembros de comités de empresa se condiciona en el ET a que la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserven su autonomía. En este sentido, la fórmula del ET, que hunde sus raíces en la jurisprudencia del TS<sup>37</sup>, es coherente con el

(35) Sobre ellos, con cita de doctrina judicial, GORELLI HERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, pág. 28.

(36) STS de 18 de febrero de 2003 (recurso de casación 1/2002).

(37) Sentencias de 1 de junio de 1990 (recurso de casación por infracción de ley, RJ 4996) y de 23 de junio de 1990 (recurso de casación por infracción de ley, RJ 6453).

mandato del artículo 6 de la Directiva 2001/23/CE. Lo determinante, pues, para que los representantes de los trabajadores no pierdan su mandato con ocasión del traspaso es la subsistencia del centro de trabajo por el que fueron elegidos, o mejor dicho, de la entidad económica dotada de autonomía. Porque si el cuerpo electivo, la unidad electoral, no se mantiene después del hecho sucesorio, la representatividad originaria no se subroga, sino que se diluye en la entidad resultante del cambio de empresario. Cuestión distinta será que la aplicación del artículo 4 ET produzca un aumento de plantilla que desencadene elecciones parciales o una disminución que propicie un acuerdo de empresa de acomodación de la estructura representativa –artículo 67.1, inciso último, ET–. Si así debe interpretarse, la consecuencia es que sólo cuando se mantiene la autonomía de la unidad electoral –normalmente, el centro de trabajo, aunque también los centros de trabajo de una provincia o de municipios limítrofes, en el caso del comité conjunto–, se conserva el mandato representativo. Por lo tanto, cuando dicha unidad electoral se diluye o desaparece, el mandato electoral desaparece asimismo. Puede que se produzca una fusión, en cuyo caso la consecuencia extintiva es evidente<sup>38</sup>, pero también una escisión, en la que también se desintegra el cuerpo electoral. Bien es cierto que estas afirmaciones no se han visto ratificadas por jurisprudencia del TS reciente, pero sí por doctrina judicial del Tribunales Superiores de Justicia que parece atendible<sup>39</sup>. En cualquier caso, el mantenimiento de la condición de representantes exige unas condiciones muy específicas que pueden producirse o no.

En consecuencia, la argumentación debe reconducirse a qué sucede cuando se extingue el mandato representativo. En tales casos, la Directiva impone –artículo 6.1, inciso último– que se garantice el derecho de los trabajadores traspasados a estar debidamente representados, si lo estaban antes del traspaso. Sin embargo, el artículo 44 ET guarda absoluto silencio al respecto. Silencio que debe colmarse con las reglas generales del mandato representativo, que se extiende a todos los trabajadores incluidos en la correspondiente unidad electoral, aunque no hubiesen votado en las elecciones correspondientes por no pertenecer en ese momento al censo electoral<sup>40</sup>. Así pues, colmando el interrogante que cerraba el epígrafe anterior, es la representación unitaria existente en la unidad electoral de destino de los trabajadores traspasados la que, entre otros cometidos, debe negociar, en su caso, el acuerdo de empresa al que se refiere el artículo 44.4 del ET. Por supuesto, si se negociase un “pacto de homologación” antes del traspaso, en tal caso la legitimación obrera descansaría en los representantes de la entidad cedente.

Ello no obstante, pueden producirse situaciones de vacío de representación si el traspaso lleva aparejada la pérdida de autonomía de la unidad cedida, sin que en la entidad cesionaria haya, por la causa que sea, representación de los trabajadores. Piénsese, v.g., en

(38) A ella se refiere MARÍN CORREA, J.Mª., *op. cit.*, pág. 94.

(39) Pueden citarse, como ejemplos, STSJ de Murcia de 23 de julio de 2002 (recurso de suplicación 574/2002), STSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2002 (recurso de suplicación 4872/2002) y STSJ de Canarias (Las Palmas) de 10 de marzo de 2005 (jur. 2005\103752).

(40) Con argumentación extensa, VALDÉS DAL-RÉ, F., *op. cit.*, págs. 213-4.

el caso de que en ésta no haya trabajadores con seis meses de antigüedad, la plantilla no alcanzase los once trabajadores o, por otra causa, no se hubieran promovido elecciones. En estos casos, queda comprometido el derecho de los trabajadores cedidos a estar representados, en unos términos difícilmente compatibles con el mandato del artículo 6.1.4, inciso último, de la Directiva.

Por otra parte, en el caso de que se extinga el mandato representativo a causa de la sucesión de empresa, regirán las garantías que corresponden al representante cuyo mandato se extingue por expiración del término. Sin que quepa apreciar incumplimiento de la Directiva por el hecho de no conservarse todas las garantías de los representantes con mandato en vigor. No de otra forma debe entenderse la remisión a la legislación interna que se contiene en el artículo 6.2 de la Directiva<sup>41</sup>.

### V. DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA

Quizá las operaciones de ajuste más evidentes del ordenamiento interno al comunitario en cuanto a la sucesión de empresa se refieren a estas cuestiones. En efecto, los apartados 6 a 10 del artículo 44 constituyen una adaptación bastante fidedigna, en la mayoría de las ocasiones literal en exceso, al artículo 7 de la Directiva. En realidad, los únicos aspectos en que se introduce alguna variación significativa son el muy concreto de la información en caso de fusión y escisión de sociedades, en regla por lo demás ya prevista en el artículo 238 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y en el más amplio de las consultas, que se regulan en el apartado 9 del artículo 44 mediante una fase construida a imagen y semejanza de las previstas en el ET para otros supuestos –artículos 40, 41, 47 y 51 ET–.

No se trata ahora de describir y comentar el régimen legal de ambos derechos representativos. Los aspectos objetivos, subjetivos, de procedimiento y otras circunstancias han sido comentados con gran detalle por la doctrina<sup>42</sup>. Pero sí que con-

**PUEDE PRODUCIRSE  
UN VACÍO  
EN LA REPRESENTACIÓN  
DE LOS TRABAJADORES SI  
EL TRASPASO CONLLEVA  
LA PÉRDIDA  
DE AUTONOMÍA  
DE LA UNIDAD CEDIDA**

(41) Expresa una opinión contraria MARÍN CORREA, J.Mª., *op. cit.*, pág. 94. Considera que deben mantener todas las garantías y derechos de los representantes con mandato en vigor.

(42) Muy en particular, VALDÉS DAL-RÉ, F., *op. cit.*, págs. 215 y ss. También, SANGUINETTI RAYMOND, W., *op. cit.*, págs. 27 y ss.

viene destacar el hecho de la transposición en sí mismo, así como las hechuras con que se ha llevado a término. Porque en unas fechas en que están concluyendo plazos para la trasposición de Directivas más genéricas de participación, es muy significativo el poco empeño que se muestra en erigir en el ordenamiento jurídico español unos derechos de participación significativos y coercibles. No se trata ya de que las Directivas simplemente se incorporen *ad pedem litterae*, como ha sucedido en un grado considerable en este caso. Sucede sobre todo que la introducción de diversos derechos de información y consulta a partir de la trasposición de la Directiva 1991/533/CEE, o de homólogos derechos al margen de las exigencias derivadas del derecho comunitario —v.g., en el caso de subcontratación de obras y servicios—, pero ya anteriormente, en particular en relación con los derechos de información pasiva del artículo 64 ET, o también, en el del singular derecho del trabajador de hacerse acompañar por representante unitario o sindical en el momento de firma del recibo de finiquito— no ha significado un incremento apreciable de la cultura de la participación y de la implicación de los trabajadores. Ello tiene muchas explicaciones, pero una muy evidente consiste en el escaso interés que ha puesto el legislador para garantizar la efectividad de dichos derechos de consulta y participación. Al margen de la comisión de ilícitos administrativos contenidos en los artículos 6 y 7 del texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social, lo cierto es que no existe otra coercibilidad de los mismos. Las medidas adoptadas prescindiendo de uno y otro seguirán siendo válidas, sin que la omisión de los trámites legalmente previstos surta ningún género de ineficacia<sup>43</sup>. Llama la atención que los derechos de consulta en el ordenamiento laboral español cuentan con garantías más sólidas sólo allí donde sustituyeron la intervención administrativa, cubrieron el hueco dejado por la desaparición de aquélla o bien se coordinaron con la misma. Como ejemplo de contraste, da la impresión de que la omisión del trámite previsto en el artículo 44.9 no genera unos efectos comparables a los de la omisión del trámite de consultas en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o traslados, unas y otros colectivos —repárese, por ejemplo, en el artículo 138.5 LPL<sup>44</sup>—. Salvo, por supuesto, que la jurisprudencia que en un futuro próximo se pueda forjar establezca unas consecuencias para el incumplimiento de aquél hoy en día poco predecibles.

## VI. SUCESIÓN DE EMPRESA EN CONCURSO

La reforma del artículo 44 por la Ley 12/2001, de 9 de julio, no aprovechó ninguna de las oportunidades brindadas por el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE para flexibilizar las reglas aplicables a la sucesión de empresa<sup>45</sup>, probablemente por la coetánea existencia

(43) Es interesante la posibilidad apuntada por algún autor de que la conducta omisiva de la empresa pueda considerarse práctica antisindical, sobre todo en cuanto la acreedora de la información y consulta sea una representación sindical (véase esta idea, de nuevo, en SANGUINETTI RAYMOND, W., op. cit., pág. 31, con cita de otros autores). Probablemente se pueda explorar este camino, pero con grandes limitaciones desde luego cuando se trata de los derechos de las representaciones unitarias, salvo que la omisión pueda concebirse como una lesión mediata de la libertad sindical.

(44) O, en el caso de empresas sometidas a procedimientos concursales, en el artículo 64.5 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal —LC—, que establece, en el procedimiento ante el juez del concurso, un trámite de consultas.

(45) Con detalle sobre este tema, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "Las reformas de las Directivas sobre reestructuración empresarial", RL, 1999-I, págs. 1225 y ss.

de trabajos para la aprobación de una Ley concursal. La aprobación definitiva de la Ley 22/2003, de 8 de julio, incluyó algunas reglas que utilizan tímidamente las amplias posibilidades que concede dicho precepto comunitario.

Para la propuesta de convenio, el artículo 100.2 LC expresa que en ella podrán incluirse proposiciones de enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica concreta. Y que tales proposiciones deben contemplar necesariamente la continuidad propia de las unidades afectadas, así como “del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio”. Resulta controvertido qué quiere decir el precepto con esta última expresión: si acaso que la sucesión es obligatoria, aunque con los acuerdos de quita y espera que incluya el convenio, o si admite unas alternativas más amplias, en las que pudieran condonarse ampliamente los créditos vinculados a la entidad que se transmite. La alternativa es discutible, pero de la literalidad del precepto se deduce que iría contra la norma una disposición absoluta de los créditos laborales<sup>46</sup>.

Pero incluso dentro de esta limitada interpretación que se defiende, debe recordarse que el convenio no vincula a los acreedores privilegiados ni tampoco, obviamente, a los créditos contra la masa, salvo que, en el caso de los primeros, acepten los términos del convenio al amparo del artículo 134.2 LC. Por lo tanto, es voluntario el convenio para los acreedores de los créditos por salarios de los últimos treinta días en cuantía que no exceda del doble del salario mínimo interprofesional y de los salarios y créditos extrasalariales devengados por el trabajo por cuenta ajena tras la declaración del concurso —créditos contra la masa—, así como de los créditos refaccionarios, de los de salarios en cuantía que no exceda del triple del SMI por el número de días pendientes de pago, de indemnizaciones legales con las limitaciones que expresa el artículo 91 LC, indemnizaciones derivadas de contingencias profesionales y recargos sobre las prestaciones —créditos privilegiados—. Por lo tanto, las limitaciones al efecto sucesorio en relación con el convenio resultan de muy pequeño alcance.

Pero también cuando el concurso finaliza con liquidación de la entidad —precisamente el supuesto en el que la Directiva establece, salvo disposición en contrario, la no aplicación de las garantías de los artículos 3 y 4 de la misma—, la regla general a la vista de la LC continúa siendo la aplicación del efecto de sucesión de empresa en toda su extensión. Si el juez del concurso aprueba un plan de liquidación, hay que estar al artículo 148, que impone, “siempre que sea factible”, la enajenación unitaria de los establecimientos, explotaciones y demás unidades productivas de bienes y servicios. Si ello es posible, la aplicación sistemática de los preceptos en juego —artículos 44, 51.11 y 57 bis ET, en relación

(46) Véase esta opinión en FERNÁNDEZ PRIETO, M., *Protección de los trabajadores ante la enajenación de empresas en el marco de procedimientos concursales*, Comunicación presentada al XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Granada, 19 y 20 de mayo de 2005) pág. 16. La mayoría de las ideas expresadas en las líneas que siguen se basan en este muy interesante estudio. Defiende esta misma postura con énfasis MONEREO PÉREZ, J.L., “Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso”, *RL*, núm. 15-6, 2005, págs. 44 y ss. Por lo demás, conviene recordar que las proposiciones de quita no pueden exceder de la mitad de su importe y las de espera, de cinco años desde la firmeza de la resolución judicial que aprueba el convenio.

con el propio artículo 64 LC al que remite el apartado 4 del artículo 148 de la misma ley— conducirá de modo inexorable a que se apliquen todas las garantías del traspaso de empresa, centro de actividad o parte de la empresa o del centro de actividad.

Ahora bien, el plan de liquidación puede adherirse total o parcialmente a las reglas supletorias de la liquidación del artículo 149. Estas reglas supletorias parten de una enajenación mediante subasta o directa, si la subasta queda desierta. Y de que, en caso de enajenación del conjunto de la empresa o de unidades productivas de la misma, se ha de otorgar preferencia a las ofertas que garanticen la continuidad de la producción, con audiencia en todo caso por el juez de los representantes de los trabajadores —artículo 149.1, regla 3ª—. En tal situación, hay que estar al apartado 2 del artículo 149, que es el que, claramente, se adhiere a alguna de las posibilidades que ofrece la Directiva: si la entidad económica mantiene su identidad —a tal efecto este precepto repite la fórmula del artículo 44.2 ET—, el juez puede acordar “que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial...” Además, con el fin de asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores pueden suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

Es seguro que estas medidas suscitarán doctrina judicial controvertida. A la espera de la misma, debe destacarse la pequeñez de las posibilidades abiertas por este artículo 149.2. Quizá, en cuanto a la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, la ley pudo aumentar el ámbito objetivo de la misma en los casos de concurso además de establecer una responsabilidad directa y no de anticipo. Desde luego, el artículo 5.2.a) de la Directiva ofrecía más posibilidades. Y, en cuanto al acuerdo de empresa modificativo de las condiciones de trabajo, la indeterminación de sus perfiles deja demasiadas cuestiones abiertas. Pero en su tenor literal se asemeja más a los acuerdos del artículo 44, apartados 4 y 9, ET que al de más amplio espectro del artículo 5.2.b) de la Directiva<sup>47</sup>. Ojalá se interprete con flexibilidad, pero la remisión del artículo 149.1.2ª de la LC al artículo 64 no permite postular grandes aventuras. En realidad, las posibles puertas abiertas para que el régimen sucesorio en estos casos se aparte del artículo 44 ET, cuestiones competenciales y procedimentales al margen, son bien modestas<sup>48</sup>.

Por último, debe destacarse que la participación que la LC otorga a los representantes de los trabajadores es suficiente a los efectos del ajuste al artículo 6.1, inciso tercero, de la Directiva 2001/23/CE, con la salvedad anteriormente apuntada de que puede que los trabajadores cedidos no se encuentren representados en el momento del traspaso debido a que su mandato se extingue a causa del mismo y no existen representantes en la entidad

(47) Destacando este paralelismo, MONEREO PÉREZ, J.L., *op. cit.*, pág. 58, aunque acaba concluyendo con una interpretación más “posibilista” de este artículo 149.2 LC.

(48) En esta línea de opinión, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “El procedimiento concursal y las medidas laborales de reestructuración y saneamiento de empresas”, XVI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Laborum, Murcia, 2005, pág. 273.

## Los compromisos derivados del traspaso de empresas

adquirente. Pero, si existen, es previsible un conflicto de intereses entre los trabajadores cedidos y los trabajadores de la entidad adquirente, que reste legitimidad material a los representantes de éstos para intervenir en la fase de liquidación.



# La difícil delimitación de la figura del promotor en la prevención de los riesgos laborales

CÉSAR TOLOSA TRIVIÑO

Presidente del TSJ de Cantabria

**I. Introducción. II. La figura del promotor.** A) El promotor como titular del centro de trabajo. B) El concepto “centro de trabajo”. **III. La identificación del promotor como figura responsable de las infracciones en materia de prevención de riesgos.** **IV. Las principales obligaciones del promotor.** A) La designación de los coordinadores de seguridad. B) La elaboración del estudio de seguridad. C) El aviso previo. **V. El promotor y el concepto de “propia actividad” en la determinación de la responsabilidad.**

## I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de desarrollo reglamentario de la LPRL que se deriva del contenido de su artículo 5 cuando establece que la política preventiva se llevaría a cabo “por medio de las normas reglamentarias y de las actuaciones administrativas que correspondan”, justifica la existencia del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, norma reglamentaria que no sólo desarrolla la ley en un ámbito específico de actividad, sino que traspone la Directiva 92/57 CEE, de 24 de junio, por la que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles.

El Real Decreto, desde un punto de vista objetivo, se aplica a las “obras de construcción, debiendo entender por tales, según el artículo 2.1.a), “cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o ingeniería civil...”, señalándose a continuación una serie de trabajos a título meramente de ejemplo en el Anexo I.

La Exposición de Motivos del RD contiene la justificación de la existencia de la regulación específica en ese ámbito, basándose en dos tipos de razones, de una parte la intervención de sujetos no habituales en otros ámbitos productivos, así la norma se ocupa de las obligaciones del promotor, del proyectista, del contratista y del subcontratista y de los trabajadores autónomos, muy habituales en las obras y, de otra, y como consecuencia de tal variedad de agentes intervinientes en las obras de construcción, se necesita incorporar especiales mecanismos de coordinación y por ello se introducen las figuras del coordinador en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra y del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra.

Sin embargo no podemos olvidar otra razón de tipo práctico, dados los altos índices de siniestralidad que se registran en el sector de la construcción, así como afirma la STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2000 “Constituye hecho notorio para este Tribunal que el Reino de España ocupa el primer lugar en el índice de siniestralidad en accidentes de trabajo en el ámbito de los Estados de la Unión Europea. También lo es que dicho índice alcanza cotas elevadísimas en un sector en pleno auge de desarrollo como es el de la construcción. Tales consideraciones obligan a las empresas que se dedican a tal actividad, fueren promotoras, fueren constructoras, a un cumplimiento exacto de sus obligaciones legales....”

Como señala, en este mismo sentido, MONTOYA MELGAR y PIZA GRANADOS, “El comúnmente denominado sector de la construcción presenta tradicionalmente en nuestro país los más altos índices de incidencia (número de accidentes por cada mil trabajadores), de frecuencia (número de accidentes por cada millón de horas trabajadas) y de gravedad (número de días de baja por cada mil horas trabajadas) de accidentes en jornada de trabajo con interrupción laboral por baja médica. Ello es así en comparación de cualquiera de los otros sectores, y todos esos índices en el sector de la construcción alcanzan valores superiores al doble del valor medio resultante del conjunto de los sectores”.

Como acabo de señalar una de las características fundamentales de la regulación de la prevención de riesgos en el ámbito de la construcción es precisamente la aparición de una serie de figuras cuya existencia, en principio sólo ha de exigirse en esta actividad concreta, por lo que las reglas de determinación de su responsabilidad exigen de un estudio específico.

La LISOS al establecer los sujetos responsables de las distintas infracciones administrativas, además de referirse a la figura del empresario con carácter general, cita específicamente en el artículo 2.8.a): “Los empresarios titulares de centro de trabajo, los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligacio-

nes que se deriven de la normativa de prevención de riesgos laborales.”

Hemos de tener en cuenta, no obstante, que las responsabilidades derivadas de los incumplimientos de las obligaciones en materia de riesgos laborales, no sólo dan lugar a responsabilidades sancionadoras desde el punto de vista administrativo, sino que también resulta posible que junto a tal tipo de responsabilidades, aparezcan otras reguladas por distintos instrumentos normativos y de diferente naturaleza.

En este sentido la Ley es clara, al establecer como principio general el de la perfecta compatibilidad entre las responsabilidades surgidas de su aplicación y aquellas responsabilidades que puedan venir establecidas en otras normas.

Con carácter general y en lo referente a la responsabilidad, hemos de tener en cuenta que el artículo 42.1 LPRL establece que los incumplimientos en esta materia, darán “lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que pudieran derivarse de dicho incumplimiento”, debiendo añadir la existencia de un nuevo tipo de responsabilidad, la exigible en el ámbito de las relaciones de Seguridad Social, por cuanto el artículo 42.3 establece que “Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho Sistema”.

Observamos pues la existencia de cuatro distintos tipos de responsabilidades, que, en lo que aquí nos importa, va a tener destinatarios diferentes. Señalados ya los posibles sujetos de la responsabilidad administrativa, en materia penal, como afirma GARCÍA MURCIA, “... es una responsabilidad exigible a todo aquel que, concurriendo los elementos del correspondiente tipo penal, incumpla sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, con independencia de que se trate del empresario o del personal a su servicio, especialmente directivos o encargados”, en definitiva, “tanto los empresarios como los trabajadores, e incluso aquellas terceras personas que por intervenir o colaborar de alguna forma en el proceso productivo, o por sus encargos concretos, tengan obligaciones en materia de seguridad y salud laboral”. En este sentido el Tribunal

**ESPAÑA OCUPA,  
EN EL ÁMBITO  
DE LA UNIÓN EUROPEA,  
EL PRIMER LUGAR  
EN EL ÍNDICE  
DE SINIESTRALIDAD  
EN ACCIDENTES  
DE TRABAJO**

Supremo en Sentencia de fecha 16 de junio de 1992, afirma que “todas aquellas personas que desempeñan funciones de dirección o de mando en una empresa y, por tanto, sean éstas superiores, intermedias o de mera ejecución y tanto las ejerzan reglamentariamente como de hecho están obligadas a cumplir y a hacer cumplir las normas destinadas a que el trabajo se realice con las prescripciones elementales de seguridad que aquí faltaron notoriamente”.

En materia civil, el ámbito subjetivo es igualmente abierto, dado que conforme al artículo 1902 del Código Civil, la responsabilidad recae en “El que por acción u omisión causa daño a otro”, consecuentemente cualquier persona interviniente en el proceso productivo. Por fin, en materia de recargo de prestaciones, el artículo 123 se refiere en exclusiva al empresario, al señalar el número dos del citado precepto que “La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor”. En este mismo sentido se ha pronunciado la STS de 22 de abril de 2004, al señalar que “Como razona la Sentencia de 8 marzo de 1993, la letra del precepto invocado, que afirma que la responsabilidad del pago del recargo establecido en el número anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno...”

Vamos a continuación a realizar una referencia a una de las figuras intervinientes en el ámbito de la construcción, el promotor, deteniéndonos en su configuración y delimitación conceptual y en el conjunto de obligaciones que la normativa le impone y el conjunto de responsabilidades que pueden derivarse del incumplimiento de las mismas, si bien ciñéndonos a las responsabilidades administrativas, que, por otro lado, resultan ser las más frecuentes.

## II. LA FIGURA DEL PROMOTOR

Tras la Ley 54/2003 de Reforma del Marco Normativo, el papel atribuido al promotor en cuanto a prevención, se equipara al del titular del centro de trabajo.

Respecto a la delimitación conceptual de la figura del promotor, el Real Decreto 1627/1997 lo identifica como “cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra” [artículo 2.1.c)].

Más completa es la definición que encontramos en el artículo 9 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación al considerar como tal a “cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, las obras de edificación para sí o su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”.

Para MOLTÓ GARCÍA jurídicamente el concepto se puede equiparar al de “la propiedad”, si bien el concepto de la LOE es más amplio, en cuanto hace referencia a la titularidad de

una actividad económica que busca la titularidad de un resultado, con objeto de transmitir esa titularidad a terceros adquirentes.

Baste indicar que el promotor puede ser, además, contratista cuando contrate directamente trabajadores autónomos para la realización de la obra o de determinados trabajos de la misma, si bien los problemas jurídicos más relevantes vienen a plantearse en los supuestos en los que el promotor encarga a un tercero la realización de la obra.

La clarificación conceptual de la figura del promotor resulta ser relevante desde la perspectiva que tratamos de analizar en este trabajo, dado que, como luego veremos, una de las claves en el debate acerca de la exigencia de responsabilidad al promotor pasa por su consideración o no como empresario a efectos laborales, esto es, como empleador de trabajadores que intervienen en las obras de construcción.

### A) El promotor como titular del centro de trabajo

El titular del centro de trabajo es definido en el Real Decreto 171/2004 como la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo, de lo que se deduce que se incluyen las empresas cuya actividad se limita a poner a disposición de otras el lugar donde desarrollar su actividad productiva con sus propios trabajadores.

Como afirma LLANO SÁNCHEZ al afrontar la delimitación del concepto “empresario titular del centro de trabajo” como sujeto obligado y responsable: “El supuesto de hecho del artículo 24.2 LPRL planteaba ciertas dudas interpretativas en torno al sujeto al que se exige los deberes preventivos que el precepto regula. La expresión ‘titular del centro de trabajo’ permitía una interpretación amplia, de tal manera que podía considerarse como titular del centro, no sólo al propietario del mismo, sino también a cualquier sujeto que utilice el local o establecimiento donde se desarrolla la actividad concurrente, bajo cualquier título que permita su control (arrendatario, usufructuario, etc.) Esta interpretación se confirma en el artículo 2.b) RCAE que considera como empresario titular del centro a cualquier persona que tenga capacidad para ‘poner a disposición’ el centro (se entiende que a disposición de los demás empresarios concurrentes), y además tenga capacidad para ‘gestionar’ el mismo (desde el punto de vista de la solicitud de licencias y autorizaciones administrativas, alta ante la autoridad laboral, etc.)

Por otra parte, el reglamento se ocupa de aclarar si el titular del centro de trabajo tiene que ser o no empleador laboral. Ya se dijo que, según el artículo 6.1 RCAE, para exigir el deber de cooperación del artículo 4 RCAE es necesario que sus trabajadores estén presentes en el centro de trabajo. Pues bien, esta misma circunstancia condiciona nuevamente la exigencia del deber de impartir instrucciones prevista en el artículo 8 RCAE. Sin embargo, el artículo 7 RCAE impone al empresario titular la obligación de informar de los riesgos propios del centro sin referirse en ningún momento a la condición de empleador de aquél, lo que parece una solución acertada. Repárese en que, desde la perspectiva de la prevención, lo importante es que el titular es el sujeto que conoce y controla los riesgos de su centro de trabajo que pueden afectar a los trabajadores de otros empresarios, y ello con independencia de que él mismo pueda tener o no trabajadores propios en el centro.

Además, aunque el empresario titular del centro no sea empleador laboral, también se le puede exigir responsabilidad administrativa por infracciones en materia de prevención”.

### **B) El concepto “centro de trabajo”**

Resulta conveniente proceder a la clarificación de tal concepto desde el punto de vista jurídico, dado que sus contornos no siempre han estado suficientemente claros.

Frente a la tradicional noción laboral que definía el centro de trabajo en el artículo 1.5 ET como la “unidad productiva con organización específica que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”, el artículo 2.a) RDCAE señala que se entenderá por centro de trabajo “cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”.

En definitiva, como afirma RAMOS QUINTANA, “no sólo el lugar –centro de trabajo– en el que se lleva a cabo la efectiva prestación del servicio, sino los lugares a los que los trabajadores deben acceder o permanecer –con independencia de que se trate de lugares en los que no se desarrolla la prestación– también son tomados en consideración a efectos de protección y prevención de riesgos en el trabajo. Se trata, por tanto, de lugares de trabajo en el sentido de espacios sobre los que se realiza la prestación laboral y sobre los que recae la obligación de adoptar las medidas preventivas y de desarrollar la actividad preventiva”.

Por su parte, MONTOYA MEDINA pone de relieve que “En cualquier caso, lo que es evidente es que su acogida en la norma jurídica responde a la necesidad de llevar el mandato de protección eficaz del artículo 14 LPRL a aquellos ambientes de trabajo (típicamente, los trabajos al aire libre como los de montaje y mantenimiento de líneas eléctricas y telefónicas, y los trabajos móviles de reparación y montaje) que no encajan en la noción de centro de trabajo del artículo 1.5 ET, pero en los que resulta razonable extender las obligaciones empresariales de seguridad por desarrollarse en ellos una actividad laboral bajo el control y supervisión del empresario o, por lo menos, porque suponen una vía de acceso al lugar en que esta actividad se desarrolla habitualmente”.

### **III. LA IDENTIFICACIÓN DEL PROMOTOR COMO FIGURA RESPONSABLE DE LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS**

Como antes he indicado, el problema que se planteaba en el momento de exigir responsabilidades a la figura del promotor era el de determinar si a los efectos laborales podía considerarse al promotor que se limitaba a realizar una actividad de naturaleza inmobiliaria, normalmente mediante la aportación del terreno y el capital, la condición de verdadero empresario.

Eran muchas las sentencias que venían sosteniendo que a efectos laborales el promotor inmobiliario resultaba exento de responsabilidad administrativa en materia de preven-

ción, al resultar exigible dicha responsabilidad exclusivamente al empresario, entendido en su técnica acepción laboral.

En este sentido la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Cantabria en su Sentencia de 30 de septiembre de 1997 (con criterio luego reiterado en la de 13 de abril de 1999), estableció que:

“La controversia procesal se centra, exclusivamente, en la determinación de la responsabilidad subjetiva de la empresa recurrente, ya que la demanda sostiene que la empresa sancionada, que como promotora de la obra encargó contractualmente su ejecución a un tercero, no está obligada a la salvaguarda de las medidas de seguridad propias de aquella actividad, puesto que no interviene en su realización, tal como se deduce del contrato de arrendamiento de obras que acompaña. Por su parte, la Administración, que en modo alguno justifica el título de imputación, ya que da por supuesto que la obra es ejecutada por la propia empresa actora, aun después de que tal hecho fuera negado en trámite de alegaciones, ubica dicha imputabilidad, en la contestación a la demanda, en los supuestos de responsabilidad compartida o solidaria a que se refiere el artículo 42 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), en caso de concurrencia en el ejercicio de la actividad.

Puede afirmarse que la entidad mercantil actora no es, a los efectos de aplicación de la LPRL al caso que nos ocupa, empresario en sentido laboral, esto es, sujeto activo del incumplimiento de disposiciones preceptivas en materia de seguridad e higiene y, por su consecuencia, sujeto activo de la comisión de una infracción administrativa. El artículo 42 LPRL se refiere al incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, pero este concepto de empresario, a los efectos laborales y a las consecuencias sancionadoras que de ellos se derivan, ha de ponerse en relación con los artículos 3 del Real Decreto 396/1996, de 1 de marzo, que aprueba el Reglamento de procedimiento sancionador en el orden social, 2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social –que en su punto primero alude al ‘empresario en la relación laboral’– y 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, aprobatorio de su Texto Refundido.

**PROMOTOR ES QUIEN  
DECIDE, IMPULSA,  
PROGRAMA Y FINANCIA,  
LAS OBRAS  
DE EDIFICACIÓN PARA  
SÍ O SU POSTERIOR  
ENAJENACIÓN, ENTREGA O  
CESIÓN A TERCEROS BAJO  
CUALQUIER TÍTULO**

Ha quedado acreditado, sin que la Administración lo desmienta expresamente, ni siquiera se refiera a ello, que la obra era ejecutada, no en virtud de una actividad concurrente de la actora con el contratista, sino exclusivamente por éste. Así lo demuestra el contrato celebrado. A tales efectos, no resulta tan relevante la atribución de responsabilidad en materia de seguridad e higiene al contratista, puesto que en virtud de pacto o contrato no puede quedar relevado de sus obligaciones legales el empresario, sino el hecho cierto de que el dueño de la obra y promotor de la edificación no participaba en su realización y, por lo tanto, no podía tener la consideración de empresario a efectos laborales. Éste es quien tiene a su cargo la llamada ‘deuda de seguridad’ respecto de aquellos que, en virtud de una relación laboral, presten sus servicios retribuidos en régimen de dependencia y es a este concepto al que se refiere el artículo 42 LPRL, en relación con el artículo 24.

Aquí no se produce dicho fenómeno, puesto que la condición de empresa únicamente deriva de su forma societaria en el ámbito de su giro o tráfico característico, pero no de relación alguna con supuestos trabajadores a su cargo en la ejecución de la obra en la que había que adoptar medidas de seguridad, cuya existencia no consta. No estamos, por lo tanto, en el supuesto de responsabilidad solidaria o concurrente, como sostiene la Administración, una vez acreditada la existencia de un contratista civil encargado de la construcción de las viviendas, puesto que no se da el fenómeno de actividad compartida entre ambas empresas en la ejecución de la actividad sino que, por vía contractual, el dueño de la obra ha realizado el encargo de su ejecución a un tercero. Y este concepto de la titularidad de la obra, por sí solo, es ajeno a cualquier relación jurídica de carácter laboral, puesto que el actor no ha aportado a la realización de la actividad, o al menos no consta en modo alguno, medios personales o materiales que hagan patente la exigibilidad de obligaciones sustantivas o formales en materia de seguridad e higiene. No en vano, el artículo 42.1 de la LPRL habla de empresarios, que lo son en sentido jurídico laboral del término, únicos a quienes pueden afectar las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo, y el artículo 42.2, al configurar la responsabilidad solidaria, exige la existencia de una contrata o relación subordinada para la ejecución de determinados trabajos, manteniéndose el llamado empresario principal como ejecutor de la obra o actividad, lo que más claramente aun se deduce del artículo 24.2, que exige la concurrencia en el desarrollo de la actividad, que aquí no se ha producido, y del artículo 24.3, que exige un contrato o subcontrato para la realización de obras o servicios propios de la actividad el empresario principal, lo que tampoco se da en el supuesto que nos ocupa, ya que la actividad de promoción no está en relación directa y necesaria con la de construcción, en el sentido de exigir imperiosamente una dedicación a ésta.”

Por su parte, más recientemente y en el mismo sentido, la STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2004 señalaba que:

“Esta Sala tiene dicho, entre otras, en Sentencia de 7 de marzo de 2003, que el promotor de una obra que aporta el terreno y encarga a otro u otros empresarios en dicho terreno la construcción de una edificación, sin aportar material ni medios personales, en virtud de un contrato civil par la construcción de tal edificación, no puede nunca reputarse,

en sentido estricto, empresario laboral, que es el concepto que hay que aplicar a falta de una definición de la LPRL, pues dicho promotor no recibe la prestación de servicios de determinadas personas, los trabajadores, a los que retribuye por aquellos servicios, dentro del ámbito de su dirección y organización, sino que esto es propio del contratista al que encarga la obra, y tampoco puede entenderse que el terreno de su propiedad que aporta el promotor para que el constructor ejecute la obra, sea centro de trabajo a efectos laborales, esto es, como una unidad productiva con organización específica que se da de alta como tal, ante la autoridad laboral (artículo 1.1 y 5 del ET) y entender lo contrario sería tanto como ampliar excesivamente el concepto de empresario y el de titular del centro de trabajo a que alude el artículo 24.2 de la LPRL, los cuales han de interpretarse de acuerdo con la normativa laboral, al no existir un concepto específico a efectos de dicha Ley; sin que sea obstáculo a todo lo anterior el RD 1627/1997, en la medida en que una norma reglamentaria no puede extender más allá de los límites definidos en la Ley, el título de imputación en virtud del cual se atribuye a alguien responsabilidad por una infracción.”

Independientemente de este problema, se planteaban otros dos no menos importantes, de un lado, el hecho de que pese a establecerse en el RD 1627/1997 un conjunto de obligaciones al promotor, no existiera un adecuado título de imputación de las consecuencias derivadas del incumplimiento de tales obligaciones. En efecto el artículo 45 LPRL señalaba que “Son infracciones a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los empresarios...”, siendo necesario que la Ley 50/1998 (Ley de Acompañamiento), hiciera expresa referencia al promotor, al señalar que “Son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los empresarios, las de las Entidades que actúen como Servicios de Prevención, las auditoras y las formativas en dicha materia y ajenas a las empresas, así como las de los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia, que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los Convenios Colectivos en materia de seguridad y salud laboral, sujetos a responsabilidad conforme a la presente Ley”.

Como señalan SEMPERE NAVARRO y MARTÍN JIMÉNEZ, “La LISOS parece así querer involucrar a todas las partícipes de una misma actividad que no pueden quedar exentos de responsabilidad al socaire de la ausencia de vinculación contractual con los trabajadores. De este modo, la LISOS supera el corsé del contrato de trabajo haciendo responsable no sólo a los empresarios de la relación laboral sino también a todos los demás sujetos que se benefician del trabajo prestado por los trabajadores de aquéllos”.

Para MONTOYA MEDINA “Aunque algún pronunciamiento en suplicación haya exonerado de responsabilidad al promotor de obras en construcción, con fundamento en el hecho de no desarrollar actividad alguna ni tener trabajadores empleados en la misma, dicha solución ya no parece sostenible a la luz de nuestro derecho positivo. En efecto, en el texto refundido de la LISOS se ha introducido a ‘los promotores y propietarios de obra’ en el catálogo de sujetos responsables [artículo 2.8 TRLISOS y los nuevos artículos 12.24.c) y 13.8 del mismo texto legal (introducidos por la Ley 54/2003)] atribuyen al promotor la responsabilidad del incumplimiento de sus específicas obligaciones preventivas como titular del centro de trabajo”.

La segunda de las cuestiones hacía referencia a la inclusión de la mera promoción inmobiliaria en el ámbito de la construcción, cuestión que ha de resolverse en sentido afirmativo, por cuanto como señala la STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2001, cuando afirma que “(...) la actividad de promoción inmobiliaria no tiene esencia por sí misma y para poder ejercitarla debe materializarse mediante una contrata de obras y servicios (...)”

El artículo 10 de la Ley 54/2003 introdujo un nuevo tipo en el número 24 del artículo 12 de la LISOS estableciendo como infracción grave:

“En el ámbito de aplicación del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, el incumplimiento de las siguientes obligaciones correspondientes al promotor:

- a) No designar los coordinadores en materia de seguridad y salud cuando ello sea preceptivo.
- b) Incumplir la obligación de que se elabore el estudio o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, cuando ello sea preceptivo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, o cuando tales estudios presenten deficiencias o carencias significativas y graves en relación con la seguridad y la salud en la obra.
- c) No adoptar las medidas necesarias para garantizar, en la forma y con el alcance y contenido previstos en la normativa de prevención, que los empresarios que desarrollan actividades en la obra reciban la información y las instrucciones adecuadas sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia.
- d) No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones establecidas en el artículo 9 del Real Decreto 1627/1997 como consecuencia de su falta de presencia, dedicación o actividad en la obra.
- e) No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones, distintas de las citadas en los párrafos anteriores, establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales cuando tales incumplimientos tengan o puedan tener repercusión grave en relación con la seguridad y salud en la obra.”

Este nuevo tipo sancionador, a mi juicio, viene a clarificar las obligaciones del promotor en materia de prevención de riesgos, tratando de poner fin a una polémica antes citada en torno a la exigencia de responsabilidad del promotor.

En el precepto que ahora se incorpora al texto legal, se enumeran las principales obligaciones del promotor en materia de prevención, al tiempo que se le hace responsable del cumplimiento de las obligaciones por otros sujetos intervinientes en la prevención en las obras de construcción, singularmente el coordinador de seguridad y salud.

### IV. LAS PRINCIPALES OBLIGACIONES DEL PROMOTOR

Del contenido de la LISOS podemos extraer las principales obligaciones que la normativa en materia de prevención de riesgos laborales impone a la figura del promotor.

#### A) La designación de los coordinadores de seguridad

La figura de los coordinadores en materia de seguridad tienen su origen en la Directiva Comunitaria 92/57 de 24 de junio, por la que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles y responden al criterio de coordinación empresarial que se constituye en uno de los fundamentales principios de la política prevencionista con carácter general y que dada la realidad del sector de la construcción debe tener enorme trascendencia, máxime al tratarse de un ámbito donde la contratación y subcontratación y otros supuestos de descentralización productiva, son fenómenos habituales, especialmente cuando se trata de la ejecución de obra pública.

La concreción en la realidad de estos deberes generales de coordinación, esencialmente en los supuestos de descentralización productiva, ha determinado que en la práctica tal deber de coordinación se haya asignado a figuras concretas dentro de las empresas. En el ámbito de la construcción tales funciones vienen preordenadas normativamente, en los coordinadores de seguridad. El artículo 3.1 del RD establece que “cuando en la elaboración del proyecto de obra intervengan varios proyectistas, el promotor designará un coordinador en materia de seguridad y de salud durante la elaboración del proyecto de obra”. Por su parte el número 2 establece que “Cuando en la ejecución de la obra intervenga más de una empresa, o una empresa y trabajadores autónomos o diversos trabajadores autónomos, el promotor antes del inicio de los trabajos o tan pronto como se constate dicha circunstancia, designará un coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra”.

La designación de la figura del coordinador es una exigencia del promotor que no podrá delegar ni transmitir, tan siquiera por contrato, al contratista o a terceros.

En materia de responsabilidades y al margen de otras de tipo civil o penal que pudieran concurrir, desde el punto de vista administrativo, puede señalarse cómo el coordinador no re-

**LA DESIGNACIÓN  
DE LA FIGURA  
DEL COORDINADOR DE  
SEGURIDAD  
ES UNA EXIGENCIA  
DEL PROMOTOR QUE  
NO PODRÁ DELEGAR NI  
TRANSMITIR  
AL CONTRATISTA O  
A TERCEROS**

sulta ser responsable dada su no condición de empleador, siendo de destacar que el RD 1627/1997 aclara en el artículo 3.4, que “La designación de los coordinadores no eximirá al promotor de sus responsabilidades” y el artículo 11.3 señala que “Las responsabilidades de los coordinadores, de la dirección facultativa y del promotor no eximirán de sus responsabilidades a los contratistas y subcontratistas”.

Como afirma MONTROYA MEDINA: “Habida cuenta de que, como se ha dicho, los artículos 24.1 LPRL y 5.1 atribuyen originariamente a los empresarios concurrentes el establecimiento de los medios de coordinación y que el artículo 2.8 TRLISOS se refiere exclusivamente a ‘los empresarios titulares del centro de trabajo, los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia’ como sujetos responsables del cumplimiento de las obligaciones preventivas, parece difícil atribuir a los coordinadores dicha responsabilidad. Ello, por otra parte, está en consonancia con la prohibición legal de transferir la posición deudora, recogida en el artículo 14.4 LPRL, precepto del que se desprende que las funciones desarrolladas por los coordinadores complementarán las acciones de los empresarios pero no les eximirán del cumplimiento de sus obligaciones preventivas.

Idéntica solución, y con idéntico fundamento, se ha de tomar en el ámbito de la construcción pues, pese a que el artículo 11.3 RD 1627/1997 se refiere a “las responsabilidades de los coordinadores”, el mismo precepto matiza que dichas responsabilidades no eximirán de las suyas a los contratistas y subcontratistas que desarrollen su actividad en las obras. Y en esa línea incide el artículo 11.c) de la misma norma, que establece como una de las obligaciones de los contratistas y subcontratistas la de “cumplir la normativa en prevención de riesgos laborales, teniendo en cuenta, en su caso, las obligaciones sobre coordinación de actividades empresariales previstas en el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”.

La responsabilidad del cumplimiento de las medidas de coordinación debe recaer, por tanto, en el empresario titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollen su actividad en el mismo y, en su caso, en el promotor de las obras de construcción pues, además de sujetos responsables ex artículo 2.8 TRLISOS, son los sujetos obligados, respectivamente, a designar al coordinador de actividades preventivas y al coordinador de seguridad y salud (artículo 13.3 RDCAE y artículo 2 RD 1627/1997)”.

## **B) La elaboración del estudio de seguridad**

La obligación de que se elabore el Estudio de Seguridad corresponde al promotor tal y como resulta del tenor literal del artículo 4 RD 1627/1997, al afirmar que “El promotor estará obligado a que en la fase de redacción del proyecto se elabore un estudio de seguridad y salud en los proyectos de obras en que se den alguno de los supuestos siguientes...”

## La figura del promotor en la prevención de riesgos

La redacción del estudio de seguridad y salud será elaborado por el técnico competente designado por el promotor, salvo que deba existir un coordinador en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra, en cuyo caso le corresponderá a éste elaborar o hacer que se elabore, bajo su responsabilidad, dicho estudio.

El referido estudio deberá formar parte del proyecto de ejecución de obra o en su caso del proyecto de obra, y consecuentemente, al formar parte de dicho proyecto, deberá guardar coherencia con el contenido del mismo y recoger las medidas preventivas adecuadas a los riesgos que conlleve la realización de la obra.

### C) El aviso previo

El artículo 18 RD 1627/1997 establece que:

“1. En las obras incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, el promotor deberá efectuar un aviso a la autoridad laboral competente antes del comienzo de los trabajos.

2. El aviso previo se redactará con arreglo a lo dispuesto en el anexo III del presente Real Decreto y deberá exponerse en la obra de forma visible, actualizándose si fuera necesario.”

Este aviso previo no debe ser confundido con la comunicación de apertura del centro de trabajo, comunicación que deberá incluir el plan de seguridad y salud.

## V. EL PROMOTOR Y EL CONCEPTO DE “PROPIA ACTIVIDAD” EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Pese a la evidente clarificación de la posición del promotor en el marco de la exigencia de responsabilidades, como antes se expuso, tal figura sigue resultando polémica desde el punto de vista de la imputación de responsabilidades. En efecto, la reciente Sentencia de la Sala Cuarta dictada en unificación de doctrina en fecha 20 de julio de 2005 analiza un supuesto de exigencia de responsabilidad solidaria en aplicación del artículo 42 del ET, deteniéndose a analizar la concurrencia del requisito de “la propia actividad”.

Como resulta suficientemente conocido, el artículo 42.3 LISOS establece que “La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”. Por su parte el citado artículo 24.3 establece que “Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales”.



Consecuentemente la responsabilidad en los supuestos de concurrencia empresarial, sólo tiene carácter solidario, cuando nos encontramos ante un fenómeno de contratas y subcontratas de la “propia actividad”, concepto jurídico indeterminado de difícil concreción y que ha tratado de ser clarificado por la jurisprudencia.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1998 analiza un supuesto referente a un servicio de manutención contratado por un Colegio Mayor, y establece y parte de las dos posiciones tradicionalmente existentes. La primera de las interpretaciones identifica propia actividad con lo que se denominan “actividades indispensables”, esto es, no sólo las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, sino todas aquellas necesarias para la organización del trabajo, dentro de las que se encontrarían las actividades instrumentales, tales como limpieza, mantenimiento, seguridad, etc.

La segunda tesis, tesis que resulta ser la asumida por la sentencia, se basa en considerar propia actividad exclusivamente las denominadas “actividades inherentes”, entendiendo por tales “las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal”, descartándose aquellas que resultando indispensables no pertenecen al ciclo productivo de la empresa. Siendo importante destacar cómo nuevamente se produce una interpretación restrictiva del concepto de propia actividad, al afirmarse que “es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que no puede tener otra finalidad que la de reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente”.

En definitiva “una actividad puede ser indispensable, de forma que el empresario, de no subcontratarla, tendría que desarrollarla por sí mismo, pero no por ello pasaría a formar parte de la actividad inherente y, en consecuencia, de la propia actividad de la empresa principal”, de forma tal que son actividades inherentes aquellas que constituyen el objeto social de la empresa (DEL REY GUANTER).

A idéntica conclusión, inexistencia de propia actividad, ha de llegarse en relación con las llamadas “actividades accesorias”, tales como transporte, guarderías, comedores, etc.

De esta forma “El concepto de propia actividad ha sufrido un estrechamiento desde las actividades habituales que, indispensables o meramente accesorias y coadyuvantes al fin productivo de la empresa, venían siendo desarrolladas por ésta (comedores, servicios de transporte, atención médica, servicios de vigilancia y seguridad, de limpieza,...), hasta su identificación con sólo aquellas que, no obstante haber venido siendo habitualmente ejercidas por la empresa comitente, se corresponden materialmente con su objetivo productivo y son esenciales para su logro. Similar restricción se ha proyectado sobre la naturaleza y, en consecuencia, el alcance de las obligaciones empresariales que quedan cubiertas por la responsabilidad del empresario principal (RODRÍGUEZ PIÑEIRO, VALDÉS DAL-RÉ y CASAS BAAMONDE).

Descendiendo en concreto a la posibilidad de exigencia de responsabilidad solidaria al promotor, como ya hemos señalado anteriormente, existía una corriente que negaba la posibilidad de que el promotor respondiera como empresario principal al no poder ser considerado como verdadero empresario de la relación laboral. Por otra parte, la jurisdicción social, venía considerando que negar la identidad de actividad era negar lo evidente. En este sentido la STSJ de Andalucía de 28 de octubre de 1996, señalaba de forma tajante que “Negar la identidad de actividad que exige el precepto entre una empresa inmobiliaria que se dedica a la promoción y construcción de viviendas y la empresa constructora es negar lo evidente”.

La cuestión que se suscita en el recurso que motivó el dictado de la sentencia a la que me estoy refiriendo, consistía en determinar si la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores es aplicable en relación con una empresa promotora inmobiliaria, que contrató con otra dedicada a la construcción la edificación de una serie de viviendas.

Para la sentencia de contraste la responsabilidad solidaria había de apreciarse porque “la actividad de promoción se entronca con la propia actividad de edificación de una empresa constructora, constituyendo efectivamente una subcontrata a efectos del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores”, lo que se justifica porque la promotora y la constructora han realizado actividades concurrentes para obtener un beneficio común.

En la sentencia, el Tribunal Supremo analiza la diferente actividad que según la LOE desarrollan el promotor y el contratista, señalando que “En nuestro ordenamiento la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, distingue en el marco de esta actividad varios agentes, entre los que se encuentran el promotor y el constructor. El promotor se define como ‘cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título’ y sus obligaciones en relación con el proceso de edificación son las de ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculta para construir en él, facilitar la documentación e información previa necesaria para la redacción del proyecto, gestionar y obtener las preceptivas licencias y concertar los seguros exigibles y entregar al adquirente la documentación de la obra ejecutada. Por su parte, el constructor es ‘el agente que asume contractualmente, ante el promotor, el

**LA ACTIVIDAD  
DE PROMOCIÓN  
SE ENTRONCA CON  
LA PROPIA ACTIVIDAD DE  
EDIFICACIÓN  
DE UNA EMPRESA  
CONSTRUCTORA,  
CONSTITUYENDO  
EFFECTIVAMENTE  
UNA SUBCONTRATA A  
EFECTOS DEL ET**

compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato', y sus obligaciones son las relativas a ejecutar la obra con sujeción al proyecto, tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor, designar al jefe de obra, asignar a la obra los medios humanos y materiales que su importancia requiera, formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato, firmar el acta de replanteo o de comienzo y el acta de recepción de la obra, facilitar al director de obra los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la obra ejecutada y suscribir las garantías previstas en el artículo 19 de la Ley 38/1999".

A la vista de la anterior delimitación de contenidos de ambas figuras, la sentencia termina concluyendo la inexistencia de responsabilidad solidaria por cuanto, "De esta regulación se desprende que, aunque insertas en el mismo sector de la edificación, las actividades empresariales de los promotores y de los constructores son distintas. El promotor desarrolla una serie de acciones de iniciativa, coordinación y financiación de los proyectos de edificación que tienen carácter básicamente administrativo y comercial, mientras que la labor del constructor es fundamentalmente física y productiva. Se trata, por tanto, de actividades empresariales que son en sí mismas diferentes, aunque entre ellas pueda existir una conexión o dependencia funcional y en este sentido la actividad de construcción no es una actividad 'inherente' al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria", añadiendo que "Es cierto, como dice la parte recurrente, que sin construcción no habría promoción inmobiliaria, pero esa dependencia recíproca no implica unidad de actividad, de la misma manera que una actividad productiva cualquiera es presupuesto necesario para otra que se dedica a la comercialización de los productos de la primera sin confundirse con ella".

Puede observarse cómo esta sentencia viene a romper una doctrina bastante reiterada en suplicación que, tanto en materia de deudas salariales, como en supuestos de indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, estaban imputando responsabilidad solidaria a las figuras del promotor y el contratista, al considerar que concurría el presupuesto de la "propia actividad", al tiempo que continúa la línea jurisprudencial restrictiva de la exigencia de responsabilidad solidaria en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios.

## I. FUENTES DEL DERECHO

# Sumario:

**Consideración preliminar. 1. Legislación estatal y Comunidades Autónomas. 2. Ley y convenio colectivo.** A) Cláusulas de jubilación forzosa. B) Negociación colectiva y Administración Pública. C) Normas legales imperativas y contenido del convenio.

**3. El convenio colectivo como norma.** A) Convenio colectivo y autonomía individual. B) Convenio colectivo aplicable. C) Contenido. D) Modificación. E) Pervivencia de las ordenanzas laborales. **4. Ley y contrato de trabajo. 5. La función reguladora de la autonomía individual. 6. Condición más beneficiosa.**

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 5 a 8 de 2005 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 589 a J 1107). Al igual que se advertía en crónicas anteriores, la doctrina judicial en este período se caracteriza por reiterar interpretaciones consolidadas sobre conflictos ya conocidos, como la subrogación de los trabajadores tras la descentralización del *handling* en Iberia, la responsabilidad en el pago de las cuotas colegiales de los ATS/DUE transferidos a las CCAA, la distribución de obligaciones salariales en colegios concertados, la validez o nulidad de las cláusulas de jubilación forzosa o los diversos problemas que ha creado la conversión en entidad privada de Correos y Telégrafos.

Conviene reseñar, en cualquier caso, la aparición de sentencias sobre la responsabilidad por el pago de las cuotas colegiales de los ATS/DUE con posterioridad a la transferencia, y dentro de los habituales litigios relativos a diferencias entre personal fijo y temporal suscita especial interés la atribución a los trabajadores de Correos y Telégrafos del derecho de opción entre indemnización y readmisión en el despido improcedente, en la medida que ese derecho se reconoce únicamente a los contratados originariamente como fijos y no a quienes adquieran esa condición de forma sobrevenida, aunque la fijeza provenga de una sentencia judicial que declare el carácter fraudulento de la contratación; el hecho de que Correos y Telégrafos se haya convertido en una sociedad sometida a Derecho Privado no ha sido considerado un elemento relevante a estos efectos.

## 1. LEGISLACIÓN ESTATAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Como se ha hecho constar en crónicas anteriores, la determinación del sujeto responsable de satisfacer las cuotas colegiales de los ATS/DUE que han sido transferidos a las CCAA (cuotas que constituirían suplidos a cargo del empleador) es el litigio más frecuente ante los tribunales en los últimos dos años. En las crónicas precedentes se han reseñado más de doscientas sentencias del TS sobre el particular, con doctrina uniforme. El período de referencia se mantiene en esa línea, con alrededor de cuarenta sentencias —comenzando por la **STS de 25 de junio de 2004**, I.L. J 648— en las que el TS acude a la Ley 12/1983, de Proceso Autonómico, para imputar al INGESA la responsabilidad por las cuotas abonadas por los propios ATS/DUE al Colegio con anterioridad a la transferencia, ya que esa norma impone a la Administración del Estado el deber de regularizar la situación económica y administrativa del personal a su servicio con carácter previo a la transferencia a la Comunidad Autónoma. La reiteración de la doctrina provoca en ocasiones la inadmisión del recurso por falta de contradicción, porque es infrecuente encontrar resoluciones en sentido contrario, y, a la postre, ante doctrina tan reiterada y uniforme la falta de contenido casacional de muchos recursos es evidente.

Como novedad, muy relevante, han comenzado a proliferar sentencias relativas a las cuotas colegiales posteriores a la transferencia, puesto que los afectados consideran que la ventaja de la que gozaban con el INSALUD debe ser asumida por el nuevo empleador. En este período pueden encontrarse quince sentencias sobre ese problema —v.gr. **SSTS (tres) de 25 de abril de 2005**, I.L. J 740, 741 y 742, **de 29 de abril de 2005**, I.L. J 775 y **de 10 de mayo de 2005**, I.L. J 770—, todas ellas relativas al servicio cántabro de salud. En su momento el INSALUD decidió unilateralmente hacerse cargo de las cuotas colegiales de los ATS/DUE, lo que el TS califica como indemnización y no como salario. A juicio del TS la transferencia exige a las CCAA respetar los derechos salariales del trabajador, y con ello asumir únicamente las obligaciones propiamente salariales, no las indemnizatorias, por lo que tras la transferencia los ATS/DUE deben satisfacer por sí mismos esas cuotas colegiales. Esta solución, con todo, no es novedosa, porque retoma la línea defendida por la STS de 4 de marzo de 2003 (recurso de casación 66/2002).

Merece reseña, sin duda, la **STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2005**, I.L. J 906 (que remite a sentencias anteriores del mismo tribunal), pues matiza la doctrina en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid, ya que en ella se había reconocido a los médicos inspectores el derecho a que les fuesen abonadas las cuotas colegiales hasta diciembre de 2002 por el Instituto Madrileño de la Salud, con el objetivo de crear un régimen transitorio y no suprimir esa ventaja inmediatamente después de la transferencia; la sentencia considera esa decisión contraria a los principios de igualdad y no discriminación, por lo que entiende que dicho beneficio ha de extenderse al resto de personal sanitario al servicio del mismo organismo.

### 2. LEY Y CONVENIO COLECTIVO

Ninguna novedad relevante cabe consignar en este período al respecto de las relaciones ley-convenio. Las cláusulas de jubilación forzosa pactadas en convenio colectivo continúan apareciendo de manera habitual en la doctrina judicial, pero en el momento de resolución de los correspondientes conflictos no se había producido la modificación legal que vuelve a legitimar dichas cláusulas, por lo que habrá que mantenerse a la espera para comprobar la repercusión de esa circunstancia sobre la jurisprudencia. Por su parte, la determinación de las responsabilidades salariales en colegios concertados, la retribución de las horas extraordinarias o la subrogación en supuestos de sucesión de contratistas o adjudicatarios constituyen igualmente problemas conocidos en los que se recurre a tesis jurisprudenciales de cierta tradición.

#### A) Cláusulas de jubilación forzosa

Como es sabido, la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que con la derogación de la Disposición Adicional Décima ET por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, desapareció la imprescindible habilitación legal para que los convenios colectivos fijasen edades de jubilación forzosa [SSTS de 9 de marzo de 2004 (recursos u.d. 765/2003 y 2319/2003), 6 de abril de 2004 (recurso u.d. 3427/2003), 28 de mayo de 2004 (recurso u.d. 3803/2003) y de 15 de diciembre de 2004 (recurso u.d. 6506/2003), entre otras]. En ese nuevo contexto, las cláusulas de jubilación forzosa pactadas posteriormente han de reputarse nulas, puesto que suponen una discriminación por razón de edad, como reconocen la **STS de 4 de mayo de 2005**, I.L. J 934, y la **STSJ de Madrid de 29 de marzo de 2005**, I.L. J 1035. En cambio, ante la ausencia de carácter retroactivo de la citada derogación, conservan validez y eficacia las cláusulas contenidas en convenios suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de ese Real Decreto-Ley (el 4 de marzo de 2001), como recuerdan la **STS de 1 de junio de 2005**, I.L. J 942 y la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 17 de marzo de 2005**, I.L. J 1023.

La Ley 14/2005, de 1 de julio, ha vuelto a introducir en la Disposición Adicional Décima ET la posibilidad de pactar edades de jubilación forzosa en los convenios colectivos, y la Disposición Transitoria Única de esa Ley 14/2005 declara la validez de las cláusulas pactadas con anterioridad a su entrada en vigor si el trabajador cumple los requisitos para causar la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, a salvo de “las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor”. En el período de referencia no se encuentra todavía una sentencia posterior a la fecha de entrada en vigor de esa norma, de modo que los tribunales aún no se pronuncian sobre los efectos de la Ley 14/2005 en una doctrina que ya se había asentado.

#### B) Negociación colectiva y Administración Pública

En anteriores crónicas se dejó constancia de la frecuencia con que en los últimos tiempos se plantean conflictos relativos a las responsabilidades salariales que los colegios concerta-

dos mantienen con sus docentes. Los convenios colectivos, como es propio de su función y naturaleza, establecen la forma y cuantía de esa remuneración, pero el coste económico para afrontar tales obligaciones lo asume en buena medida la Administración Pública a través del oportuno concierto. Es más, la Administración tiene obligación de pago delegado, bien por la vía de los ya derogados artículos 47 a 49 LO 8/1985, de 3 de julio, bien a partir del artículo 76.5 LO 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, a cuyo tenor “los salarios del personal docente serán abonados por la Administración al profesorado como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro, con cargo y a cuenta de las cantidades previstas en el apartado anterior”.

La negociación colectiva, en su vertiente de determinación de las obligaciones salariales, debería, en principio, respetar los límites del concierto, pero en ocasiones los supera, y tanto el empresario —centro educativo— como el responsable del pago delegado —Administración— se niegan de ordinario a soportar a su cargo el coste del exceso salarial. Es doctrina pacífica que el convenio colectivo no puede vincular a la Administración más allá de los límites presupuestarios, pero esa solución parte de la premisa de que el convenio colectivo es negociado por y para la propia Administración Pública. La particularidad de las sentencias aquí comentadas estriba en que la relación laboral que origina el conflicto nace entre sujetos privados, aunque los fondos con que se hace frente a las obligaciones salariales son públicos.

En esta tesitura, las sentencias se ocupan de reclamaciones salariales por derechos reconocidos en el convenio colectivo ante la negativa tanto del colegio como de la Administración a proceder a su abono por entender el primero que es obligación de la Administración con base en el concierto, y de la segunda por estimar que su responsabilidad no puede superar en ningún caso el importe destinado al concierto en los correspondientes presupuestos. En concreto, son habituales las sentencias en las que los demandantes, apoyándose en el Convenio Colectivo Estatal para las Empresas de Enseñanza Privada Concertada, solicitan un premio de antigüedad o bien un complemento de jefatura de estudios, como se comprueba en la **STS de 18 de abril de 2005**, I.L. J 734, que, sin embargo, no resuelve por estimar que no hay contradicción.

El criterio que se ha ido consolidando es el de imputar responsabilidad a la Administración Pública, por su obligación de pago delegado, hasta el límite de lo presupuestado para el concierto, debiendo responder el centro educativo cuando se supere ese umbral (vid. **STS de 27 de octubre de 2004**, I.L. J 2318). En el período de referencia asumen esos planteamientos la **STS de 25 de enero de 2005**, I.L. J 659, y la **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2005**, I.L. J 861.

Como novedad, porque la doctrina anterior es sin duda la más frecuente, debe destacarse la **STSJ de Aragón de 16 de marzo de 2005**, I.L. J 893, que declara la responsabilidad solidaria de la Administración en un supuesto en el que se había superado el límite del concierto, aduciendo que la paga de antigüedad se transformó en salario antes del IV Convenio Colectivo, ya que originariamente era una mejora social, y por ello no podía

## I. Fuentes del Derecho

haberse presupuestado. La imprevisibilidad es, a juicio del tribunal, razón suficiente para imputar responsabilidad también a la Administración, aunque esta solución parece contradictoria con la jurisprudencia del TS.

Las conexiones entre la negociación colectiva y las Administraciones Públicas provocan conflictos de muy variada índole, mucho más heterogéneos que la determinación de las responsabilidades salariales en colegios concertados. La especial sujeción de los entes públicos al principio de igualdad les exige mayores cautelas que a las empresas privadas en la determinación de las condiciones de trabajo, y particularmente en relación con el salario, objeto de litigios por las diferencias entre trabajadores fijos y temporales que contienen un buen número de convenios colectivos. El artículo 15.6 ET, por supuesto, se erige en el principal argumento para el rechazo de esa desigualdad, como afirma la **STSJ de Cantabria de 9 de marzo de 2005**, I.L. J 686, en la que se reconoce el derecho a trienios a una trabajadora contratada por obra o servicio, por estimar que son derechos salariales vinculados a la antigüedad, y que por tanto corresponden también al personal temporal. La misma doctrina respecto del complemento de antigüedad se recoge asimismo en las **SSTSJ de Madrid de 28 de febrero y 21 de marzo de 2005**, I.L. J 797 y 967.

Tampoco es en absoluto novedosa la solución ofrecida por la **STSJ de Murcia de 21 de febrero de 2005**, I.L. J 619, puesto que ya se detalló en la crónica anterior. La identidad en la respuesta se explica porque ambas sentencias fueron dictadas el mismo día y por el mismo tribunal (vid. I.L. J 361). El trabajador, docente en un centro de educación para adultos, solicitaba un complemento retributivo autonómico reconocido a los profesores afectados por el Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada Sostenidas Total o Parcialmente con Fondos Públicos, aplicable al demandante como preveía expresamente su contrato. La sentencia entiende, no obstante, que a pesar de que el propio convenio concedía el complemento autonómico a todo el personal incluido en su ámbito de aplicación, el actor no tenía derecho a él porque no se encontraba en la nómina de pago delegado (la Comunidad Autónoma sólo se había comprometido con el ayuntamiento a abonar el complemento a quienes estuvieran en esa relación) y el ayuntamiento no tiene obligación de satisfacer el complemento autonómico. A la postre, la sentencia estima que sólo tienen derecho al complemento los profesores de centros de enseñanza concertada.

Junto a esa doctrina suficientemente conocida y muy reiterada en los últimos tiempos, conviene mencionar que en este período se han suscitado diversas cuestiones relativas a los trabajadores asalariados que prestan servicios en el ámbito sanitario, cuyo objeto consiste en dilucidar si es o no de aplicación el convenio colectivo para el personal laboral de la correspondiente administración pública, ya que es usual, por mimetismo, que en la práctica se rijan por la normativa propia de ese sector, y en particular por el Estatuto Marco del Personal Estatuario. Sin embargo, en ocasiones el convenio ofrece determinadas ventajas a las que estos trabajadores no quieren renunciar, y entienden que pueden exigir esos derechos en su condición de personal laboral que se encuentra bajo el ámbito de aplicación de dicho convenio.

Así se aprecia sin dificultad en la **STS de 26 de abril de 2005**, I.L. J 766. La comisión paritaria del convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la administración autonómica de Castilla y León consideró que el convenio colectivo no era aplicable en materia de jornada a determinado personal transferido del INSALUD, que debía regirse por la normativa propia del personal estatutario con el propósito de lograr una prestación de servicios homogénea en el sector sanitario. Los afectados impugnan esa decisión alegando el principio de igualdad, pero la sentencia entiende que la pretensión de conseguir una prestación de servicios homogénea, con las ventajas que ello reporta al correcto desenvolvimiento del servicio público, es justificación suficiente para estimar razonable la preferencia por el régimen estatutario en lugar del convencional.

En términos similares se pronuncia la **STS de 13 de mayo de 2005**, I.L. J 992, respecto de determinados trabajadores indefinidos del Instituto Catalán de la Salud que solicitan un complemento de antigüedad al amparo del convenio colectivo de la administración autonómica catalana. La sentencia lo deniega porque ese personal viene percibiendo las retribuciones correspondientes al personal estatutario y el propio convenio colectivo excluye al personal laboral que se rija por una normativa estatutaria. El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud —aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre— también se declara aplicable, en ciertas circunstancias, al personal laboral (artículo 2.3), por lo que es perfectamente coherente que los trabajadores asalariados retribuidos bajo las fórmulas del personal estatutario no tengan derecho a complementos salariales pactados en el correspondiente convenio colectivo, que deben ser disfrutados únicamente por los trabajadores sometidos por entero —al menos en materia retributiva— a la legislación laboral y no a la estatutaria. De lo contrario tendría lugar una particular manifestación de espiguelo.

No es equiparable la doctrina sentada por la **STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2005**, I.L. J 1037, ya que el afectado estaba ligado por una relación de carácter estatutario. El Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo de la Seguridad Social de 26 de abril de 1973 admitía en determinados casos una jornada de treinta y seis horas semanales, pero con una reducción de salario sobre el que se percibiría si se desarrollasen cuarenta horas semanales. Un acuerdo entre la Administración del Estado y las organizaciones sindicales más representativas fijó en ese ámbito una jornada semanal de cuarenta horas, por lo que el demandante solicitó la aplicación de ese acuerdo, pero el empleador mantuvo las treinta y seis horas con reducción de salario, lo que motivó la correspondiente reclamación por diferencias retributivas. La sentencia se remite a la jurisprudencia —**STS de 28 de octubre de 1991** (recurso de casación u.d. 25/1991)— para desestimar la pretensión y declarar que en la relación estatutaria no resultan aplicables los principios de ordenación de las fuentes de Derecho del Trabajo y que el acuerdo entre la Administración y los sindicatos no tenía eficacia normativa, y por ello no puede desplazar a una auténtica norma jurídica como el Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo.

### C) Normas legales imperativas y contenido del convenio

Tampoco se han producido novedades de interés en este campo, y por ello no sorprende que se reitere nuevamente el cambio de doctrina jurisprudencial relativo a la retribución por horas extraordinarias. Como se sabe, la STS de 27 de febrero de 1995 (recurso de casación u.d. 981/1994) admitió la licitud de la cláusula convencional que estableciese para la hora extraordinaria una retribución inferior a la fijada para la hora ordinaria, a pesar del aparentemente taxativo rigor del artículo 35 ET. Sin embargo, las SSTs de 28 de noviembre de 2004, I.L. J 2384 y de 3 de diciembre de 2004, I.L. J 2304, modificaron el criterio, abogando por el carácter imperativo del artículo 35.1 ET. La **STS de 30 de mayo de 2005**, I.L. J 1067, vuelve a advertir que el valor de la hora ordinaria es un mínimo indisponible para el convenio colectivo, por lo que en ningún caso resulta admisible una retribución más reducida para la hora extraordinaria.

Es sobradamente conocido que la subrogación empresarial en caso de sucesión de contratistas o adjudicatarios de una concesión administrativa no se rige por el artículo 44 ET, sino que sólo se produce si así lo establece el convenio colectivo o el pliego de cláusulas, como reiteran, en el período de referencia, las **SSTs de 4 de abril de 2005**, I.L. J 732 y de **23 de mayo de 2005**, I.L. J 994 y las **SSTSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2005**, I.L. J 791, de **Valencia de 10 de febrero de 2005**, I.L. J 802 y del **País Vasco de 15 de febrero de 2005**, I.L. J 626. La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de abril de 2005**, I.L. J 856, parte de dicha doctrina, pero además matiza que la jurisprudencia comunitaria obliga a acudir al artículo 44 ET cuando se produce una sucesión en la mayoría de la plantilla adscrita al servicio subcontratado, solución que el TS se muestra reacio a aceptar, como demuestra la **STS de 3 de junio de 2005**, I.L. J 1096, aunque progresivamente ha adecuado su doctrina a la del tribunal comunitario [STS de 27 de octubre de 2004 (recurso de casación u.d. 899/2002)].

De interés resulta asimismo la **STSJ de Madrid de 12 de abril de 2005**, I.L. J 1045, que califica como derecho necesario relativo la regulación de las causas de despido contenida en el ET. Es claro que el convenio colectivo juega un relevante papel en la determinación de las infracciones laborales y sus correspondientes sanciones, sin que se aprecien muchos más límites que los que se derivan del principio de proporcionalidad. En el supuesto de hecho un trabajador es despedido por realizar su trabajo en estado de embriaguez en al menos dos ocasiones, lo que a tenor del convenio colectivo constituía justa causa de despido disciplinario. Sin embargo, la sentencia declara la improcedencia por entender que el convenio colectivo se había extralimitado; a su juicio, la regulación legal de las causas de despido constituye un mínimo indisponible, por lo que es nula la cláusula del convenio colectivo que permita el despido por embriaguez si no es habitual y/o no repercute en el trabajo. Se prescinde, por consiguiente, de una valoración sobre el fondo, no sólo conveniente, sino incluso necesaria, porque difícilmente se puede negar al convenio colectivo la facultad de flexibilizar o redefinir causas de despido disciplinario por razones justificadas. Las mayores o menores responsabilidades del trabajador o la afectación a la imagen de la empresa justifican en ocasiones un despido aunque no se acredite embriaguez habitual, e incluso permitirían sancionar conductas extralaborales.

### 3. EL CONVENIO COLECTIVO COMO NORMA

Es evidente que entre las fuentes de la relación laboral el convenio colectivo ha de ocupar una posición de singular relevancia, no sólo porque sea una fuente específica de Derecho del Trabajo, sino por la función que la propia Ley le otorga en la adaptación del marco general a la realidad concreta de cada ámbito. Seguramente por ello la **STSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2005**, I.L. J 628, califica al convenio colectivo como “fuente del contrato de trabajo con carácter normativo”, expresión de dudosa corrección técnica, pero que trata de poner de manifiesto la naturaleza normativa del convenio y su papel como norma encargada de concretar el marco específico en el que ha de desenvolverse la relación laboral.

#### A) Convenio colectivo y autonomía individual

No es la primera ocasión en la que el TSJ de Madrid debe pronunciarse acerca de la licitud de las diferencias salariales entre quienes suscriben un contrato de inserción y el resto de trabajadores. En la crónica anterior se dejó constancia de que las SSTSJ de Madrid de 17 y 24 de enero de 2005, I.L. J 171 y 180, habían legitimado la diferencia de trato, por lo que no sorprende que la **STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2005**, I.L. J 968, mantenga idéntica posición. Conviene reseñar que aunque la doctrina es idéntica el supuesto de hecho incluye un matiz que podría haber conducido a una solución diferente; en las sentencias precedentes era el propio convenio colectivo el que fijaba una retribución distinta, mientras que en la más reciente el convenio guardaba silencio y la menor retribución estaba recogida en el contrato de trabajo. El tribunal considera que la diferencia retributiva entre los contratados bajo esta modalidad y el resto de personal laboral se justifica porque el contrato de inserción presupone una menor cualificación y experiencia laboral de la que sería exigible para una modalidad contractual ordinaria. Por consiguiente, el salario en estos contratos de inserción debe venir determinado, en primer lugar, por el convenio colectivo; si éste no contempla peculiaridades para este contrato no es aplicable, sin más, el salario previsto para otra modalidad contractual, sino que el salario deberá fijarse por pacto entre las partes.

En otras ocasiones los conflictos se derivan de reclamaciones individuales sin amparo evidente en el convenio colectivo de aplicación, como sucede en la **STSJ de Extremadura de 9 de marzo de 2005**, I.L. J 636. Determinado personal de la Junta de Extremadura reclama un plus salarial por peligrosidad, penosidad y toxicidad aunque desempeña un puesto de trabajo que en la relación de puestos no tiene asignado el complemento, ni se ha seguido el procedimiento previsto para su reconocimiento en convenio colectivo. La comisión paritaria había informado negativamente, y el tribunal considera que no se cumplen los requisitos del convenio y que la concesión del complemento equivaldría a una suplantación de los negociadores.

### B) Convenio colectivo aplicable

Las transferencias de personal entre el Estado y las CCAA son una permanente fuente de litigios, como ilustra el recurrente problema del abono de las cuotas colegiales de los ATS/DUE, anteriormente aludido. La **STS de 11 de abril de 2005**, I.L. J 761, se ocupa de otra de las cuestiones habituales, como es el cómputo de la antigüedad a efectos de los correspondientes complementos salariales. En ese supuesto, tras la transferencia de determinado personal de la Administración de Justicia a la Comunidad Autónoma de Madrid se celebra un acuerdo entre varios sindicatos y la administración autonómica sobre el abono del complemento de antigüedad, en condiciones diferentes a las establecidas en el convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma. Los demandantes solicitan que se abone el complemento de antigüedad en las condiciones previstas por el convenio, y no por el acuerdo, a lo que accede la sentencia recordando jurisprudencia anterior [SSTS de 28 de febrero de 1999, 23 de diciembre de 2003 y 28 de enero de 2003, entre otras], en la que el TS remitió al convenio colectivo de la correspondiente comunidad autónoma a efectos de la regulación del régimen jurídico del complemento de antigüedad para el personal transferido. La sentencia advierte que el acuerdo con los sindicatos al que había llegado la Administración no cumple los requisitos de un convenio colectivo estatutario (faltaba su publicación oficial), por lo que confirma la aplicación del convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid.

Un problema similar se resuelve en la **STS de 30 de mayo de 2005**, I.L. J 931, si bien no relativo al complemento de antigüedad, sino a la forma de retribuir los trienios del personal transferido desde el Estado a la Comunidad de Madrid, ya que ésta abona los trienios consolidados antes de la transferencia en la cuantía fijada en su momento y sólo aplica el convenio colectivo del personal laboral de la administración autonómica para los trienios consolidados posteriormente. Los demandantes solicitan la aplicación del convenio para todos los trienios, pretensión estimada por la sentencia —la doctrina proviene de las SSTS de 4 de noviembre de 2002 (recurso de casación u.d. 743/2002), 23 de diciembre de 2002 (recurso de casación u.d. 1676/2002), y 28 de enero de 2003 (recurso de casación u.d. 1407/2002)—, porque en todo lo no previsto en la norma que operó la transferencia —y los trienios no estaban incluidos— se aplica el convenio colectivo autonómico para el personal laboral.

Por consiguiente, la pretensión en estos casos se reduce, por lo general, a la reclamación de diferencias salariales derivadas de una elección incorrecta de la norma aplicable. En el caso resuelto por la **STSJ de Cantabria de 6 de abril de 2005**, I.L. J 882, a las trabajadoras les era de aplicación el Convenio Colectivo del sector de empresas de ayuda a domicilio de Cantabria, que disponía su vigencia hasta 31 de diciembre de 2002, pero se prorrogó tácitamente por un año, y fue finalmente denunciado en octubre de 2003; el nuevo convenio colectivo del sector entró en vigor el 1 de enero de 2004. Sin embargo, el 1 de enero de 2003 entró en vigor el III Convenio Marco Estatal de Residencias Privadas de Personas Mayores y del Servicio de Ayuda a Domicilio. El conflicto, por tanto, se centra en aclarar si durante el año 2003 se aplicaba el convenio de sector cántabro o el convenio marco estatal. La sentencia recurre a la doctrina de una resolución previa del mismo tribunal de 7 de marzo de 2005 (recurso 1135/2004), para concluir que por remisión del

propio convenio regional ha de aplicarse el estatal en la prórroga de vigencia del primero, entendiendo la sentencia que no hay concurrencia sino sucesión de convenios. Se hacen referencias a la ultraactividad y a la vigencia de las cláusulas normativas del convenio, que no es propiamente lo que sucede en el supuesto, ya que se había producido la prórroga tácita durante 2003 por falta de la necesaria denuncia; recuérdese que la jurisprudencia también limita la prohibición de concurrencia al período de vigencia pactado, excluyendo las situaciones de prórroga con o sin denuncia, como se constata en la STS de 2 de febrero de 2004 (recurso de casación u.d. 3069/2002).

Lógicamente, la eventual celebración de pactos de empresa provoca mayores incertidumbres ante la pluralidad de instrumentos reguladores. Así lo hace ver la **STSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2005**, I.L. J 625, que resuelve un supuesto en el que mediante pacto de empresa se mejora el convenio de sector incrementando las pagas extraordinarias y estableciendo una mejora voluntaria de IT para garantizar a los trabajadores el 100% del salario real. La sentencia entiende que ello implica la concesión de los pluses de nocturnidad y relevo cuando se esté en situación de IT, y la inclusión de esos conceptos también en las gratificaciones extraordinarias.

### C) Contenido

El principal foco de conflicto respecto del contenido del convenio colectivo en su función de fuente de la relación laboral está vinculado con los principios de igualdad y no discriminación, que el convenio, en su condición de norma, debe respetar. Los litigios sobre el particular son numerosos, y además heterogéneos, aunque se centran fundamentalmente en materia salarial y de jornada. Es menester tomar con cautela las soluciones judiciales, muy vinculadas con el caso concreto y donde la naturaleza pública o privada del empleador condiciona la respuesta final. Se explica de ese modo que Correos y Telégrafos, precisamente por su conversión a entidad privada, sea una fuente de controversias especialmente activa en los últimos tiempos.

En esa tesitura, la **STS de 7 de abril de 2005**, I.L. J 642, acude al principio de igualdad entre trabajadores fijos y temporales para reconocer el derecho de éstos a percibir una paga por resultados que un Acuerdo Marco de Correos y Telégrafos reconocía únicamente a los fijos y no a los eventuales. El TS remite a la jurisprudencia consolidada sobre el particular (SSTS de 7 y 23 de octubre de 1992 y 2 de junio de 2003) y reconoce el derecho a esa paga de resultados, aunque no a las pagas de incentivos y de mejora porque en tales supuestos no aprecia contradicción.

Las diferencias salariales entre trabajadores con contrato indefinido y con contrato de duración determinada son también el objeto de la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de febrero de 2005**, I.L. J 607. Los demandantes solicitan, además de la conversión de su contrato en indefinido por sucesión de contratos temporales en fraude de Ley, el abono de determinadas diferencias salariales por percibir los pluses de nocturnidad y turnicidad en cuantía inferior a los fijos. El plus de nocturnidad no se recogía en el convenio colectivo,

## I. Fuentes del Derecho

y aunque el de turnicidad sí, el convenio no lo cuantificaba. La sentencia advierte que no es imprescindible la absoluta igualdad retributiva en caso de empresas privadas, siempre que las diferencias se justifiquen. En este supuesto, los fijos percibían una retribución mayor porque sus condiciones se habían mantenido tras la subrogación operada por una sucesión de contratistas. Por tanto, como la diferencia de trato no derivaba del convenio colectivo, ni de ninguna de las causas del artículo 14 CE, y ni siquiera era una diferencia de trato por razón de la temporalidad del contrato, se estima como justificada. Cuestión distinta es el complemento de antigüedad previsto en el convenio, al que sí tendrían derecho los trabajadores con contratos de duración determinada en virtud del artículo 15.6 ET.

Las diferencias entre trabajadores fijos y temporales suelen ser tan frecuentes en los tribunales como las que se establecen en función de la fecha de ingreso, también prohibidas por la doctrina jurisprudencial en tanto no se acredite una justificación objetiva y razonable. Así lo reiteran en el período de referencia las **SSTS de 23 de marzo de 2005**, I.L. J 783, y **de 20 de abril de 2005**, I.L. J 736, declarando la nulidad de las cláusulas del convenio que propiciaban una retribución más reducida para los trabajadores de nuevo ingreso en la empresa.

La modalidad del contrato, la fecha de ingreso y el tiempo de trabajo son las condiciones a las que los negociadores suelen recurrir para introducir complementos salariales de extensión personal limitada, todas ellas rechazadas de ordinario por la jurisprudencia como justificaciones válidas. Existen, por supuesto, más criterios en los que basar la diferencia, como demuestra la **STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de febrero de 2005**, I.L. J 610. Por convenio colectivo se reconocía un complemento salarial a los vigilantes jurados que prestasen servicios en aeropuertos por estar cerca de aparatos de radioscopia. La sentencia tampoco legitima la diferencia de trato, pues considera que el convenio colectivo vulnera el principio de igualdad; en buena lógica, el plus ha de corresponder a todos los que estén expuestos a radiaciones con independencia del lugar de trabajo.

Junto a esa doctrina, mucho más genérica y susceptible de extensión por la frecuencia con que esas situaciones aparecen en la práctica, se encuentran también pronunciamientos muy peculiares, como el que aborda la **STS de 4 de mayo de 2005**, I.L. J 768. Una trabajadora es declarada en IP derivada de accidente de trabajo, y, en la misma fecha, es despedida, acordándose en conciliación la improcedencia y el abono de la indemnización. La trabajadora solicita además una indemnización por IP total reconocida en convenio colectivo, a lo que la empresa se niega alegando incompatibilidad entre la indemnización por despido y la indemnización por IP. La sentencia defiende la posibilidad de generar ambas indemnizaciones y su compatibilidad, así como la ausencia de enriquecimiento sin causa. A juicio del TS, el hecho de que el accidente se produjese durante la vigencia del contrato es un dato fundamental para reconocer la indemnización convencional, y el que la empresa despidiese a la trabajadora antes de que el contrato se extinguiera efectivamente por IP justifica el derecho a percibir la indemnización por despido improcedente.

Igual de específico es el supuesto de la **STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2005**, I.L. J 594, en la que el tribunal debe determinar el plazo de prescripción para la reclamación

de un plus salarial que los sucesivos convenios colectivos vienen reconociendo. La sentencia advierte que la cláusula de vinculación a la totalidad que recogía el propio convenio colectivo exige una apreciación global del acuerdo convencional, por lo que tras la entrada en vigor de un nuevo convenio se interrumpe la prescripción y se puede reclamar el plus durante el año siguiente.

Además de las reclamaciones salariales, el tiempo de trabajo suscita numerosos conflictos, por la necesidad de articular las necesidades productivas de la empresa con el derecho del trabajador a un descanso adecuado. La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de febrero de 2005**, I.L. J 612, así lo pone de manifiesto respecto del descanso semanal. El convenio colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de Castilla y León reconoce a los trabajadores que deban realizar jornadas especiales de lunes a domingo el derecho a descansar un día por cada jornada realizada en fin de semana o festivo, así como el complemento de atención continuada. La sentencia interpreta que en caso de prestar servicios un sábado, domingo o festivo el trabajador tiene derecho a un día de descanso entre semana en sustitución de trabajado, y no a acumular ese día al descanso semanal, como solicitaban los demandantes. En suma, el trabajador debe disfrutar de día y medio de descanso semanal, aunque no coincida con sábado y domingo, porque el percibo del complemento de atención continuada compensa el perjuicio de no descansar en fin de semana.

El derecho al descanso viene acompañado de la correspondiente retribución, y por tanto la finalización del contrato sin haber disfrutado del descanso devengado legitima la reclamación económica por el salario que se habría percibido en ese tiempo. En el supuesto de la **STSJ de Navarra de 31 de enero de 2005**, I.L. J 811, a la finalización del contrato un trabajador no había disfrutado del “descanso anual compensatorio” previsto en el convenio colectivo, por lo que solicita el abono en metálico de la correspondiente cantidad. El trabajador, sin embargo, percibía una cuantía bruta por día de trabajo que englobaba horas extras, plus de trabajo nocturno, plus de fin de semana y festivo. Aunque la doctrina del tribunal venía manteniendo que ambas cantidades eran independientes, en esta sentencia se otorga un especial valor a la interpretación de la comisión paritaria, que consideraba que la percepción de cantidades en concepto de horas extras por el tiempo de descansos no disfrutados suponía la pérdida —o compensación suficiente— de éstos. El tribunal califica esa interpretación como vinculante para las partes y resuelve en consecuencia.

Junto a cuestiones salariales y de horario también es de interés otro conflicto planteado en Correos y Telégrafos, aunque en este caso, y a diferencia de otros, no se deriva directamente de su conversión en entidad privada. El convenio colectivo de esa empresa reconoce a los trabajadores “contratados como fijos” el derecho a optar entre indemnización y readmisión en caso de despido improcedente. Las SSTs de 15 de junio de 2004 (recursos de casación u.d. 2561/2003 y 5113/2003) y de 22 de noviembre de 2004 (recurso de casación u.d. 5790/2003) consideraron que tal derecho no correspondía ni a los trabajadores temporales ni a quienes por ser objeto de contratación irregular fueran

calificados como indefinidos no fijos de plantilla. Las **SSTS de 11 de febrero de 2005**, I.L. J 714, **21 de marzo de 2005**, I.L. J 765, y **de 12 de mayo (dos) de 2005**, I.L. J 983 y 984, reiteran esa doctrina, y consideran que la conversión del empleador en sujeto privado no introduce elementos que obliguen a replantear la solución, por lo que únicamente atribuye el derecho a quienes originariamente fueron contratados como fijos. El respeto a la voluntad de los negociadores es el argumento que utilizan, aunque podrían haber otras interpretaciones, porque la conversión en indefinido podría tener lugar incluso por mutuo acuerdo, y, a la postre, las irregularidades en la contratación quizá deberían justificar la extensión del derecho a todos los trabajadores indefinidos, para no legitimar, en cierto modo, una situación fraudulenta.

### D) Modificación

No es extraño que periódicamente los tribunales recuerden el principio de sucesión de normas, que desde la perspectiva del convenio colectivo implica que la norma paccionada más reciente puede disponer de los derechos reconocidos en las precedentes. Esa doctrina es ya clásica aplicada a las mejoras voluntarias —y la vuelve a reiterar la **STS de 8 de abril de 2005**, I.L. J 764—, así como en materia de jornada, que evidentemente estará regulada en el convenio vigente sin limitaciones derivadas de los anteriores, como advierte la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de febrero de 2005**, I.L. J 608, respecto de la realización de horas extraordinarias.

Además, nuevamente surge un conflicto referido a la descentralización del *handling* en Iberia, pero no respecto de la licitud de la decisión empresarial, sino en relación con las responsabilidades tras la cesión. La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de febrero de 2005**, I.L. J 604, remitiéndose a una sentencia de la misma sala de 2 de junio de 2004 (recurso de suplicación 98/2002), aplica el artículo 44 ET y el pliego de cláusulas de contratación para responsabilizar al nuevo empresario de determinadas deudas salariales. En concreto, tales deudas se generan por la aplicación retroactiva del convenio colectivo para el personal de tierra de Iberia, que si bien se firmó con posterioridad a la subrogación en el contrato de la trabajadora demandante, por aplicación retroactiva entró en vigor cuando ésta aún prestaba servicios para Iberia.

### E) Pervivencia de las ordenanzas laborales

Aunque pudiera considerarse anecdótica, la **STSJ del País Vasco de 8 de febrero de 2005**, I.L. J 681, presenta un indudable interés; es evidente que el proceso de sustitución de ordenanzas laborales ha concluido ya, pero todavía pueden apreciarse ciertos vestigios en los que si bien no subsisten como normas vigentes sí pervive su espíritu por remisión expresa en la negociación colectiva. Así sucede en el caso de la sentencia analizada, que llega a la conclusión de que el convenio colectivo litigioso ha mantenido viva la Ordenanza Laboral de la Industria del Papel a efectos del complemento de antigüedad, porque el propio convenio efectúa una remisión expresa.

#### 4. LEY Y CONTRATO DE TRABAJO

La doctrina judicial del período de referencia tampoco ha introducido ninguna variación destacable en la articulación de las relaciones entre la ley y el contrato de trabajo, y se repiten soluciones sobradamente conocidas, como sucede con la doctrina relativa a los contratos de interinidad en Correos y Telégrafos tras su conversión en SA. Es sabido que el artículo 58 Ley 14/2000, en sus apartados 16 y 17, dispone que “el personal laboral de la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos quedará integrado en la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, desde la fecha de la inscripción en el Registro Mercantil de su escritura de constitución, conservando sus contratos con la antigüedad, categoría y retribuciones que tuvieran consolidados en la entidad pública y con pleno respeto de los derechos y situaciones administrativas que tuvieran reconocidas y en especial las normas sobre incremento de retribuciones que establezcan las Leyes de Presupuestos Generales del Estado”, y que “a partir de la fecha del inicio de la actividad de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos Sociedad Anónima, el personal que la sociedad necesite contratar para la adecuada prestación de sus servicios lo será en régimen de derecho laboral”.

Sobre estas bases, los tribunales sostienen que el contrato se rige por la ley vigente en el momento de la contratación. Ello significa que el contrato de interinidad por vacante celebrado mientras Correos y Telégrafos era una entidad pública debe respetar la normativa vigente en ese momento, y por ello puede prolongarse en tanto no se cubra la plaza. En cambio, si el contrato hubiera sido suscrito con posterioridad debe ajustarse al plazo de tres meses previsto en el segundo párrafo del artículo 4.b) RD 2720/1998 para cubrir las vacantes en una empresa privada, como en el período de referencia manifiestan las SSTSJ de Navarra de 24 de enero de 2005, I.L. J 812, y del País Vasco de 1 de febrero de 2005, I.L. J 725.

Es igualmente conocida la doctrina sobre la descentralización del servicio de *handling* en Iberia, pues ya desde las SSTS de 11 de abril de 2000 (recurso de casación u.d. 2846/1999) o de 23 de octubre de 2001 (recurso de casación u.d. 804/2000) se descartó la aplicación del artículo 44 ET, y se calificó esa operación como una cesión contractual en la que la subrogación empresarial en los contratos de trabajo depende de la voluntad de los trabajadores y no de los empresarios. En ese contexto, las SSTS de 26 de abril de 2005, I.L. J 827, de 17 de mayo de 2005, I.L. J 774, y de 30 de junio de 2005, I.L. J 1096, recuerdan que es menester un análisis casuístico, porque el negocio no es en sí ilícito, y será válido o no en función de que el trabajador haya manifestado su aceptación.

Por supuesto, si se aplica el artículo 44 ET es nulo todo pacto entre empresarios por el que se exoneren de las responsabilidades que genera la sucesión, como recuerda la STSJ de Cantabria de 8 de abril de 2005, I.L. J 883. Asimismo, el artículo 44 ET parece que impide al trabajador negarse a la correspondiente cesión, a riesgo de ver extinguido su contrato de trabajo, pero no legitima al empresario para efectuar cualesquiera alteraciones del régimen jurídico preexistente. Naturalmente, al empresario le corresponden determi-

nadas facultades para adaptar las condiciones de trabajo y salariales de los subrogados a la dinámica propia de la actividad productiva del nuevo empleador, pero con unos límites rígidos, como se aprecia en la **STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2005**, I.L. J 677. Tras una sucesión de empresas, con la consiguiente aplicación del artículo 44 ET, el nuevo empleador pretende refundir los diferentes conceptos salariales en una única partida, convirtiendo complementos de puesto de trabajo en complementos personales. La sentencia admite que es posible modificar la denominación de determinados complementos salariales para adecuarlos al nuevo contexto, pero no encuentra sustento que legitime una modificación unilateral de la estructura salarial por parte del empresario.

La declaración de ilicitud de modificaciones unilaterales contrarias a determinados mínimos legales de condiciones de trabajo o de procedimiento es habitual, como vuelve a demostrarse en la **STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2005**, I.L. J 970. Mediante decisión unilateral el empresario pretende alterar el régimen de turnos, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 41 ET. La modificación de los turnos implicaba asimismo un cambio de jornada, traducido en la ocasional superación de la jornada máxima pactada en convenio. La sentencia advierte que este tipo de decisiones no pueden ser unilaterales, ya que la jornada prevista en convenio no es susceptible de alteración, ni directa ni indirectamente, por la exclusiva voluntad del empresario.

En realidad, como precisan la **STS de 7 de febrero de 2005**, I.L. J 666, y las **SSTSJ del País Vasco de 8 de febrero de 2005**, I.L. J 630, y de **Castilla y León (Valladolid) de 23 de marzo de 2005**, I.L. J 694, no es posible modificar sustancialmente condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo de forma unilateral, porque el artículo 41 exige la intervención de los representantes de los trabajadores en tales supuestos. En ocasiones el propio convenio colectivo faculta al empresario para alterar unilateralmente determinadas condiciones, como puede apreciarse en la **STS de 21 de abril de 2005**, I.L. J 737, respecto del horario. La modificación operada por el empresario provocó un incremento de la jornada, lo que motivó la reclamación de los trabajadores. La sentencia reconoce las dificultades para distinguir en ocasiones jornada y horario, pero entiende que en este caso la modificación de horario afecta a la jornada, por lo que el empresario no puede en ningún caso modificar unilateralmente esa condición de trabajo; su decisión no venía amparada ni por el convenio colectivo ni por un posterior acuerdo que había alcanzado con los representantes de los trabajadores, y tampoco se cumplían los requisitos formales del artículo 41 ET. Sería discutible, en cualquier caso, que pudiera acudir al artículo 41 ET para una modificación sustancial de condiciones de trabajo que afecte a la jornada, porque a tenor de su apartado 2, la modificación de jornada, al contrario que la de horario, requiere la alteración del convenio, y no meramente un acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores.

Cabe destacar, sin duda, la **STS de 23 de mayo de 2005**, I.L. J 927, no ya por el fallo, que es previsible, sino por la argumentación que a él conduce. Se plantea la validez de una cláusula contractual que duplica la indemnización legal por despido improcedente para los trabajadores con una determinada antigüedad, que incluso podía superar el límite de cuarenta y dos mensualidades previsto en la Ley. La sentencia acude a una interpretación basada en el origen y finalidad del pacto, ya que la duplicación de dicha indemnización

se justificaba porque los trabajadores habían renunciado a determinados derechos. Por ello, la indemnización pactada se entiende como lícita, y se reconoce el derecho al percibo íntegro aunque eventualmente supere las cuarenta y dos mensualidades. Difícilmente podría negarse la licitud de ese pacto, salvo que la compensación fuera notablemente desproporcionada y/o vulneradora de algún precepto legal, por lo que quizás no sería necesario averiguar los sacrificios que tuvieron que aceptar los trabajadores si únicamente se discute la procedencia de la indemnización de mayor cuantía. Nótese que la sentencia no pone tope alguno al importe de la indemnización a pesar de que la cláusula atribuía al trabajador el derecho a una indemnización “consistente en el doble de lo establecido” en la ley, lo que quizás debiera limitar la indemnización a un máximo de ochenta y cuatro mensualidades (o cuarenta y ocho en caso de contrato de fomento de la contratación indefinida), precisamente el doble de lo establecido por el ET.

Finalmente, la **STSJ de Murcia de 18 de abril de 2005**, I.L. J 870, concreta las consecuencias del reconocimiento empresarial en acto de conciliación de la condición de fijo-discontinuo y no de trabajador temporal de quien había sido contratado en sucesión fraudulenta de contratos temporales. El reconocimiento de fijeza no venía acompañado de determinación de categoría profesional, por lo que el tribunal entiende que se trata de la misma que se había pactado en el último contrato temporal, y califica ese pacto como derecho irrenunciable, pues la renuncia a la categoría que se le reconoció, en opinión de la sentencia, es contraria al artículo 3.5 ET.

## 5. LA FUNCIÓN REGULADORA DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL

Curiosamente, muchos de los litigios relativos a la voluntad de las partes como fuente de la relación laboral no afectan propiamente a la dinámica de esa relación, al modo de desempeñar o retribuir el trabajo, sino a diversos aspectos relativos a la extinción del contrato, con el finiquito como cuestión principal. No obstante, sí pueden encontrarse pronunciamientos relativos a un momento anterior a la extinción, vinculados, como es habitual, con obligaciones y derechos de índole salarial.

Interesante resulta la **STS de 1 de febrero de 2005**, I.L. J 665, que debe valorar una de las muchas peculiaridades del trabajo para una Administración Pública, aunque no le concede especial relevancia. El demandante reclama las diferencias retributivas derivadas del desempeño de un puesto de superior categoría en la Administración Pública, petición a la que se había opuesto el empleador aduciendo que dichas tareas habían sido encomendadas por un órgano incompetente. La sentencia entiende que la competencia para organizar el trabajo y asignar las correspondientes funciones es una mera cuestión de organización interna que no debe perjudicar al trabajador, por lo que el empresario debe responder ante el trabajador y posteriormente depurar responsabilidades internas, si procede; de lo contrario tendría lugar un enriquecimiento injusto.

## I. Fuentes del Derecho

En crónicas anteriores se dejó constancia de que los tribunales admiten la licitud del pacto por el que se reconoce una antigüedad superior a la real (STSJ de Madrid de 15 de junio de 2004, I.L. J 1797), con efectos evidentes tanto para el salario como para la indemnización por despido, y con incidencia en cualquier otra faceta relacionada con el tiempo de prestación de servicios en la empresa, como pudiera ser el orden de prelación en caso de ascensos, traslados o despidos. La **STS de 14 de abril de 2005**, I.L. J 698, parte de esa premisa, pero advierte que ese pacto despliega efectos *inter partes* y no vincula al FOGASA, que limitará su responsabilidad a la indemnización por despido que se derive de los años de prestación efectiva de servicios, con independencia de la antigüedad pactada.

También en el plano de la finalización de la relación laboral, el artículo 49.1.b) ET admite la licitud de las causas de extinción consignadas en el contrato siempre que no constituyan abuso de derecho por parte del empresario. Precisamente esa circunstancia debía valorar la **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de marzo de 2005**, I.L. J 959, respecto de una cláusula de rendimiento mínimo cuyo incumplimiento confería al empresario la posibilidad de extinguir lícitamente la relación laboral. La trabajadora en cuestión, vendedora de inmuebles, no finaliza con éxito ninguna operación durante dos años (debía vender dos pisos al mes), por lo que la empresa procede al despido. La sentencia entiende que la cláusula no resulta abusiva, ni desproporcionada, máxime cuando una compañera de la despedida había conseguido índices de ventas mucho más altos. La doctrina, por lo demás, no es novedosa, pues la cláusula de extinción del contrato por no alcanzar las ventas estipuladas ya se había declarado lícita en una STS de 23 de febrero de 1990 (recurso de casación por infracción de ley).

Como se adelantó, el finiquito genera abundantes conflictos, porque su contenido y efectos pueden estimarse abusivos en muchas ocasiones. En esta tesitura, la **STS de 25 de enero de 2005**, I.L. J 652, reitera la doctrina general sobre el valor liberatorio del finiquito, sobradamente conocida y que extensamente se recoge en la STS de 28 de febrero de 2000 (recurso de casación u.d. 4977/1998), pero en el caso resuelto se consideran subsistentes las deudas salariales porque, por un lado, la carta de despido se notificó posteriormente a la fecha del finiquito y, por otro, no se entregaron al trabajador las cantidades reconocidas en el propio finiquito. Por su parte, la **STSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2005**, I.L. J 624, recuerda la nulidad de una renuncia genérica a cualquier tipo de acción procesal futura sobre derechos ajenos a la liquidación, doctrina, por lo demás, coincidente con la sentada por la STS de 28 de abril de 2004 (recurso de casación u.d. 4247/2002).

## 6. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Contrariamente a lo habitual, la condición más beneficiosa no ha ocupado un lugar destacado en la doctrina de los tribunales durante el período de referencia. No obstante, deben consignarse dos pronunciamientos de interés, aunque en ambos casos se llega a la conclusión de que no se ha generado una condición más beneficiosa. En primer lugar, la **STS de 28 de abril de 2005**, I.L. J 745, prescinde de las apariencias para resolver un litigio sobre una paga extraordinaria adicional que desde hacía más de cuarenta años percibían los trabajadores de determinadas entidades bancarias; dicha paga no estaba prevista en

convenio colectivo, sino que la empresa la concedía anualmente en función de los resultados económicos del ejercicio y previa petición de los trabajadores, que debían solicitarla cada año. En un determinado momento el consejo de administración decide consolidar esa gratificación para quienes la venían percibiendo y no reconocer el derecho a los trabajadores de nuevo ingreso. La sentencia entiende que tal decisión no vulnera los principios de igualdad y no discriminación porque la concesión de la paga es una mera liberalidad de la empresa y, por consiguiente, no ha de extenderse necesariamente a los nuevos trabajadores. La paga no se convirtió en una condición retributiva de la plantilla, ni en una condición más beneficiosa y su eventual supresión no provocaba una modificación sustancial de condiciones de trabajo, porque la paga no era un derecho de los trabajadores sino una liberalidad de la empresa hasta que se plasmó en un acuerdo de 2001. Desde ese momento, en cambio, sí se genera un derecho para los trabajadores.

Por otro lado, la **STSJ de Galicia de 31 de marzo de 2005**, I.L. J 966, se ocupa de la supresión, o transformación en complemento *ad personam* según los casos, de un complemento salarial que desde 1989 venía percibiendo determinado personal sanitario de un centro médico. En 2003 ese complemento se suprimió para los trabajadores de nuevo ingreso y, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, dicho plus de función se transformó en complemento personal para quienes ya lo percibían anteriormente, pero con previsión de progresiva disminución anual en el mismo porcentaje en que se incrementasen anualmente los salarios. La sentencia considera lícita la supresión del complemento, puesto que es un complemento de puesto que pierde su objeto cuando los trabajadores dejan de realizar la función que dicho plus compensaba. Se califica como *ius variandi* empresarial, y no como modificación sustancial de condiciones de trabajo. Además, se niega que se haya generado una condición más beneficiosa, porque es un complemento de puesto y porque el acuerdo que lo reconoce como complemento personal tenía una vocación claramente transitoria.

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO

II. **TRABAJADOR****Sumario\*:**

**Consideración preliminar. 1. Presupuestos configuradores de la relación de trabajo.** A) Presupuestos sustantivos. a) Actividad voluntaria. b) Actividad retribuida. c) Actividad dependiente.

d) Actividad por cuenta ajena. B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones.

**2. Supuestos incluidos.** A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de grupo. C) Relaciones laborales de carácter especial. a) Alta dirección. b) Servicio del hogar familiar. c) Penados en instituciones penitenciarias. d) Deportistas profesionales. e) Artistas en espectáculos públicos.

f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgos. g) Minusválidos. h) Estibadores portuarios.

D) Otros. **3. Supuestos excluidos.** A) Relaciones funcionariales y estatutarias. B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales. D) Trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo. G) Trabajos de colaboración social. **4. Zonas grises.** A) Transportistas. B) Personal contratado en

Administraciones Públicas. C) Autónomos. D) Profesiones liberales. E) Socios empleados.

F) Arrendatarios y aparceros. G) Toreros. H) Religiosos. I) Trabajadores extranjeros.

J) Otros. **5. Noción de trabajador en el sistema de Seguridad Social.** A) Trabajador por cuenta ajena. a) Familiares. b) Extranjeros. B) Inclusiones por asimilación. a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas. b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares. c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado. d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local. e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesíásticas. f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales.

g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones. a) Servicios amistosos, benévolo o de buena vecindad. b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social. **6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

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

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5-8 (2005) de *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 589 a 1107) en torno al concepto de trabajador.

### 1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

#### A) Presupuestos sustantivos

– STS de 3 de mayo de 2005 (recurso de casación para unificación de doctrina 2606/2004), I.L. J 847.

1. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó la sentencia de instancia, entendiendo que la relación existente entre el abogado demandante y la entidad demandada era de arrendamiento de servicios civiles y no laboral, por lo que declaró la incompetencia jurisdiccional del orden social. Recurrida en unificación de doctrina, la Sala casacional considera existente relación laboral, por lo que casa y anula la sentencia de suplicación, confirmando la sentencia de instancia que declaró el despido improcedente del demandante.

Del relato de hechos probados se desprende que el letrado demandante se comprometió a prestar asistencia fija y garantizada a las oficinas del demandado un día a la semana a determinar, en horario habitual de oficina y también a la asistencia a las reuniones del Consejo de Administración de la empresa y a cuantas reuniones de trabajo resulten necesarias para el desarrollo de su labor. La cuantía de los honorarios pactados asciende a la suma inicial de setenta mil pesetas (70.000 pesetas) mensuales, más IVA, que se elevaba anualmente. De hecho, la actividad del letrado consistió en la dirección del departamento jurídico dependiendo orgánica y funcionalmente del gerente, realizando habitualmente la gestión de las actividades relacionadas con el ámbito jurídico que se le ordenaban por éste. El demandante acudía tres días a la semana a las dependencias empresariales, desde las 10 a las 15 horas, aun cuando en ocasiones cambiaba los días habituales de asistencia. Disfrutaba el actor de un mes de vacaciones y tomaba incluso otros períodos adicionales y utilizaba para su trabajo el PC de la empresa. Sin embargo, en el tiempo dedicado a la empresa demandada, el letrado demandante atendía en ocasiones a clientes particulares.

La empresa notificó por escrito al demandante la no renovación del denominado “Contrato de Prestación de Servicios de Asistencia Jurídica”, alegando pérdida de confianza, contra cuya comunicación demandó por despido improcedente.

2. La sentencia entiende que la buena doctrina se encuentra en la de contraste, dictada el día 12 de noviembre de 1996 (AS, 4431) por la Sala de lo Social del Tribunal Supe-

## II. Trabajador

rior de Justicia de Valencia. Recuerda la sentencia casacional que, aparte de la presunción *iuris tantum* de laboralidad que el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores atribuye a la relación existente entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe, el propio Estatuto, en su artículo 1.1, delimita, desde el punto de vista positivo, la relación laboral, calificando de tal la prestación de servicios con carácter voluntario cuando concurren, además de dicha voluntariedad, tres notas que también han sido puestas reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia (por todas, Sentencia de esta Sala de 19 de julio de 2002, recurso 2869/2001), cuales son, “la ajenidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios”. La Sentencia recurrida calificó de no laboral la relación jurídica existente entre las partes contratantes, apoyándose, de manera principal y casi única, en la denominación que los contratantes dieron al pacto como “arrendamiento de servicios de asistencia jurídica”, llamando “honorarios” a la retribución, haciendo mención a que el letrado percibiría asimismo el IVA, y pactando también que la relación contractual se basaba en la mutua confianza, por lo que se entendía que “su rescisión o su no renovación” (sic) no daría lugar a ningún tipo de indemnización más allá de la liquidación de los honorarios pendientes. No ha tenido en cuenta, sin embargo, el Tribunal a quo que, tal como razonábamos en nuestra Sentencia de 29 de diciembre de 1999 (recurso 1093/1999), “es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que declara la irrelevancia de la calificación que las partes otorguen a un contrato, señalando que la naturaleza jurídica de un ente contractual viene determinada por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan [entre otras muchas, Sentencias de 20 de noviembre de 1995 (recurso 1463/1994), 15 de junio de 1998 (recurso 2220/1997), 20 de julio de 1999 (recurso 4040/1998)], y que la dependencia —entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa, a la esfera organicista y rectora de la empresa—, y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato [entre otras, Sentencias 14 de febrero de 1994 (recurso 123/1992), 27 de mayo de 1992 (recurso 1421/1991), 10 de abril de 1995 (recurso 2060/1994), 20 de septiembre de 1995 (recurso 1463/1994), 22 de abril de 1996 (recurso 2613/1995), 28 de octubre de 1998 (recurso 4062/1997)]; si bien el requisito de dependencia no concurre cuando el contratado actúa con plena autonomía [entre otras, Sentencia 7 de marzo de 1994 (recurso 615/1993)]. Por ello, no puede limitarse el intérprete de un contrato a contemplar la mera literalidad del documento en que dicho contrato aparece plasmado, sobre todo cuando existe algún indicio que haga abrigar la sospecha en el sentido de que en el contrato ha mediado simulación. Ésta, no siempre se revela de manera evidente, por “el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad” [sentencias de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1993 (recurso 746/1991), 27 de febrero de 1998 (recurso 327/1994), 6 de junio de 2000 (recurso 2386/1995), y 29 de octubre de 2004 (recurso 2749/1998), entre otras muchas], por lo que la jurisprudencia aconseja en estos casos acudir, bien a la prueba de presunciones, o bien a las reglas de interpretación de los contratos para desentrañar la verdadera naturaleza de determinados pactos.

Por lo que al campo de las relaciones laborales se refiere, la experiencia de juzgar enseña que, con gran frecuencia, las partes contratantes atribuyen al genuino contrato de trabajo

la apariencia documental de alguna de las modalidades del contrato civil de arrendamiento de servicios, plasmando documentalmente pactos que, o bien no responden a la realidad de lo acordado, o bien tratan de enmascararla de algún modo. En estos casos, las reglas de la interpretación de los contratos constituyen una valiosa ayuda para desenmarañar la verdadera naturaleza de la relación, señaladamente el artículo 1282 en relación con el segundo párrafo del artículo 1281, ambos del Código Civil, atendiendo a los actos coetáneos de los contratantes, y también a los posteriores, para descubrir cuál había sido la verdadera intención de quienes llevaron a cabo el pacto. En el presente supuesto, aparece con la suficiente claridad que las declaraciones reflejadas en el documento suscrito por las partes no responde en modo alguno a lo verdaderamente pactado por los contratantes, y así lo pone de manifiesto la realidad de lo acontecido hasta la de comunicación del cese, conducta que revela la existencia de las notas de ajenidad, dependencia y retribución de los servicios que voluntariamente vino prestando el actor a la demandada. La ajenidad resulta, en primer lugar, de la presunción *iuris tantum* del artículo 8.1 del ET, a la que ya antes nos hemos referido, y que traslada a la receptora de los servicios la carga de acreditar que era quien los prestaba el que recibía la utilidad de ellos, prueba aquí no conseguida. Y cuando se trata, cual es aquí el caso, de que sea un profesional liberal quien presta tales servicios, la nota de ajenidad viene también íntimamente ligada a la forma de retribución, constituyendo un claro indicio que inclina a pensar en el arrendamiento de servicios el hecho de que la retribución se perciba en función de los asuntos en los que el profesional ha intervenido, mientras que juega a favor de la relación laboral el hecho de que la retribución obedezca a un parámetro fijo [sentencias de esta Sala de 24 de febrero de 1990], siendo esto último lo que en el presente caso acontece. La dependencia aparece fuera de toda duda, resultando así, en primer lugar, del hecho de que el actor se encontrara en dependencia directa del Gerente y del Consejo de Administración y, en segundo término, de las circunstancias concurrentes de estar sujeto a un horario, disfrutar de un período anual de vacaciones (habrá de entenderse, ante la ausencia de indicio alguno en contrario, que éstas eran retribuidas) y llevar a cabo su labor en las dependencias de la propia empleadora, y utilizando los medios de la misma, como era el ordenador; nada de todo esto es imaginable si los servicios prestados a la empresa fueran los propios de un profesional liberal (abogado en ejercicio). Es verdad que, respecto del horario, tenía cierta flexibilidad el demandante, pero ello es propio y habitual en trabajadores con alta cualificación. También es cierto que, a veces, atendía a clientes particulares en las instalaciones de la demandada y dentro del horario de trabajo que en ella tenía asignado; pero ello no es, por sí solo, bastante para desnaturalizar o neutralizar la nota de dependencia, pues perfectamente puede obedecer, bien a tolerancia por parte de la empresa, o simplemente a defectuoso cumplimiento de sus deberes por parte del empleado. Finalmente, por lo que a la retribución se refiere, está perfectamente acreditado que ésta consistía en una cantidad regular por doce mensualidades, que se incrementaba anualmente, ascendiendo en los últimos tiempos y ello, sea cual fuere la denominación que en el documento contractual inicial se otorgó a dicha remuneración, su verdadera naturaleza es la de salario de un trabajador y no la de honorarios de un profesional liberal, por más que el actor también ejerciera la profesión de abogado, al margen de los servicios que prestaba a la demandada.

3. La conclusión casacional es absolutamente compatible a la vista de los hechos probados. No obstante, el gran interés de la sentencia radica en el magnífico resumen que lleva a cabo de la doctrina precedente de la Sala sobre los presupuestos sustantivos de laboralidad, aplicables en este caso a la delimitación jurídica entre el arrendamiento de servicios civiles y el contrato de trabajo.

### b) Actividad retribuida

– STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de febrero de 2005 (recurso de suplicación 3325/2004), I.L. J 890.

1. La sentencia de instancia estima la demanda formulada por la actora contra una Asociación Provincial de Amas de Casa y Consumidores –entidad de utilidad pública– declarando improcedente su despido, estableciendo los siguientes hechos probados. La demandante prestó servicios con la categoría profesional de educadora, para atención de mujeres inmigrantes, percibiendo un salario mensual bruto de 941,89 euros –inferior al de convenio– con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias mediante la celebración de diversos contratos de trabajo para obra determinada y de eventualidad. A la finalización de cada período de vigencia de los contratos, la demandada comunicaba a la actora su finalización y ésta firmaba el correspondiente finiquito. Para el desarrollo de su función social, la Conselleria de Bienestar Social (Dirección General de la Mujer) concedía subvenciones a la demandada, con las que se financiaban las prestaciones gratuitas a las mujeres inmigrantes usuarias de dichos servicios y se retribuía a las educadoras y auxiliares.

2. La Sala confirma en lo sustancial la sentencia de instancia, reiterando la calificación del cese empresarial de la actora como despido improcedente, al considerar que la misma era fija de la empresa al haber existido fraude en la contratación por estar fuera de cobertura contractual entre los diversos contratos temporales sucesivos. Recurrida la sentencia ante la Sala, procede ésta a diferenciar lo que constituye una labor de voluntario y una actividad laboral, partiendo para ello de la consideración de que los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes (STS de 21 de junio de 1990), debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el *nomen iuris* empleado por los contratantes (STS de 23 de octubre de 1989); siendo así que la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a las partes, no es algo que quede a la libre disposición de éstas, sino que es una calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual (SSTS de 13 de abril de 1985, 18 de abril, 21 de julio de 1988 y 5 de junio de 1990).

Partiendo de tal premisa, debe necesariamente acudir a la normativa que regula la prestación del voluntario, Ley del Voluntariado núm. 6/1996, en la que se recoge su definición y características esenciales. En base a ella, ya la sentencia del TSJ de Cataluña de 6 de octubre de 2003 (AS 2004, 12), entendió en un caso similar que “lo que caracteriza la existencia de una relación jurídica de voluntariado es el compromiso libre y altruista de prestar un servicio de forma solidaria y no retribuida; lo que en la terminología del artículo 1.3º,

letra d), del Estatuto de los Trabajadores serían “los trabajos realizados a título de benevolencia”; siendo esta finalidad la nota esencial que permite distinguir la realización de actividades de voluntariado de la prestación de servicios laborales, toda vez que el voluntario también actúa y presta servicios bajo la organización y dirección de la entidad con la que colabora, y se encuentra sometido a las órdenes e instrucciones impartidas por la misma de la misma o similar forma y manera que el artículo 1.1º del Estatuto de los Trabajadores establece para cualquier relación laboral, pudiendo estar obligado a respetar un horario de “trabajo” y “jornada” similar a la de todo trabajador por cuenta ajena, debiendo realizar sus tareas con idéntica o similar dedicación y sometimiento. Así se desprende de los artículos 6 y 7 de la Ley del Voluntariado, que regulan los derechos y deberes de los voluntarios estableciendo grandes concomitancias en algunos casos con los que son propios de toda relación laboral, para reconocer de esta forma que la realización de estas tareas igualmente exige una disciplina, orden y sometimiento a las instrucciones de la organización, que pueden llegar a ser muy similares a las de una relación laboral, con las lógicas diferencias derivadas de la inexistencia de un contrato de trabajo y la inexigibilidad por consiguiente de ciertos comportamientos y actuaciones entre ambas partes.

No es, por tanto, el modo de realización de sus funciones por parte de los voluntarios, en relación con un horario, jornada o sometimiento a las órdenes y directrices de la asociación o entidad con la que colaboran, lo que permitirá en todos los casos distinguir esta situación jurídica de una relación laboral, sino que en muchas ocasiones habrá de estarse únicamente al elemento subjetivo y finalista que lleva al ciudadano a realizar estas tareas para llegar a la correcta calificación jurídica de las mismas. Y a la vista de los datos que constan en el expediente no puede más que presumirse que la relación, iniciada como laboral, mantuvo tal carácter. Pero, además, si el esquema contractual hubiera variado debió tal dato mencionarse y alegarse en la instancia, a fin de poder ser objeto de contradicción por la parte oponente en el juicio; tal ausencia de contradicción obliga a esta Sala a rechazar por la vía de la presunción de la laboralidad de toda prestación de servicios por cuenta de otro, un análisis más pormenorizado de las diferencias entre la relación laboral y el voluntariado al tratarse de una cuestión nueva que no podría tener transcendencia en el presente recurso.

Ello con independencia de las infracciones que se han cometido en materia de contratación, que se dice ha tenido lugar previa concesión de subvenciones. Realmente, como ya hemos señalado en la resolución de otros recursos “no es tema fácil determinar cuáles son los requisitos o condiciones para que la pendencia de una subvención ajena al empresario determine o no la temporalidad de una relación laboral, pues han sido muchas las resoluciones del Tribunal Supremo que han entendido de relevancia factores anejos a la permanencia de los servicios, a la obligatoriedad de su prestación, a las disponibilidades simplemente presupuestarias o al hecho de que la subvención dependa de un tercero absolutamente ajeno a la relación laboral misma. En este sentido el Tribunal Supremo ha expresado (Sentencia de 30 de abril de 2001) que la contratación realizada por la Administración Pública, bajo la modalidad correspondiente de obra o servicios determinados, a fin de atender con los consecuentes débitos laborales al desarrollo de campañas

## II. Trabajador

organizadas con referencia a determinada anualidad, se ajusta a las exigencias que para tal modalidad contractual se establecen en las normas, sin que el hecho de haber mediado contratación similar para anteriores campañas haya de determinar fijeza discontinua”. Sin embargo, sentencia posterior de 22 de marzo del 2002 precisó respecto a su contenido que “esta Sala no ha elevado en ningún caso la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal”, concretando que: “del carácter anual del plan no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian”. Pero además, el nuevo apartado e) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, al reconocer como nueva causa objetiva de extinción del contrato de trabajo la pérdida o insuficiencia de la consignación presupuestaria o de otro orden de los planes y programas que no tengan un sistema estable de financiación, está reconociendo que la financiación en sí misma no puede ser causa de la temporalidad de la relación. De modo que si ello es así cuando la empleadora es una Administración pública, menos aún cabe vincular la temporalidad del contrato de trabajo al solo hecho de la percepción de una subvención cuando el empresario es una persona privada, que depende de subvenciones públicas para programas concretos, pero principalmente depende de aportaciones privadas como cuotas de socios y donativos.

3. Las circunstancias del caso rechazan claramente la condición de “voluntaria” de la trabajadora demandante, al realizar una actividad profesional y, por supuesto retribuida, cumpliendo al lado de éste, además, los otros tres presupuestos sustantivos de laboralidad. No existe en las actuaciones indicio alguno que permita encontrar en la prestación de servicios de la actora una labor amistosa, benéfica o de buena vecindad, sin que pueda confundirse la ausencia de ánimo de lucro de la empleadora con la existencia de dicho ánimo por parte del trabajador.

– STSJ de Extremadura de 23 de marzo de 2005 (recurso de suplicación 30/2005), I.L. J 637.

1. La sentencia analiza el caso de un jugador de fútbol profesional que había venido prestando servicios para la entidad demandada, una Sociedad deportiva, en virtud de contrato por cinco temporadas, entre la 2000-2001 y la 2004-2005, estipulándose una retribución de la correspondiente a 2003-2004 de 1.100.000 pesetas anuales. La entidad demandada, el 23 de junio de 2004, le comunicó que procedía a extinguir el contrato por no interesarle sus servicios. El jugador demandó por despido improcedente, habiendo sido estimada su pretensión en la instancia.

2. Recurrida dicha sentencia en suplicación por la entidad deportiva, se plantea, entre otras cuestiones, si es competente el orden jurisdiccional social para conocer del litigio, lo cual se haya íntimamente ligado con la determinación de la existencia de una relación laboral entre las partes. La sentencia sostiene, en primer lugar, que es irrelevante la calificación que, como profesional o *amateur*, haya dado a la relación la Federación correspondiente. Asimismo, señala que el deportista percibía, además de una retribución por su trabajo, la compensación de los gastos de residencia y estudio en Barcelona del jugador, y tres viajes

de los padres a dicha ciudad. Finalmente, concluye que la retribución percibida constituía medio fundamental de vida, por lo que existía relación laboral entre las partes.

3. El fallo comentado se enmarca en una línea interpretativa confusa desde el punto de vista del análisis del concepto de trabajador. En efecto, la retribución ha sido en ocasiones uno de los elementos de más difícil delimitación por parte de nuestros Tribunales, en especial, cuando se trataba de delimitar el deporte aficionado del deporte profesional a efectos laborales. Así, no es extraño encontrar fallos en los que se es permisivo a la hora de no considerar como salario pequeñas cantidades percibidas por deportistas aficionados, evitando así caer en la calificación laboral de la relación. Esta sentencia, consciente de esta línea flexibilizadora, de la que se hace eco, entiende que sólo cabe entender que existe relación laboral cuando la práctica deportiva se convierte en dedicación principal y habitual y, además, la retribución por ella percibida constituye medio fundamental de vida. Entiende que las decisiones judiciales flexibilizadoras aludidas no son de aplicación al caso porque existe una retribución específica que no puede entenderse dirigida a compensar unos gastos genéricos, puesto que éstos también eran abonados.

## 2. SUPUESTOS INCLUIDOS

### C) Relaciones laborales de carácter especial

#### a) Alta dirección

– STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de marzo de 2005 (recurso de suplicación 1111/2004), I.L.J 1017.

1. El director-gerente de la Autoridad Única del transporte de Gran Canaria, concertó con ésta contrato con duración desde 9 de agosto de 2001 hasta 9 de agosto de 2006, en el que se contenía cláusula, según la cual, si se producía su despido y era declarado improcedente, sin que se produjera la readmisión, se obtendría la indemnización igual al importe de los haberes que restasen desde la fecha del despido hasta la de la terminación del contrato. El 15 de octubre de 2003 el demandante fue cesado por desistimiento empresarial fundado en la falta de confianza, con indemnización de 3 meses del importe del sueldo, por no interesar el cumplimiento del preaviso y de 7 días de salario por año de servicio. La sentencia de instancia declara conforme a derecho la extinción del contrato de trabajo por desistimiento empresarial con obligación de abono por la demandada de 14.834,14 euros, frente a lo que el actor pide en suplicación 148.705,92 euros, previa la equiparación, a efectos económicos, del cese al despido improcedente, mientras que la demandada centró su oposición en la nulidad de la estipulación citada del contrato de trabajo especial de alta dirección, por estimar que se trataba de un blindaje contrario a derecho.

2. Dice la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de marzo de 2005 que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 1993, no es un acto de las administracio-

## II. Trabajador

nes públicas, sino que es un instrumento ordenador que se integra en el Ordenamiento Jurídico, completándolo y configurándose en pauta rectora de ulteriores relaciones y situaciones jurídicas, sin que su eficacia se agote en una aplicación sino que permanece, situada en un plano de abstracción, por encima de destinatarios individualizados, y en una perspectiva temporal indefinida, como base de una pluralidad indeterminada de cumplimientos futuros. No es un acto administrativo plural, sino un acto ordenador que se integra en el Ordenamiento Jurídico, con contenido y efectos de disposición general. Su eficacia no es meramente orientativa, ni meramente autorizadora. La Autoridad Única del transporte de Gran Canaria es una entidad de Derecho Público, con personalidad jurídica propia plena e independiente, que adopta la forma consorcial, que ejerce sus competencias en materia de servicios de transporte público regular colectivo de viajeros y sus instalaciones públicas de forma unitaria y cooperativa. Se declara que el Acuerdo citado, siendo aplicable al Sector Público Estatal, no lo es al Sector Público Local, porque sólo se dirige al primero, sin que sea aplicable, por analogía, al segundo, por lo que el pacto es válido, debiendo surtir plenos efectos. Se afirma que, como la duración del mandato de la Corporación que le nombró concluía en mayo de 2003 y el contrato se concertó hasta 9 de agosto de 2006, se trata de un comportamiento fraudulento y abusivo, por hipotecar la cláusula la confianza de futuro, cuando la finalización del contrato no aparece vinculada a la duración del mandato de la Corporación que le nombró, sobrepasándole. Ahora bien, no puede ampararse en el fraude, para eludir sus obligaciones, aquel que lo propició.

3. Se presenta la posibilidad de aplicar una cláusula de blindaje a un contrato de PAD del Sector Público Local. La interpretación restrictiva del Acuerdo, si bien no respeta la voluntad de que no se haga uso de estas generosidades en el sector público, es conforme con la prohibición de expansión de las decisiones restrictivas o restrictivas. Pero ello no impide que se controle la capacidad para concertar ese pacto con recursos públicos y la responsabilidad de los gestores del mismo.

El problema previo se presenta en la posibilidad de equiparar, a efectos de obtener la indemnización pactada, despido improcedente y desistimiento empresarial. De entrada se ha de decir que se trata de figuras jurídicas propias, dotadas de autonomía singular en el RD 1382/1985 de 1 de agosto, de manera que el desistimiento es discrecional y el despido es necesariamente causal, al tenerse que basar en un incumplimiento grave y culpable del alto directivo (artículo 11.2). Éste genera, si es improcedente, la readmisión por acuerdo *inter partes*, o una indemnización igual al salario de 20 días, o la pactada si es que existió. Aquí es donde tiene lugar el pacto o cláusula de blindaje. En cambio, el libre desistimiento empresarial se apoya en la libertad de las partes para contratar y para extinguir, que a su vez tiene su apoyo en el fundamento del contrato que es la recíproca confianza de las partes (artículo 2). Como consecuencia, la decisión extintiva empresarial, pareja a la del trabajador, no tiene su reflejo en el contrato común laboral, y se adorna de unas consecuencias meramente decorativas, esto es, el derecho a un preaviso, sustituible por indemnización igual a tres meses de salario, y una indemnización de 7 días de salario por año de servicio con el tope de 6 mensualidades. Y no hay más. No parece trasladable lo pactado como efecto del despido improcedente al acto del desistimiento empresarial, en los contratos de PAD.

**d) Deportistas profesionales**

– STSJ de Cantabria de 23 de febrero de 2005 (recurso de suplicación 1044/2004), I.L. J 606.

1. La atleta Araceli figura en la página web de la Federación de Atletismo como representada por Carlos, quien también figura como representante de otras atletas. Araceli figura estar representada, en esas listas, también, por Natalia. En septiembre de 2003 el Club N.com entra en negociaciones con Carlos para fichar a Araceli. Carlos tiene presentado un aval en la Federación para actuar como representante de atletas. El citado Carlos es quien incluye en la página web el listado de sus representados. Carlos ha concertado alguna carrera a Araceli, siendo retribuido por ello, y también le ha buscado algunas carreras su entrenadora. Hubo una propuesta de fichaje que Carlos remitió a dicho Club con condiciones económicas incluidas. En 24 de octubre de 2003 el Club N.com solicitó de la Federación información sobre dónde debía ingresar los derechos de formación o de traspaso de Araceli, con cuyo representante decía haber llegado a un acuerdo, y la Federación le contestó el mismo día en el sentido de que debía mandar un talón por el importe de 676,14 euros al Club en el que actuaba y con el que se entrenaba hasta ahora Araceli. Ésta ha fichado por otro Club que ha abonado la referida cantidad al anterior Club de Araceli. A partir de dicho fichaje Araceli ha dejado de figurar como representada por Carlos. Araceli estaba informada de las negociaciones entre Carlos y el Club N.com en septiembre y octubre de 2003 y se le hizo llegar una oferta que ella rechazó por medio de Carlos y presentó una contraoferta a través del mismo. El Club N.com reclama indemnización por daños y perjuicios.

2. Se expresa que el incumplimiento del precontrato da lugar o puede dar lugar a la indemnización por los daños y perjuicios causados. Pero no cabe obtener, de los datos existentes, que hubiera un compromiso, pues es la Federación la que pone en su web la lista de atletas y sus representantes sin control alguno. No consta un contrato de representación entre Araceli y Carlos, pese a lo cual aquella concertó a través de Carlos alguna carrera, ni consta que actuase como mandataria verbal, ni que Araceli aceptase las condiciones ofertadas por el Club N.com, por lo que se concluye que ninguna responsabilidad se puede imputar a la citada atleta.

3. El precontrato, como dice la STS de 15 de marzo de 1991, constituye un acuerdo válido, que obliga a su cumplimiento a tenor de los artículos 1254 y concordantes del CC., y a las consecuencias indemnizatorias derivadas de su incumplimiento, que pueden ser mayores que las del despido, pues el afectado no tiene desempleo, si ha cesado voluntariamente en el empleo anterior, ni tiene alta en Seguridad Social. Dice la jurisprudencia que el precontrato de trabajo, que participa de la naturaleza laboral –y no civil– de éste (STS de 9 de marzo de 1984 y 2 de mayo de 1984), es una modalidad posible en nuestro derecho (STS de 17 de marzo de 1979) y posible originador de culpa *in contrahendo* para la demandada (STS de 16 de diciembre de 1976). Es una relación atípica dirigida a un *contrahere* futuro, al propiciar la demandada lo que sólo ella podía hacer (STS de 30 de octubre de 1988). Se ha de detectar si la demandada Araceli había autorizado al Club N.com

## II. Trabajador

a negociar con ella por medio de Carlos, no tanto al estar informada de las negociaciones de Carlos con el Club N.com, sino al haber rechazado a través del Carlos una propuesta que el Club le hizo y al haber hecho a través del referido Carlos una contraoferta. Y al no haber objetado nada al Club citado, con el que negociaba, respecto de su representación según aparecía en la página web de la Federación. Debe tenerse en cuenta que, a efecto de la captación del contrato de representación que la sentencia del TSJ de Cantabria dice no existir, las situaciones previas a la celebración de un contrato tienen la naturaleza de éste y por tanto que la calificación que ha de hacerse a un precontrato de trabajo, es la de laboral y no civil (STS de 9 de marzo de 1984). Por ello, los elementos contractuales no necesitan de una explicitación formal o de rigurosa expresión. Y es que, como dice la jurisprudencia, la figura del precontrato tiene una gran variedad de expresiones, porque constituyéndose en el “inter negocial” depende tanto de la naturaleza del negocio jurídico o contrato a que se ordena como de los diversos modos como las partes encauzan y lleven a efecto la contratación, y así, en general, se estima que este *pactum de contrahendo*, tiene una causa propia, y por ello su incumplimiento da lugar a la indemnización de daños y perjuicios (STS de 2 de mayo de 1984). De todo esto se puede deducir que la obligada adecuación a la buena fe permitió al Club N.com estimar que la que “contraofertaba”, mediante Carlos era Araceli, quien al rechazar la anterior oferta del Club, por el mismo intermediario, se estaba vinculando a lo que decía. La obligación de indemnizar que haya podido surgir para la demandada y en favor de la demandante, a consecuencia de los tratos preliminares que conforme a la doctrina más general, vienen a ser como el elemento objetivo de una relación jurídica precontractual o prenegocial de características propias y específicas que evidentemente pueden ser y son frecuentemente fuente de obligaciones para quienes con su conducta dolosa o culposa producen un daño a la otra parte que, en virtud del principio de confianza, fundamental en el tráfico jurídico, llevó a cabo determinados gastos o dejó de obtener ciertas ganancias (STS de 2 de mayo de 1984). En el presente caso es de aplicación la doctrina legal de los “actos propios” (STS de 9 de marzo de 1984). De todos modos se ha de expresar que no consta ni un elemento que pueda inducir a aceptar que la indemnización pedida de 24.000 euros se haya demostrado como consecuencia de daños reales padecidos por la demandante, ni ninguna otra inferior.

### e) Artistas en espectáculos públicos

– STSJ de Galicia de 24 de febrero de 2005 (recurso de suplicación 5873/2004), I.L. J 614.

1. El demandante, vocal de orquesta, acordó con el empresario musical demandado, contratos de duración determinada para actuaciones concretas en diferentes puntos de Galicia, prestando sus servicios en la agrupación musical Orquesta Romance en las fechas que se relacionan en la demanda. El demandado actuaba como representante comercial de dicha Orquesta, con quien contactaban las distintas asociaciones de vecinos o comisiones de fiestas para concertar los servicios de la orquesta, con el fin de que ésta actuara en las fiestas organizadas en diferentes pueblos y localidades. El alta en Seguridad Social de los miembros del grupo musical se hacía por día de trabajo y por parte de las comisiones de fiestas o por el demandado que actuaba como representante comercial de la referida orquesta. El salario percibido por el actor variaba según el tipo de actuación y la época del año. El actor

presenta demanda por despido improcedente y el Juzgado de lo Social absuelve tanto al demandado como al FOGASA de las pretensiones deducidas en el pleito.

2. La Sala del TSJ que dicta esta sentencia discrepa de la solución dada por el Juzgado de lo Social que consideró como laboral de carácter especial la relación entre demandante y demandado. De ahí que la primera cuestión que se analiza en este pronunciamiento sea la de la competencia de la jurisdicción social por razón de la materia, “por ser materia que afecta al orden público procesal, apreciable incluso de oficio”. La Sala considera que “procede acoger la excepción de incompetencia de jurisdicción pues no cabe apreciar la existencia de relación laboral, ni especial ni ordinaria”. Tanto del artículo 2.1.e) ET como del artículo 1.2 RD 1435/1985 se desprende que para que exista la relación laboral especial entre los artistas y el organizador de espectáculos públicos o empresario “aquellos se dediquen voluntariamente a la prestación de una actividad artística por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de estos últimos, a cambio de una retribución. Y en el presente caso, el demandado no ostentaba la condición de organizador de espectáculos públicos, pues actuaba como representante comercial de la referida orquesta”. Tampoco cabe apreciar la existencia de una relación laboral ordinaria pues para constatarla no es suficiente con la “existencia de un servicio o actividad determinada y de su remuneración por la persona a favor de la que se prestan para que, sin más, nazca a la vida del derecho el contrato de trabajo, ya que su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta un servicio a las personas a favor de quien se ejecuta, siendo necesario para que concurra, que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista, rector y disciplinario del empleador por cuenta de quien realice una específica labor, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil, debiendo concurrir la misma junto con la prestación personal de servicios y la ajeneidad consiguiente a la asunción del riesgo por la empresa”. El artículo 8.1 ET no contiene una presunción *iuris tantum* de laboralidad sino más bien una definición de dicha relación y para que quepa su aplicación se “impone el acreditamiento de la prestación de servicios bajo las notas de ajeneidad, dependencia y carácter retribuido de aquélla”. En el presente caso, la conclusión a la que llega el Tribunal se basa en afirmar la “incompetencia de jurisdicción al faltar las notas de ajeneidad y dependencia (...) Así, los servicios prestados por el actor se produjeron los días y en los lugares en que se realizaban actuaciones, percibiendo una cantidad por cada día de trabajo realizado, en función de la época del año. Asimismo, en la prestación de su trabajo falta toda idea de ajeneidad, subordinación o dependencia, no sólo porque el demandado no es ni consta que haya sido empresario, sino porque el actor nada ha acreditado a propósito de que sus servicios se prestasen dentro de ese ámbito de organización y dirección de otro”. La conclusión, en definitiva, a la que llega el Tribunal es que la “relación mantenida por las partes tenía naturaleza civil (arrendamiento de servicios o de obra), lo que lleva a declarar la incompetencia de este orden jurisdiccional y la competencia del orden civil para conocer sobre la cuestión que se debate”.

3. Que el trabajo prestado pertenece al ámbito artístico no parece que encierre duda alguna si se tiene en cuenta que se trata de un vocal de orquesta que actúa en un grupo contratado para distintas celebraciones ante el público. Aun cuando la definición sobre la actividad

artística resulte genérica y un tanto inespecífica, lo cierto es que la existencia de un público como receptor de la actividad de servicios prestada por el artista caracteriza la misma. Pero esta prestación puede ser laboral o no, y en caso de ser laboral, ordinaria o especial. Para que constituya una relación laboral, ya ordinaria, ya especial, ha de valorarse la presencia de los presupuestos sustantivos propios de la misma. Y entendemos que, en este caso, y discrepando de la solución aportada por el Tribunal Superior de Justicia, todos los presupuestos sustantivos están presentes. Las notas de voluntariedad, retribución, ajenidad y dependencia pueden deducirse del relato de los hechos, si bien en algunas de ellas la consideración ha de ser heterodoxa por tratarse, a nuestro juicio, de una relación especial, no ordinaria. Así, que la retribución se haga por jornadas o días de trabajo, es característica propia de algunas relaciones laborales, también la de artistas en espectáculos públicos con contratos de duración tan limitada como a un día o a unas horas y con una cotización proporcional en Seguridad Social. La ajenidad, por otra parte, se deduce, entre otros, del hecho de que el vocal de orquesta perciba su retribución de forma independiente al resultado del espectáculo público que podrá conllevar o no un éxito de taquilla, lo que no influye en su derecho a la percepción íntegra de su salario. La clave reside, según el Tribunal que dicta la sentencia objeto de comentario, en la dependencia. Para que la relación laboral exista, la prestación de servicios ha de situarse dentro del marco organizativo del empleador (artículo 1.2 ET), siendo éste en el caso de los artistas en espectáculos públicos, el organizador de dicho espectáculo (artículo 1.2 RD 1435/1985). En el supuesto que nos ocupa, entendemos que se confunde la figura del mero mediador (quien únicamente se limita a proporcionar el contacto) con la figura del representante-empleador (quien contrata al grupo y proporciona sus servicios a otros empresarios). La actividad artística puede prestarse de forma autónoma o dentro del ámbito organizativo, directivo y disciplinario del contratante. Y en el caso que origina este pleito, quien contrata al vocal de la orquesta y quien rige sus actuaciones es el representante de la misma que, pese a esta calificación, actúa como verdadero empleador. Otra cosa distinta es que, en sus relaciones con otras empresas (Ayuntamientos, comunidades de vecinos, etc.) esté sometido a las reglas que éstas como clientes le marquen y que, a su vez, él traslade estas peticiones a sus trabajadores. Pero se trata de una relación interempresarial que no afecta a la calificación como laboral –bien que de carácter especial– de la relación entre el vocal de orquesta y el demandado.

### f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgos

– STSJ de Navarra de 23 de febrero de 2005 (recurso de suplicación 24/2005), I.L. J 866.

1. La demandante celebró un contrato de trabajo de duración determinada como vendedora con la empresa, percibiendo un salario mensual de 1.181,14 euros. La empresa demandada está encuadrada en la actividad de venta de apartamentos. La actora recibe una carta de despido con fecha 30 de julio de 2004, siendo dada de baja en Seguridad Social el 31 de julio. Los días 19 y 20 de julio la demandante acudió con unos clientes a la localidad de Torre vieja, a fin de enseñarles unos edificios en construcción para su venta. Estos clientes, una vez en Torre vieja, indicaron a la actora que no querían edificios o apartamentos en construcción, que eran los únicos que ofertaba la empresa demandada, sino algún inmueble ya construido. Ante esta petición de los clientes, y no teniendo la empresa demandada ningún edificio ya construido, recordó la actora que una compañera suya de

Bilbao tenía un cliente que quería vender un apartamento, por lo que a través de esa compañía ofreció a título particular a dichos clientes la compra del apartamento, cosa que así se efectuó, percibiendo la demandante junto con la compañía de Bilbao la mitad del precio correspondiente a la mediación o intervención en dicha venta. No consta que por la mediación en la venta del apartamento en cuestión la actora utilizase los medios de la empresa demandada. La sentencia de instancia declara el despido improcedente.

2. En el procedimiento se solicita la nulidad de actuaciones por considerar que el magistrado de instancia no ha mencionado en sus razonamientos la declaración de la actora en diligencias previas en el Juzgado de Instrucción en procedimiento penal. Pero el Tribunal desestima tal petición por entender que el hecho de que no se mencionen no significa que “no hayan sido tenidas en cuenta, puesto que la valoración conjunta de la prueba que el magistrado de instancia realiza, alcanza no sólo a la documental aludida sino también a otros elementos probatorios, entre ellos, la confesión de la actora en el juicio oral”. Eso no significa que la valoración haya de ser idéntica pues “lo que para el orden penal es irrelevante y no destruye la presunción de inocencia, para los jueces laborales constituye base fáctica suficiente para apreciar causa de incumplimiento justificativa del despido (...) Y ello porque la jurisdicción penal y laboral persiguen fines diversos, operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta”. La conclusión a la que llega el Tribunal en este procedimiento es que la carta de despido es inconcreta, “ya que lo que se imputa a la trabajadora son actuaciones genéricas, sin especificar cómo se considera que se han producido y cuándo, ni se concretan los hechos de los que pudiera haberse evidenciado el comportamiento desleal que se denuncia por la empresa a la trabajadora”. La exigencia legal de que la carta de despido “determine los hechos que lo motivaron, responde a la necesidad de impedir la indefensión del trabajador y constituye una garantía que la ley le otorga para que, si impugna el despido, lo haga con conocimiento de los hechos que se le imputan y prepare los medios necesarios para su defensa”. De ahí que, aunque no se imponga una relación pormenorizada de los hechos que motivan el despido, sí se exija “que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa”. Y si bien la determinación de si la carta de despido cumple o no con el requisito de consignar de manera suficiente los hechos que lo motivan “constituye una valoración jurídica que obliga a tener en cuenta las diversas circunstancias concurrentes en cada caso, lo que aconseja otorgar un amplio margen a la apreciación que sobre tal extremo haya llevado a cabo el juzgador de instancia, ello no impide al Tribunal de Suplicación, por su propia naturaleza de cuestión jurídica, la revisión de tal valoración considerando la carta de despido en su contenido con independencia de argumentos externos o hipotéticos, llegándose por esta Sala a la misma conclusión que el magistrado de instancia”, en su declaración como improcedente del despido de la trabajadora.

3. No está presente en este pronunciamiento el debate sobre la naturaleza laboral o extralaboral de la relación que interesa a este comentario. Se trata de valorar la existencia o no de

## II. Trabajador

un despido improcedente por defectos o, en su caso, nulidad de la carta de despido. Pero indirectamente sí cabe plantear el margen de actuación de una vendedora que oferta pisos, en construcción o contruidos, para su venta. Al margen de las cláusulas que en su correspondiente contrato puedan establecerse sobre supuestos de competencia o concurrencia desleal, cabría cuestionar la posible vinculación entre la trabajadora y su empleadora. Si quien presta sus servicios asume el riesgo y ventura de la operación mercantil que promueve o concierta personalmente, queda excluido de la relación laboral. Si, por el contrario, se trata de una persona que no asume dicho riesgo, la relación es laboral, bien que de carácter especial ex artículo 2.1.f) ET. Puede ocurrir, no obstante, y en aplicación del artículo 1 de la Ley 12/1992 de Contrato de Agencia, que una persona se obligue también a promover actos y operaciones de comercio por cuenta ajena, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo de las operaciones, creándose una cierta identidad funcional entre el agente mercantil y el representante de comercio laboral. El Tribunal Supremo (SSTS de 2 de julio de 1996 y 21 de octubre de 1996, respectivamente) ha delimitado como criterio diferenciador la nota de la dependencia y no la de la ajenidad, como pudiera deducirse de una primera lectura de los artículos 1.3.f) y 2.1.f) ET. Como señala el artículo 2 Ley 12/1992, “se presumirá que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajeno, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios”. Pues bien, supuestos como el que nos ocupa en el que la representante actúa por propia iniciativa ofreciendo y, de hecho, efectuando la venta de productos distintos a los de la empresa para la que trabaja en horario y durante el tiempo de dedicación a la misma, sirven para apreciar la posibilidad de aplicar una normativa u otra. La sentencia que se comenta parte, sin cuestionarla, de la naturaleza laboral de la prestación de servicios, lo que no impide dudar de la misma si se tiene en cuenta lo expuesto.

### 3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

#### G) Trabajos de colaboración social

– STSJ de Canarias (Las Palmas) de 18 de marzo de 2005 (recurso de suplicación 1327/2004), I.L. J 1022.

1. El TSJ de Canarias resuelve un recurso de suplicación presentado contra una resolución del Juzgado de lo Social por la que se calificaba el cese de la relación laboral temporal de un trabajador como despido nulo, condenando a la readmisión del mismo por su empleador: el Ayuntamiento de Ingenio. Entre los hechos en los que se basa la sentencia recurrida se destaca la existencia de una cadena de contrataciones temporales que unía al trabajador y al Ayuntamiento (En los Fundamentos de Hecho se enumeran hasta diecisiete contratos temporales –eventuales y por obra o servicio–), en la que se intercalaban períodos de disfrute de la prestación por desempleo y trabajos de colaboración social.

Las funciones objeto de los sucesivos contratos temporales y los citados trabajos de colaboración social quedaban delimitadas a las de recepcionista de la piscina municipal y las de peón vigilante. Concluyendo el uso fraudulento de la contratación temporal por parte del municipio se justifica la primera decisión judicial. El letrado que representa al Ayunta-

miento de Ingenio recurre la misma alegando que el concepto de trabajo de colaboración social excluye al propio Ayuntamiento del concepto de empleador con lo que solicita la sustitución de la calificación del despido de nulo a improcedente. Es ésta la cuestión principal que resuelve la Sala de lo Social del TSJ.

2. De manera rigurosa, la sentencia dictada por el TSJ examina el régimen y definición de los trabajos de colaboración. Se parte de la doctrina jurisprudencial (ver, por toda, STS de 24 de abril de 2000) que entiende que, efectivamente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 213.3 LGSS, “los trabajos de colaboración social que la entidad gestora puede exigir a los preceptores de prestaciones por desempleo no implican la existencia de relación laboral entre el desempleado”. Pero caben excepciones, ya que para que esta previsión sea efectiva la colaboración social se tiene que desenvolver dentro de los límites contemplados por los artículos 38 y 39 del RD 1445/1982, de 25 de junio, sobre medidas de fomento de empleo, con las modificaciones introducidas por el RD 1809/1986, de 28 de junio, que regulan esta materia en concreto. Así, entre tales exigencias está la del objeto de la colaboración social que ha de ser la satisfacción de necesidades temporales de la entidad que solicite los servicios. Es en este punto donde encuentra el ponente de la sentencia el punto débil de la petición del Ayuntamiento de Ingenio. En efecto, el carácter coyuntural de la prestación no existe en el caso concreto, ya que las funciones han venido siempre referidas a dos puestos muy concretos de trabajo que forman parte estructural de la actividad normal del Ayuntamiento, lo que deslegitima absolutamente la pretensión y obliga a desestimarla.

3. He de mostrar mi total acuerdo con el ponente de la presente resolución, quien expresa que en este caso en concreto la Administración ha obtenido “mano de obra barata” generando un daño, en primer lugar al trabajador, pero además a aquellos desempleados que no han podido acceder a los trabajos ofertados; a la Seguridad Social que ha abonado indebidamente las sucesivas prestaciones por desempleo y, finalmente, a la ciudadanía en general, pues toda esta estrategia ha sido financiada con fondos públicos. A ello añadiría yo que se ha defraudado el fin último para el que ha sido creada la figura de la colaboración social: la integración de los desempleados en el mercado de trabajo, incidiendo en la labor social y de servicio público que debe desempeñar toda Administración Pública.

#### **4. ZONAS GRISES**

##### **B) Personal contratado en Administraciones Públicas**

– STS de 19 de mayo de 2005 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2464/2004), I.L. J 928.

1. El recurso de suplicación que da lugar a esta sentencia lo interpuso el Abogado del Estado frente a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que había declarado la existencia de una relación laboral de naturaleza indefinida entre los trabajadores demandantes en la instancia y la Administración Pública. En este caso, el Ministerio de Defensa había contratado a cuatro profesores al amparo de la Ley de Contratos de las Administra-

## II. Trabajador

ciones Públicas, para dar clases de inglés y matemáticas a marineros de la armada durante un número de horas determinado y a razón de una cantidad por hora trabajada. El Abogado del Estado defiende que el Estatuto de los Trabajadores excluye de la calificación de laboral relaciones de servicio reguladas al amparo de una normativa administrativa o estatutaria.

2. La Sala reconoce de entrada en su sentencia lo “tradicional” que ha sido en su doctrina la problemática que plantea la diferencia entre la contratación administrativa y la laboral. En esta misma línea de repaso a su propia jurisprudencia, la sentencia recoge en sus fundamentos de derecho el desarrollo que, desde el punto de vista legislativo, ha tenido la contratación de profesionales para prestar determinados servicios al amparo de la norma administrativa. No reproducimos aquí el entero proceso porque entendemos que éste ha recibido ya suficiente atención desde estas mismas páginas, únicamente conviene recordar que la antigua posibilidad de realizar contratos administrativos para trabajos específicos y concretos no habituales, planteaba la necesidad de acotar exactamente qué trabajos cabía entender incluidos en esa expresión. En relación con ello, y para distinguir entre esos contratos administrativos y los laborales, el Tribunal Supremo estableció que lo que la norma administrativa preveía era la contratación para llevar a cabo un “trabajo de tipo excepcional, pues su objeto no es una prestación de trabajo como tal sino un trabajo específico, es decir, un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final”. En la actualidad, la norma administrativa ha resultado reformada en virtud de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que modificó la Ley 13/1995 y entre otras cosas, suprimió la posibilidad de que se celebraran contratos administrativos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales. Esta supresión se ha mantenido en el Texto Refundido vigente de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

3. La presente sentencia del Tribunal Supremo vuelve sobre una cuestión que ha sido ya objeto de numerosos comentarios en números anteriores de esta revista porque ha recibido importantes pronunciamientos de esta Sala Cuarta. En el caso contemplado, de nuevo se puede percibir claramente cómo se ha utilizado la modalidad de contratación administrativa que resulta más favorable para la administración empleadora en el sentido en que no implica el sometimiento a la normativa laboral, para contratar a cuatro personas a quienes se les pedía, no una actividad concreta y específica, sino el desarrollo de su actividad como profesores lo que constituye el objeto propio de una relación laboral y no de una contratación administrativa. Cabe esperar que con la relativamente reciente supresión de la posibilidad de celebrar contratos administrativos para trabajos específicos, dejen de darse supuestos conflictivos como el planteado que se suma a una larga serie de pronunciamientos sobre el particular y que goza de una jurisprudencia consolidada en la actualidad.

### E) Socios empleados

– STS de 16 de mayo de 2005, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 3943/2003), I.L. J 921.

1. En esta ocasión, la decisión del Tribunal Supremo afecta a una socia trabajadora de una sociedad cooperativa de trabajo asociado y al INEM. La socia trabajadora ve extinguida

su relación societaria con la cooperativa por decisión de la Asamblea General alegando causas técnicas y organizativas, que se acompaña con la correspondiente indemnización económica. Producida la extinción, la socia solicita la correspondiente prestación por desempleo que le es denegada por el INEM por entender que no cumple un requisito formal ineludible cual es la constatación del cese por la autoridad laboral. Este acto administrativo queda sin efectos en primera instancia, decisión refrendada en segunda sentencia dictada resolviendo el recurso de suplicación presentado por el organismo público. Ante esta última decisión se procede al recurso de casación para la unificación de doctrina presentándose como sentencia de contraste la del TSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2003, en la que ante hechos básicamente idénticos se alcanza la solución contraria a la recurrida. Por esta razón se admite a trámite el recurso y se procede al examen de las causas alegadas.

2. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo examina la legislación aplicable al supuesto y argumenta la estimación de la petición del INEM entendiendo que, en el caso de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, se mantiene vigente lo dispuesto en el RD 1043/1985, de 19 de junio, en el que no se recoge distinción alguna entre los supuestos de extinción colectiva de la relación societaria o la extinción individual, ambos por razones técnicas u organizativas, exigiéndose en todo caso el cumplimiento del requisito formal del que adolece la solicitud de la actora originaria.

3. Una vez más la jurisprudencia muestra el importante desajuste existente entre la protección de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y la regulación general de dicha protección. La confusión constante en el uso de los términos unida a una falta de interés del legislador por unificar la legislación dispersa, y en muchas ocasiones obsoleta al no adaptarse a la LC 27/1999, de 16 de julio, genera en mi opinión situaciones injustas como la del caso que se resuelve. Efectivamente no es labor de los jueces legislar sino aplicar lo legislado y en este supuesto el problema reside en la no actualización del régimen de una relación societaria con tintes laborales (RD 1043/1985) a las normas de Seguridad Social generales (artículo 208 LGSS).

## 5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

### B) Inclusiones por asimilación

#### d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local

– STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de marzo de 2005 (recurso de suplicación 1834/2003), I.L. J 858.

1. Un peón de servicios varios del Ayuntamiento para el que prestaba sus servicios mediante contrato de trabajo desde 1 de julio de 2000, con ocasión de encontrarse diversa maquinaria de obras públicas de la Diputación Provincial reparando y limpiando caminos

## II. Trabajador

públicos del municipio, a requerimiento de su Ayuntamiento, fue enviado a la zona de trabajo para guiar a los trabajadores de la Diputación, indicarles los trabajos a realizar e informales de las instalaciones existentes a fin de que las mismas no sufrieran daños. El peón fue recogido en el municipio por un trabajador de la Diputación, y ambos se trasladaron en una furgoneta hasta el lugar donde estaba la maquinaria y allí subieron ambos a la cabina de la máquina motoniveladora, con objeto de trasladarse a unos 1.000 metros donde se encontraba el tajo. En dicho trayecto, al intentar efectuar el conductor marcha atrás, se caló la motoniveladora, quedando sin frenos, continuando el desplazamiento hacia delante por una pendiente y ante la imposibilidad de detenerla, lo pronunciado de la pendiente y el gran desnivel existente, temiendo el conductor que se despeñase, gritó al trabajador que saltase. Lo hicieron los dos y el trabajador fue atropellado, a resultas de lo que falleció. Dicha máquina motoniveladora, propiedad de la Diputación, estaba dotada de un sistema de seguridad para el caso de parada de motor, que no funcionó por encontrarse los contactos eléctricos en mal estado. Su conductor es un trabajador experimentado, autorizado para conducir toda clase de maquinaria de la Diputación. La máquina estaba asegurada por el Banco Vitalicio. La Diputación tenía concertado seguro de responsabilidad civil con la Cía. Zurich. Hubo juicio de faltas y los herederos del trabajador y la primera aseguradora llegaron al acuerdo de fijar una indemnización de 13.000.000 de pesetas, renunciado a cuantas acciones civiles o penales pudiesen corresponderles con motivo de dicho fallecimiento, al haber resultado indemnizados por dicho concepto a su entera conveniencia. Tras ello se dictó auto archivando las actuaciones por falta de denuncia de los perjudicados. Se demanda indemnización por responsabilidad civil.

2. Se estima que no se da el supuesto de que se trata en la STS de 24 de mayo de 1994 en que se declara la naturaleza laboral de la acción de responsabilidad por daños producidos en accidente de trabajo, en que se requiere que se trate de una responsabilidad civil o laboral derivada de una infracción o incumplimiento laboral y no civil. Se afirma que la Diputación no tenía relación laboral con el trabajador fallecido, por lo que el ámbito para pedir la responsabilidad patrimonial que proceda a la Administración, según el artículo 2.e) LJCA, es el contencioso-administrativo, “cualquiera que fuese la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive”. Se mantiene la declaración de falta de competencia porque el artículo 127.3 LGSS sólo permite reclamar a quien tenga la condición de empresario, según el artículo 2.a) LPL y se declara que no es aplicable el artículo 42.3 ET, ya que no se trata de una contrata o subcontrata entre el Ayuntamiento y la Diputación. No concurre supuesto de infracción del Ayuntamiento empleador del trabajador fallecido, ni existe elemento fáctico alguno del que derivar cualquier actuación causante del accidente, y que los herederos renunciaron a todo tipo de acción civil o penal derivada del fallecimiento del trabajador por considerar que la indemnización que se les ofrecía resarcía plena y totalmente los daños y perjuicios, de lo que se deduce que decae la viabilidad de la acción ejercitada.

3. Entre los problemas que se plantean se deben seleccionar algunos. La competencia para entender de las responsabilidades de los aseguradores no es a título de empresarios del trabajador fallecido, sino de aseguradores de quien podía tener la responsabilidad con ese título, es decir, en cumplimiento de la función que se describe en los artículos 1, 18 y 19 y siguientes Ley 50/1980, de 8 de octubre, como se ve en múltiples supuestos de la realidad material en que se expresan los sistemas de mejoras voluntarias de prestaciones

de la Seguridad Social, concertadas inicialmente entre empresarios o sus representantes y los de los trabajadores, que luego trasladan a compañías aseguradoras en interés de ambas partes, y según se ve en muchas SSTs, tales como las de 7 de febrero de 2003, 3 de junio de 2003, 19 de enero de 2004 y otras. La relación de hecho con la Diputación a la que el trabajador fallecido prestaba el servicio de guiar a los trabajadores de ésta, a requerimiento de su empleador, que era el Ayuntamiento, para indicarles sus trabajos e informarles de las instalaciones existentes, no parece suficiente para que se pueda estimar que existe contrata o cesión de trabajadores, pero es evidente que el Ayuntamiento para el que prestaba el servicio responde de los daños que sufra el trabajador en cumplimiento de sus encargos y no parece adecuado remitir a la JC-A para hacer cumplir a los empresarios, privados o públicos, sus responsabilidades ex artículos 1101 o 1902 CC. Finalmente no parece previsible estimar que una afirmación de finiquito ante Juzgado no social, por tanto incompetente para decidir sobre estas responsabilidades, sin más precisiones, sin concretar conceptos parciales y cantidades por los que se finiquita, pueda ser suficiente para estimar que no existe acción (Cfr. STS de 18 de noviembre de 2004).

#### **k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas**

– STS de 12 de abril de 2005, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 1328/2004), I.L. J 784.

1. A través de la presente sentencia el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado que representa a la TGSS contra la Sentencia de 13 de febrero de 2004, dictada también por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, que a su vez se dictaba como consecuencia del recurso de suplicación presentado por doña Francisca contra la resolución del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón. Los datos fácticos que subyacen al proceso son los siguientes: doña Francisca constituyó en enero de 1998 una Sociedad de Responsabilidad Limitada junto a otro socio, adquiriendo la propiedad del 90% del capital social; a través de dicha sociedad se pone en marcha un restaurante, así como determinadas bodegas; la actora asume igualmente el cargo de administradora única. Como consecuencia de una inspección de trabajo se levanta acta por falta de alta en la Seguridad Social a resultas de la cual la TGSS procede, de oficio, a dar de alta a la administradora única en el RETA. Contra esta decisión se inicia el proceso judicial en primera instancia, que desestima la pretensión de la actora quien, sin embargo, ve atendidas sus expectativas en recurso de suplicación presentado ante el TSJ de Asturias.

2. El Tribunal Supremo admite a trámite el recurso de casación en unificación de doctrina, aceptando con ciertas cautelas la sentencia de contraste aportada por el letrado que representa a la TGSS. Dicha resolución desestima la pretensión de un administrador único, también en posesión del 90% del capital social. En este otro caso el alta en el RETA existe, pero lo que se solicita es la baja, aun manteniendo la actividad societaria. Para proceder a la resolución del recurso la Sala de lo Social no duda en hacer un recorrido por la atormentada trayectoria del régimen de encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social de los administradores societarios de las sociedades de capital. Se remite para ello a otras re-

## II. Trabajador

soluciones dictadas por la misma Sala el 7 de mayo de 2004 analizando idéntica cuestión, y remitiéndose asimismo a las definitivas SSTs de 29 de enero de 1997 y 18 de febrero del mismo año, señalando como criterio fundamental para definir el encuadramiento de estos sujetos en el RETA el de control efectivo sobre la sociedad.

Seguidamente se analiza la evolución de la normativa que ha prestado regulación a este problema, deteniéndose en la comparación de la redacción de la Disposición Adicional Vigésima Séptima LGSS introducida por la Ley 66/1997 y la resultante de la reforma efectuada por la Ley 50/1998. De aquí se obtiene que la modificación operada por la última norma afectó de forma importante al régimen de retribución de los administradores ejecutivos titulares de al menos la mitad del capital social. Con la nueva redacción se exige que el desempeño del cargo de administrador sea a “título lucrativo”, interpretándose por el Tribunal Supremo que dicha noción es más amplia que la de “servicios retribuidos” y definiéndola “no como retribución directa sino como atribución patrimonial propia de la actividad empresarial”. Como en el supuesto de hecho que se expone concurre tal circunstancia se procede a estimar el recurso en casación de doctrina presentado por la TGSS anulando la sentencia del TSJ de Asturias parcialmente.

3. Aporta así la jurisprudencia un argumento que refuerza el más amplio concepto de “control efectivo”, que determina que un socio o un administrador queden encuadrados en el RETA y no en el RGSS por demostrarse su cualidad de empresario y no de trabajador por cuenta de otro, acortando decididamente las distancias entre la persona jurídica constituida y quien es propietario de la mayoría del capital o toma las decisiones más relevantes para la vida de la misma con autonomía. El nuevo argumento es el de la retribución, interpretando que la expresión “a título lucrativo” viene referida a los ingresos empresariales en los que participa el administrador único propietario de la mayoría del capital. En mi opinión tal argumento se hace innecesario por redundante dada la jurisprudencia ya asentada del propio Tribunal en esta materia y refrendada por la última redacción de la Disposición Adicional Vigésima Séptima LGSS.

### C) Exclusiones

#### b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial

– STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2005 (recurso de suplicación 2238/2004), I.L. J 445.

1. La sentencia analiza el supuesto de un trabajador que estuvo afiliado y de alta en el Régimen General cuando desarrollaba trabajos para una empresa de estiba y desestiba como manipulador de medios mecánicos en un muelle, si bien con posterioridad, y al iniciar trabajos de las mismas características para otra empresa del sector, fue encuadrado en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar. La sentencia de instancia declaró que el trabajador estuvo incorrectamente encuadrado en el Régimen General durante el tiempo en que permaneció de alta para la primera empresa, correspondiéndole su encuadramiento en el Régimen Especial citado, tal y como sucedió respecto de la segunda, supuesto en el que considera el encuadramiento realizado conforme a derecho.

2. La sentencia, dejando al margen el análisis sobre si se trata de una acción declarativa que venga a satisfacer un interés real, actual y concreto lesionado, que no va a ser aquí estudiada, pero que plantea un innegable interés, llega a la conclusión de que los trabajos del actor han de encuadrarse en el RETM por tratarse de trabajos de estiba y desestiba, tal y como se desprendía de la Ordenanza de Trabajo de estibadores portuarios de 5 de diciembre de 1969 y la posterior de 29 de marzo de 1974, así como en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del RD-L 2/1986, de 23 de mayo, regulador del servicio público de estiba y desestiba y el vigente III Acuerdo para la Regulación de las relaciones laborales del sector, aprobado por Resolución de 19 de noviembre de 1999.

3. La sentencia procede a hacer una interpretación del concepto de estibador portuario que resulta relevante desde la perspectiva del correcto encuadramiento de los manipuladores de medios mecánicos. Se enmarca así en la línea de la STS de 15 de abril de 2003, (recurso 3117/2002), que entendió que el trabajo de gruísta era equiparable al de estibador a tales efectos, y utiliza unos parámetros interpretativos similares a los manejados por la sentencia que se comenta. No obsta a esta línea el hecho de que la STS de 4 de mayo de 2005, (recurso u.d. 1546/2004) y la STS 27 de julio de 2005, (recurso 2940/2004) dejen definitivamente clarificado el encuadramiento de los trabajadores administrativos de empresas de estiba y desestiba, al entender que no procede su encuadramiento en el RETM por vía de aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 2.a) Decreto 2864/1974. Y ello porque las normas administrativas y convencionales del sector no han incluido dentro del concepto de estibador a quien realiza trabajos de oficina, no siendo de aplicación a las empresas de estiba y desestiba lo establecido en el Decreto 2864/1974 para las empresas marítimo-pesqueras.

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) Poderes caracterizadores de la condición de empresario laboral. B) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada. **3. Centro de trabajo.** A) Delimitación de la noción de “centro de trabajo” a efectos de responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo en caso de contratas y subcontratas. **4. Grupo de empresas.** A) Elementos definitorios. B) Requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad solidaria. **5. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Noción de propia actividad. C) Sucesión de contratas y sucesión de empresas. D) Responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo: recargo de prestaciones. E) Responsabilidad subsidiaria ex artículo 127 LGSS: es complementaria y acumulativa a la del artículo 42 del ET. **6. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Contrato de puesta a disposición y contratación temporal. B) Responsabilidad en caso de fraude en la contratación de puesta a disposición. **7. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata. B) Es posible acreditar en proceso de despido la existencia de cesión ilegal. **8. Sucesión de empresas.** A) Elementos del supuesto de hecho. B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresas. C) Subrogación *ex lege* no alterable por convenio colectivo ni pacto individual. D) Sucesión *ope legis*, sin necesidad de acuerdo expreso de las partes. E) Efectos de la sucesión: mantenimiento de las condiciones laborales y homogenización de condiciones salariales. F) Responsabilidad de la empresa sucesora en supuestos de incumplimientos en materia de cotización de la empresa cedente. G) Subrogación contractual.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 5 a 8 de 2005 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 589 a 1107) 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) Poderes caracterizadores de la condición de empresario laboral

En los supuestos en los que se produce una disgregación entre la persona que formalmente contrata al trabajador y cumple con las prestación básica derivada del vínculo contractual laboral como es la de retribuir al trabajador y quien en la práctica ejerce los poderes de mando y dirección de la actividad laboral, el ordenamiento laboral, salvo supuestos específicamente previstos y regulados, da primacía a la realidad material de la percepción y beneficio del trabajo y, consiguiente ejercicio de los poderes de gestión del mismo, sobre la mera apariencia formal de ser contraparte del contrato a la hora de delimitar quién es el verdadero empleador y a quién corresponde, por tanto, asumir las responsabilidades inherentes a tal condición. En esta línea y por esta solución se decanta la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 2 de marzo de 2005**, I.L. J 818, que debe pronunciarse acerca de las consecuencias y sujetos responsables del despido sufrido por D. Germán, quien, contratado por D. Lucio, presta servicios como chófer de autobuses, conduciendo un vehículo propiedad de aquél. Se da la circunstancia de que D. Lucio ofrece sus servicios a través de la “Sociedad de Comercialización Las Palmas Bus, SA”, de la que es socio y la que aporta tres autobuses de su propiedad. Frente a la pretensión la “Sociedad de Comercialización Las Palmas Bus, SA”, de no ser responsable del despido sufrido por el actor, al no haber celebrado contrato alguno con él ni ostentar la condición de empleador, mantendrá que:

“(…) con independencia de que el contrato de trabajo del actor fuera concertado con el empresario individual Sr. Lucio, que fuera éste el que, al menos formalmente, le abonara su salario y quien lo mantuviera de alta en la Seguridad Social, la Sala sólo puede concluir que quien ostentaba los poderes de mando y decisión sobre el actor era la “Sociedad de Comercialización Las Palmas Bus, SA”, a través de la persona de su Jefe de Servicios, que

### III. Empresario

delimitaba los contornos materiales de la prestación debida por el trabajador, ejerciendo el poder de dirección sobre medios personales de la sociedad. Pero es que, además, es también la referida ‘sociedad de comercialización’ la que ejerce materialmente otro de los poderes empresariales, cual es la potestad disciplinaria, pues mediante una simple comunicación a uno de sus asociados decide quién puede y quién no puede seguir trabajando para ella, accionando con ello el ejercicio formal de tal potestad por parte de éstos. El desempeño de tales poderes de dirección, organización y disciplinario, indisolublemente unidos a la figura del empresario, por parte de la “Sociedad de Comercialización Las Palmas Bus, SA” hacen que en el plano laboral recaiga sobre ella la condición de empresario o empleador con independencia de la configuración jurídico mercantil que la misma adopte”.

#### **B) Responsabilidad del abono de la paga extraordinaria por antigüedad en centro privado de enseñanza concertada**

Como hemos señalado en otras ocasiones, las especiales relaciones entre la Administración educativa y el titular de un centro concertado respecto al abono de los salarios correspondientes a los profesores de éste, ha dado origen a una amplia litigiosidad, resuelta en algunos de sus extremos por la doctrina unificada del Tribunal Supremo. Como ya recordábamos en crónicas anteriores y volvemos a repetir en ésta al objeto de situar el problema ahora analizado, la STS de 20 de julio de 1999, que resume en gran medida los términos de la cuestión, dejó claro que de lo dispuesto en la normativa aplicable (artículos 47 a 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación –derogados expresamente por la Disposición Derogatoria Única.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, cuyo artículo 76 recoge un contenido similar– y RD 2377/1985, de 18 de diciembre, Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos), se desprende “que en los casos de conciertos educativos suscritos entre empresas privadas dedicadas a la enseñanza y la Administración pública, esta última también responde frente a los profesores del centro educativo de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos”. Ahora bien, esta obligación de pago delegado que recae sobre la Administración –que, por otra parte, no asume ninguna posición empresarial–, no es ilimitada, sino que, en atención a lo dispuesto por el artículo 49.6 de la Ley 8/1995, “la Administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado, derivadas de convenios colectivos que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios”. Limitación que se fija anualmente en los Presupuestos Generales del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, y que viene dado por la cuantía que resulta de multiplicar el módulo económico de cada unidad escolar por el número de éstas existente en cada empresa o centro. No obstante, como señala la citada STS de 20 de julio de 1999, “el referido límite no se establece de una manera unitaria, sino que dentro de él se determinan varios grupos distintos de responsabilidad, produciendo la consecuencia de que, en realidad, más que un límite único aplicable a la responsabilidad citada de la Administración, operan varios límites diferentes, cada uno de los cuales se aplica a determinada clase de objetivos o débitos. Así se deduce del artículo 49.3 de la Ley cuando precisa que en el módulo económico por unidad escolar ‘se diferenciarán las cantidades correspondientes a salarios del personal docente del centro, incluidas las cargas sociales, y las de otros gastos del mismo’. Y el artículo 13.1 del Real Decreto mencionado, desarrollando el artículo 49.3, dentro de

cada módulo diferencia las siguientes fracciones: a) ‘las cantidades correspondientes a salarios del personal docente, incluidas las cotizaciones por cuota patronal a la Seguridad Social correspondiente a los titulares de los centros’; b) ‘las cantidades asignadas por otros gastos, que comprenderán los de personal de administración y servicios, los ordinarios de mantenimiento y conservación y los de reposición de inversiones reales (...)’; y c) ‘las cantidades pertinentes para atender al pago de los conceptos de antigüedad del personal docente de los centros concertados y consiguiente repercusión en las cuotas de la Seguridad Social; pago de las sustituciones del profesorado y complemento de dirección; pago de las obligaciones derivadas de lo establecido en el artículo 68.e) del Estatuto de los Trabajadores’”. Diseñada de esta forma la limitación de la responsabilidad de la Administración, han sido frecuentes los litigios centrados en la determinación de si una concreta partida salarial debía ser incluida en uno u otro de los apartados fijados por el artículo 13.1 del RD 2377/1985, pues podía darse el caso de que mientras en concepto de “gastos variables” la Administración ya hubiera cubierto el montante que le correspondía, no aconteciera lo mismo respecto a otro de los estipulados.

En este contexto, el debate planteado en las **STSJ de Aragón de 16 de marzo de 2005**, I.L. J 893, **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2005**, I.L. J 861, y **STS de 18 de abril de 2005**, u.d., I.L. J 734, se centra en determinar quién es responsable de abonar la paga extraordinaria por antigüedad prevista en el artículo 61 del IV Convenio Colectivo Estatal para las empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos; problema que el primero de los pronunciamientos citados resuelve condenando solidariamente a la Administración pública y al Colegio, mientras que la **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2005**, I.L. J 861, mantiene que la obligación de abono de la suma reclamada recae en exclusiva en el Colegio demandado y la **STS de 18 de abril de 2005**, u.d., I.L. J 734, no entra a conocer el fondo del asunto al inadmitir el recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de identidad de los supuestos analizados en las sentencias comparadas. En resumen, la solución al debate planteado se concentra en dilucidar la naturaleza salarial o no de la paga extraordinaria prevista en el mencionado convenio —lo que, a su vez, determina la inclusión en el apartado a) o c) del artículo 13.1 del RD 2377/1985 mencionado—, y, en segundo término y en atención a la conclusión asumida, delimitar el juego que en el caso concreto debe tener la previsión recogida en el anteriormente citado artículo 49.6 de la LODE —que permanece en la vigente LOCE y reproduce el artículo 13.2 del RD 2377/1985 con expresión textual inversa— según el cual la Administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado derivadas de convenios colectivos que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios. Tras aceptar ambos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia la naturaleza salarial de la paga reclamada, en aplicación de la doctrina sobre el particular sentada por el Tribunal Supremo, la **STSJ de Aragón de 16 de marzo de 2005**, I.L. J 893, sostendrá que “la paga extraordinaria litigiosa no estaba contemplada como salario antes del IV Convenio Colectivo”, por lo que “el Convenio no introduce una alteración en este concepto salarial superior al porcentaje de incremento global presupuestario de los salarios, pues no puede alterarse lo que antes no existía”; por lo tanto, “no puede oponerse sin más a lo reclamado por la actora lo dispuesto en el

artículo 49.6 de la LODE, hoy en el artículo 76 de la LOCE, porque la cuestión es, más que una alteración salarial, la introducción por Convenio de un concepto salarial nuevo, contemplado hasta entonces como mejora social de jubilación, la cual venía siendo abonada por la Administración”. Por el contrario, para la **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2005**, I.L. J 861, la proyección de lo preceptuado en el artículo 49.6 de la LODE recién citado sobre el caso enjuiciado lleva a concluir que “los límites impuestos a la responsabilidad de la Administración, a través de los módulos, por el legislador, no pueden ser alterados por las decisiones adoptadas por las partes negociadoras al confeccionar el Convenio Colectivo, de tal forma que éstas podrán pactar las modificaciones retributivas que estimen oportunas, pero sabiendo que en lo que excedan de las cuantías fijadas en los módulos, el pago del importe excedido habrá de correr exclusivamente a cargo de las empresas empleadoras”.

### 3. CENTRO DE TRABAJO

#### **A) Delimitación de la noción de “centro de trabajo” a efectos de responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo en caso de contratas y subcontratas**

La normativa laboral contiene previsiones expresas en lo relativo a la responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo en los casos de subcontratación de obras y servicios. En particular, el juego combinado del artículo 42 del ET, y, especialmente, de los artículos 24 de la LPRL y 42.3 de la LISOS determinan la extensión del cumplimiento de ciertas obligaciones, y consiguiente asunción de responsabilidades, a la empresa principal; ahora bien, esa imputación de responsabilidad suele estar condicionada al dato de que la prestación de servicios se realice en el centro de trabajo de la empresa comitente, restricción normativa en cuya definición no parece adecuado ceñirse a la estricta noción que de centro de trabajo proporciona el artículo 1.5 del ET. Así, lo ha venido indicando la jurisprudencia y así lo ha sancionado normativamente el reciente RD 171/2004, de 30 de enero. Como recuerda la **STS de 26 de mayo de 2005**, u.d., I.L. J 990, en un caso de accidente sufrido al volcar la máquina carretilla elevadora que conducía el trabajador por uno de los caminos peatonales que estaba pavimentando en el Jardín de la Concepción, del Patronato Botánico Municipal de Málaga, “la doctrina científica y la jurisprudencia vienen entendiendo que el estricto concepto de centro de trabajo previsto en el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores no resulta aplicable a los efectos previstos en las normas examinadas, sino que la referencia legal equivale más bien a la expresión ‘lugar de trabajo’, lo que aplicado al caso que aquí se resuelve significa que si la empresa que ahora rechaza su responsabilidad se ha adjudicado una obra para su ejecución, y decide libremente subcontratarla a otra empresa de su misma actividad, lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es en absoluto ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir, lo mismo que los beneficios, con la contrata”. En idéntico sentido, la **STS de 11 de mayo de 2005**, u.d., I.L. J 1080, ante un accidente ocurrido a un trabajador que se disponía a desmontar los conductores y postes de madera de una línea de baja tensión en el marco de una contrata para realizar el montaje e instalación de acometidas y nuevos suministros y ampliación de la red de baja y media tensión, afirmará que “la instalación en donde se produjo el accidente laboral puede equipararse a lo que es

un centro de trabajo. A tal conclusión no obsta el que tal instalación esté en el campo y al aire libre, pues se trata del área geográfica de la propia actividad de la empresa, en donde se hallan los materiales (postes, conductores, cables) que son de su propiedad o están a su disposición, mediante los cuales realiza aquélla y cuya conservación y mantenimiento le corresponde. En este sentido es oportuno recordar que el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, que desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales, define el centro de trabajo en el artículo 2.a) como “cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”; se trata, ciertamente, de una disposición que no es aplicable al caso de autos, por razón de su vigencia posterior a la ocurrencia de los hechos, pero que es orientativa en la medida en que ratifica sustancialmente el criterio expresado”.

#### 4. GRUPO DE EMPRESAS

##### A) Elementos definitorios

La falta de criterios normativos específicos y concluyentes acerca de los requisitos y presupuestos determinantes de la existencia de un grupo de empresas con relevancia jurídico-laboral, determinan, pese a la ya abundante y reiterada jurisprudencia sobre el particular, una constante litigiosidad en la materia. Probablemente la causa deriva de que el problema no está tanto en fijar unos criterios más o menos determinados (funcionamiento unitario, unidad de dirección, confusión de plantillas, ...) cuanto en concretar la proyección que los mismos, dada su relativa indefinición, tienen sobre el caso examinado, máxime si tenemos en cuenta que en realidad lo pretendido no es la declaración de la existencia del grupo como tal sino la consecuencia en términos de declaración de derechos que de ello se deriva (léase reconocimiento de antigüedad, responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo, consideración global de la situación económica del *holding* a efectos de eventuales despidos por causas empresariales...). Así, en un supuesto de despido objetivo ex artículo 52.c) del ET, donde la demandante y recurrente alega infracción del artículo 1.2 del ET al no haberse declarado que la empresa propietaria (“Compañía Jadija, SL”) de los locales donde desarrollaba su actividad el grupo de empresas (“Grupo XXI”) para el que prestaba servicios, formaba parte también del citado grupo, la **STSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2005**, I.L. J 728, declarará que no “no se puede afirmar que las sociedades del ‘Grupo XXI’ y ‘Jadija, SL’ formasen, desde la perspectiva del Derecho Laboral, un solo grupo de empresas, al no concurrir ninguno de los elementos exigidos por reiterada doctrina jurisprudencial..., al no existir funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del ‘Grupo XXI’ y de la sociedad ‘Jadija, SL’, ni unidad de dirección, confusión de plantillas o patrimonios o apariencia externa de unidad empresarial. Tampoco existen datos de los que se infiera una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de la Compañía ‘Jadija, SL’ con la finalidad de eludir responsabilidades laborales”.

#### B) Requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad solidaria

De nuevo nos encontramos con pronunciamientos judiciales dedicados a la identificación de los elementos que determinan la existencia de una responsabilidad solidaria de todas las empresas que conforman el grupo más allá de la concreta vinculación contractual con el trabajador. Como siempre, se alude a datos y circunstancias (confusión patrimonial, funcionamiento integrado o unitario, prestación de trabajo indistinta o común a favor de varios empresarios...) respecto de los cuales no queda del todo claro si sólo originan la presencia real del grupo empresarial o, por el contrario, también ocasionan la extensión de responsabilidad a todas las sociedades integrantes del mismo. En otras palabras, es frecuente que a la hora de declarar la existencia de esa responsabilidad solidaria se mencionen todos esos elementos a modo de lista declarativa y, como parte de ella, se incluya el, a nuestro juicio, verdadero elemento determinante, cual es la utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio de los trabajadores. Por ello, nos resulta especialmente interesante la **STSJ de Madrid de 7 de abril de 2005**, I.L. J 1050, que, tras realizar un análisis de lo que significan los grupos de empresa en el contexto del ordenamiento jurídico en general –recogiendo las diversas normas reguladoras de la institución–, declarar su plena legitimidad ex artículo 38 de la CE, señalar que el artículo 1.2 del ET es el que ha servido de base a la jurisprudencia para establecer la líneas básicas de la responsabilidad de los grupos de empresas en el plano social y recordar los consabidos criterios jurisprudenciales para derivar de la pertenencia a un grupo de empresas una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores (confusión patrimonial, funcionamiento integrado o unitario, prestación de trabajo indistinta o común a favor de varios empresarios, actuación unitaria del grupo con unos mismos dictados y coordinadas, con confusión patrimonial, con prestación laboral al grupo de forma indiferenciada y utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección..., insiste en el hecho de que el “que una empresa aparezca integrada en un grupo o parte de sus acciones pertenezcan a otra o coincidan sus elementos directivos, no debe considerarse ilícito jurídicamente, sean cuales fuesen las relaciones civiles o mercantiles que las vinculen, puesto que ello está perfectamente amparado en el invocado artículo 38 de nuestra Constitución”. De ahí, que la Sala complementa las directrices doctrinales y jurisprudenciales expuestas, agregando que:

“1º La figura del grupo de empresas no debe presumirse sino aplicarse con criterios estrictos, y siempre que existan fundados indicios de su existencia, 2º El Derecho Laboral no debe ni puede combatir a frenar tal institución sino que ha de limitarse a encauzarla dentro del principio de buena fe, inspirador de nuestra especial normativa así como de nuestro ordenamiento jurídico en general. 3º La responsabilidad solidaria entre las distintas empresas integrantes del grupo sólo debe aplicarse cuando la que aparezca como empleadora sea insolvente y se pruebe o presuma fundadamente que existió fraude de ley o ánimo defraudatorio, en cuyo supuesto debe imponerle el Tribunal por encima de los formulismos o apariencias jurídicas, siempre que haya una organización común que unifique, vincule y responsabilice en sus distintas actuaciones a las sociedades integrantes, sin que sea imprescindible la demostración de todas las interioridades negociables ni la concurrencia de todas las identidades determinantes de la solidaridad en el ámbito civil,

a fin de evitar que un hábil entramado legal impida a terceros perjudicados la eficaz realización de sus respectivos derechos e intereses. 4º Sólo cuando se detecte con evidencia que se ha utilizado el ordenamiento jurídico para lograr un resultado contrario al mismo es cuando los Tribunales deben actuar en defensa del derecho de terceros y tal responsabilidad solidaria [no] ha de fundarse en el artículo 1137 del Código Civil sino en las reglas que sobre el mandato contiene el artículo 1731 de dicho texto legal, conforme al cual si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligados solidariamente para todos los efectos del mandato.”

La relación de criterios jurisprudenciales ya citados necesarios para que opere la responsabilidad común o solidaria de los integrantes del grupo de empresas respecto a las obligaciones de cualquiera de ellos se recoge también en la STSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2005, I.L. J 623.

## 5. CONTRATAS

### A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 7.A).

### B) Noción de propia actividad

La normativa laboral, salvo algunos supuestos muy determinados, condiciona la aplicación de las diversas medidas garantistas a favor de los trabajadores de la empresa contratista al dato de que la realización de las obras y servicios correspondan a la “propia actividad” de la empresa comitente. Por ello, no es de extrañar la abundantísima jurisprudencia recaída en la delimitación de dicho concepto. En los últimos años, el debate se ha centrado en torno a dos grandes teorías, la de la “inherencia al ciclo productivo” y la de la “indispensabilidad”, diferenciadas básicamente en la inclusión o no en el concepto de propia actividad de las denominadas actividades complementarias o accesorias, que si bien no pueden decirse que forman parte del núcleo central del proceso de producción –y por eso se excluyen en virtud de la tesis de la inherencia–, sí son necesarias en términos generales para que aquél se desarrolle satisfactoriamente –de ahí que la teoría de la indispensabilidad las integre en la noción de propia actividad–. Si bien, frente a posicionamientos precedentes, la jurisprudencia actual parece inclinarse por la primera de las tesis comentadas, lo cierto es que las argumentaciones recogidas para apoyarla no son en muchas ocasiones lo suficientemente elocuentes y clarificadoras de la postura adoptada. Por ello, a veces resulta mucho más significativo el estudio del supuesto de hecho enjuiciado y lo que del mismo se desprende en torno a lo que deba considerarse propia actividad. En este contexto, la STS de 11 de mayo de 2005, u.d., I.L. J 1080, recordando la doctrina contenida en la STS de 18 de enero de 1995 señala que “para delimitar lo que ha de entenderse por propia actividad de la empresa, la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las

### III. Empresario

que forman parte de las actividades principales de la empresa, y que también la doctrina señala que nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial”. Asimismo, la Sala apunta que tal doctrina ha sido seguida en sentencias posteriores de 1998 y 2002, trayendo a colación esta última para indicar que reitera que lo determinante de que “una actividad sea ‘propia’ de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo”. De todo ello concluye que la realización de obras de montaje e instalación de acometidas y nuevos suministros o ampliación de los existentes, modificaciones de la red de baja y media tensión y obras de desarrollo supone el ejercicio de la propia actividad de la empresa principal dedicada a la distribución de energía eléctrica.

#### **C) Sucesión de contratas y sucesión de empresas**

Véase apartado 8.B).

#### **D) Responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo: recargo de prestaciones**

La interpretación coordinada y sistemática de los diversos preceptos de la normativa laboral dedicados a la regulación de las obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo de los empresarios vinculados por una contrata de obras y servicios conduce a diversos pronunciamientos del TS a la defensa de la responsabilidad solidaria de empresario principal y contratista por el recargo de prestaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud. La **STS de 26 de mayo de 2005**, u.d., I.L. J 990, señala que la expresión que en el párrafo segundo del artículo 123 de la LGSS se contiene sobre la necesidad de que la responsabilidad por falta de medidas de seguridad, y el recargo correspondiente en las prestaciones, haya de recaer “sobre el empresario infractor” ha de ponerse en conexión con los artículos 24.3 de la LPRL y 42.3 de la LISOS, que establecen, respectivamente, el deber de vigilancia del empresario principal del cumplimiento por el contratista de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en supuestos de contratas correspondientes a la propia actividad que se desarrollen en sus propios centros de trabajo, y la responsabilidad solidaria de la empresa principal y el contratista del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la LPRL en relación con los trabajadores de la contratista que presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal siempre que la infracción se haya producido en dichos centros. Probado que la empresa principal y la contratista se dedican a la misma actividad de la construcción y que en la producción del accidente hubo incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de información y formación suficiente sobre los riesgos de manipulación de la máquina en la que aquél se produjo, el Alto Tribunal confirma la existencia de responsabilidad solidaria de la empresa principal y la contratista por el correspondiente recargo de prestaciones de Seguridad Social, argumentando que “si la empresa que ahora rechaza su responsabilidad se ha adjudicado una obra para su ejecución, y decide libremente subcontratarla a otra empresa de su misma actividad, lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es en absoluto ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir, lo mismo que los beneficios, con la

contrata, de forma que su responsabilidad deriva de la falta de información y control que le era exigible en relación con los trabajadores de la empresa subcontratista en relación con una obra de la que era adjudicatario”.

Por su parte, la **STS de 11 de mayo de 2005**, u.d., I.L. J 1080, en un supuesto también de responsabilidad solidaria de empresa principal y contratista por el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, tras aludir a la diversa normativa reguladora del tema —artículos 123 y 127 de la LGSS, artículo 42 del ET, artículos 24.3 y 42.2 de la LPRL, artículo 17 del Convenio núm. 155 de la OIT—, examina si el supuesto de hecho enjuiciado está dentro de la previsión del artículo 24.3 de la LPRL. Así, respecto al deber de vigilancia recogido en el citado artículo señala que “no se trata de la exigencia de un control máximo y continuado —que, ciertamente, podría hacer ineficaz esta modalidad productiva—, pero sí de un control efectivo, que no puede afirmarse se haya producido en el presente caso, visto que no consta que la empresa recurrente hubiera realizado inspección alguna de la actividad que la contratista realizaba en el municipio en donde ocurrieron los hechos, ni tampoco consta que los controles efectuados en otros municipios, en relación con la misma empresa contratista, hubieran recaído sobre actividades semejantes a la que se estaba efectuando cuando se produjo el accidente. De ello deriva la responsabilidad de la empresa principal ya que, como dijimos en la Sentencia de 5 de mayo de 1999 ‘es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad’”.

Finalmente, la **STS de 7 de diciembre de 2004**, u.d., I.L. J 709, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contenido casacional en un caso donde también se debatía la existencia o no de responsabilidad solidaria de empresa principal y contratista en materia de seguridad y salud en el trabajo. Interesa en la medida en que se estudia el alcance y naturaleza de las responsabilidades establecidas en el antiguo artículo 40.1 y 2 de la Ley 8/1988, hoy 42.1 y 3 de la LPRL, a través de la sentencia citada como de contraste.

Al recargo de prestaciones en un supuesto de subcontratación se refiere también la **STSJ de Canarias (Tenerife) de 31 de marzo de 2005**, I.L. J 956, pero, en esta ocasión, para determinar su incidencia en la cuantificación de la indemnización de daños y perjuicios ex artículo 1902 CC a que puede tener derecho el trabajador accidentado. La Sala procede primero a constatar la concurrencia de los requisitos exigidos para poder exigir a la empresa la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del accidente —existencia de culpa empresarial no anulada por una conducta del trabajador que reúna las características de ilícito civil—; a continuación, recordando pronunciamientos precedentes de la Sala y la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión, se afirma que las reglas aplicables en materia de determinación de la indemnización compensadora del daño causado son las siguientes: “a) En el ámbito laboral y a falta de norma legal expresa que baremice las indemnizaciones o establezca topes a su cuantía, en principio, la indemnización procedente deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar

plenamente todos los daños y perjuicios, que como derivados del accidente de trabajo se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social. b) Existe un solo daño que hay que compensar, sin perjuicio de las distintas reclamaciones que puedan plantearse. c) Ha de mantenerse la proporcionalidad entre el daño y la reparación para evitar tanto que esta última sea inferior a aquél y no lo compense plenamente, como que lo exceda. e) Para determinar la indemnización compensadora de los daños y perjuicios derivados de un accidente laboral deben detraerse o computarse las prestaciones reconocidas de acuerdo con la normativa protectora de la Seguridad Social, aunque sin incluir en la detracción o cómputo el recargo de las prestaciones de Seguridad Social causadas por el trabajador accidentado impuesto a la empresa por la infracción de medidas de seguridad. La exclusión de este recargo obedece a que es independiente de aquella indemnización, consistiendo en una institución específica y singular de nuestra normativa de Seguridad Social no subsumible plenamente en otras figuras jurídicas típicas”. Por último, se precisa en esta sentencia del TSJ que si bien la fijación de la cuantía de la indemnización es competencia del Juzgado de Instancia, “no es menos cierto que también existen sentencias donde se indican que la Sala puede valorar la indemnización en el caso de que exista una desproporción entre lo dado por el Juzgador y la situación real en la que se encuentra el trabajador”, situación que acontecía en el caso enjuiciado.

#### **E) Responsabilidad subsidiaria ex artículo 127 LGSS: es complementaria y acumulativa a la del artículo 42 del ET**

La diversidad de previsiones existentes en el ordenamiento laboral y de Seguridad Social en materia de responsabilidades derivadas de incumplimientos varios en supuestos de contratas y subcontratas de obras y servicios ocasiona que no siempre sea fácil determinar 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. Así acontece en relación a la reclamación por descubiertos relativos al pago de cuotas de Seguridad imputables a la empresa contratista durante el período de vigencia de la contrata en los supuestos en que ambas empresas –principal y contratista– se dedican a la misma actividad. En estos casos se plantea la duda de si la responsabilidad de la empresa principal ha de considerarse exclusivamente de carácter solidario –en aplicación de lo establecido en el artículo 42 del ET–, o bien si puede reclamársele asimismo la deuda –en aplicación de lo dispuesto en los artículos 104 y 127 de la LGSS– con carácter subsidiario en caso de insolvencia del obligado principal y aunque ambas empresas se dediquen al mismo género de actividad. La duda surge por el hecho de que mientras el presupuesto de hecho del artículo 42 del ET alude a una contrata referida a la propia actividad de la empresa principal, tal limitación no se recoge en la delimitación del ámbito aplicativo del artículo 127.1 de la LGSS. Evidentemente la cuestión no tiene más transcendencia que la meramente teórica de fijar una doctrina uniforme sobre el particular, como expresamente reconoce la **STS de 6 de julio de 2005**, u.d., I.L. J 1009, “puesto que, en definitiva la parte actora –y ahora recurrida– aparece condenada a satisfacer los descubiertos que le han sido reclamados por la Tesorería de la Seguridad Social aunque sea exclusivamente por razón de la solidaridad establecida en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores”. En cualquier caso, la solución ofrecida por la Sala será la de considerar que la responsabilidad

subsidiaria del artículo 127 de la LGSS es complementaria y acumulativa a la del artículo 42 del ET. Razona el Alto Tribunal que “los artículos 42 del Estatuto de los Trabajadores y 127 de la Ley de Seguridad Social no contemplan situaciones exactamente iguales”, por lo que:

“No existe pues una absoluta coincidencia entre las responsabilidades previstas en uno y otro precepto, ni en cuanto a los conceptos a que se extienden, ni tampoco en cuanto a las circunstancias que pueden exonerar de las mismas. Sin embargo entiende esta Sala (...) que no puede marcarse una diferencia entre uno y otro tipo de responsabilidad por la circunstancia de que la obra o servicio subcontratado se refiera o no a la misma actividad propia del subcontratante, de forma tal que la responsabilidad solidaria del artículo 42 se limite a los supuestos en que así ocurra, mientras que la subsidiaria proclamada en los artículos 104 y 127 se refiera a los casos en que no existe esa identidad de actividad.

Estimamos en consecuencia que cuando el apartado 1 del artículo 127 establece la responsabilidad subsidiaria por impago del obligado ‘sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores’, esa salvedad no tiene por objeto establecer un régimen de responsabilidad en el pago de las cotizaciones o prestaciones de la Seguridad Social excluyente del sentado en el artículo 42, sino complementario y acumulativo del mismo, arbitrando una fórmula que permita demandar al propietario de la obra el abono de las cotizaciones impagadas por el subcontratista declarado insolvente, siempre que concurren las circunstancias previstas en el artículo 127 y con absoluta independencia de que la responsabilidad prevista en el artículo 42 del Estatuto pudiese resultar optativamente exigible.

Por el contrario consideramos acertada la tesis mantenida en el recurso de que sin perjuicio de la responsabilidad solidaria exigible en supuestos concretos del artículo 42, subsiste la subsidiaria, proclamada para caso de insolvencia del obligado, en el supuesto de descubiertos en el pago de las cotizaciones debidas por Seguridad Social a cargo del empresario subcontratado, y que la tesis contraria implica la infracción de lo dispuesto en los artículos 104 y 127 de la Ley de Seguridad Social, Texto Refundido de 20 de junio de 1994.”

## 6. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

### A) Contrato de puesta a disposición y contratación temporal

Al hilo del estudio de un supuesto de fraude en la contratación de puesta a disposición que conduce a la declaración de existencia de cesión ilegal de trabajadores [véase apartado 7.A)], la **STSJ de Cantabria de 3 de marzo de 2005**, I.L. J 691, recordará la doctrina unificada del TS según la cual la regla del artículo 10.1 de la LETT, en virtud de la cual el contrato entre la ETT y el trabajador puede establecerse por duración determinada, coincidiendo con la duración del contrato de puesta a disposición, ha de ponerse en relación

### III. Empresario

con el artículo 6.2 de la misma Ley, por el que esta última contratación tiene que fundarse en alguna de las causas generales de la contratación temporal, de tal forma que “el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino que constituye, únicamente, un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de la contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal”.

#### B) Responsabilidad en caso de fraude en la contratación de puesta a disposición

Frente a la pretensión de la empresa usuaria de no ser responsable de las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido realizado por la ETT, dado que el artículo 16.3 de la LETT establece la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición —que será solidaria si se incumple lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la LETT— y lo reclamado son deudas de naturaleza indemnizatoria, incluidos los salarios de tramitación, la **STSJ de Cantabria de 3 de marzo de 2005**, I.L. J 691 —comentada en el apartado precedente—, condenará solidariamente a la ETT y a la empresa usuaria, argumentando que se declara responsable la empresa usuaria, “no en concepto de usuaria de empresa de empresas de trabajo temporal, sino por fraude en la contratación de puesta a disposición por intermediación de la ETT y el previo arrendamiento de servicios, siendo el único objeto del contrato la cesión ilegal de mano de obra, que lo era con anterioridad a la contratación formal de puesta a disposición, lo que en virtud del artículo 43.3 del ET, hace responsable solidaria a la empresa principal respecto del contrato de trabajo suscrito con el trabajador”. En relación al supuesto de hecho recogido en esta sentencia, véase apartado 7.A).

## 7. CESIÓN ILEGAL

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

Como suele acontecer en todas las crónicas, la determinación de los criterios distintivos entre la lícita contrata de obras y servicios y la ilegal cesión de mano de obra constituye una de las principales cuestiones objeto de tratamiento judicial en materia de cesión de trabajadores. De sobra es ya conocida la reiterada jurisprudencia del TS sobre el particular; doctrina que, en mayor o menor grado, se reproduce en todas las sentencias de los TTSSJ que en el período que estudiamos se han dictado en la materia —**STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de abril de 2005**, I.L. J 855; **STSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2005**, I.L. J 624; **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 15 de marzo de 2005**, I.L. J 1026; **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de marzo de 2005**, I.L. J 1019; **STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2005**, I.L. J 674; **STSJ de Cantabria de 3 de marzo de 2005**, I.L. J 691; **STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2005**, I.L. J 899—. Por ello, parece más útil, en lugar de reproducir las tesis jurisprudenciales ampliamente conocidas, destacar los supuestos de hecho o método operativo de los diversos pronunciamientos, diferenciando aquellos en los que se constata que se ha producido una lícita contrata de obras de los que llegan a

la solución contraria. La **STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2005**, I.L. J 899, traslada la doctrina del TS al caso examinado —trabajadora de la empresa “Crossselling, SA” que presta servicios en una oficina de la Caixa en virtud del convenio de colaboración entre las dos empresas para la prestación por parte de la primera de servicios en materia de asesoramiento, difusión, información y ejecución de acciones comerciales en relación a determinados servicios y productos comercializados por la Caixa, sin que en ningún caso “Cosselling, SA” tenga la consideración de agente de la Caixa— para concluir que no existe cesión ilegal, dado que “la actora no se hallaba incluida en el marco de organización y dirección de la Caixa, ni recibía órdenes, ni instrucciones de ésta, ni desarrollaba tareas similares o análogas a sus empleados, ni había en las tareas asignadas a la demandante elementos de confusión con las propias de los empleados de las oficinas de la Caixa. Por el contrario, el control y la dirección de las funciones de la trabajadora se efectuaban, de modo semanal, por la empresa que ha sido condenada, sin que pueda afirmarse que se den los caracteres propios de la cesión ilegal”.

Por su parte, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de marzo de 2005**, I.L. J 1019, pone de relieve que los problemas de diferenciación entre la contrata y la cesión “han de ser examinados caso por caso, para constatar las características del mismo, lo que hace difícil la formulación de soluciones generales”. Así, frente a la alegación del trabajador de realizar las mismas actividades que otro personal de la empresa principal la Sala mantiene que “en el ámbito de la contrata es posible que trabajadores del contratista y del empresario principal realicen trabajos de idéntica naturaleza, siendo lo esencial que los del contratista los realicen en el marco de la contrata”, por lo que no aprecia la existencia de cesión ilegal en el supuesto enjuiciado. A esta misma conclusión llega la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de abril de 2005**, I.L. J 855, tras realizar una ilustrativa exposición de los pasos a seguir para delimitar la figura prohibida del supuesto regulado en el artículo 42 del ET. A tales efectos, señala esta sentencia, “un dato indiciario, aunque no siempre decisivo es que la empresa principal o comitente y la contratista o agente sean formalmente independientes”; realizada esta acreditación, “es menester en segundo lugar que la empresa contratista o agente (...) sea real y no meramente aparente contando con estructura material y personal necesaria para llevar a cabo con sus propios medios la actividad que le ha sido encargada”; finalmente, constatado que la empresa contratista sí cuenta con la infraestructura material y personal precisa para desarrollar su actividad, hay que “examinar si esta empresa conserva o tiene el poder de dirección y organización de los trabajadores que contrata para la prestación de los servicios encomendados”. La respuesta afirmativa a todos los anteriores interrogantes probará que el caso examinado responde a la realidad de la descentralización o externalización de servicios y no encubre una cesión ilegal de trabajadores.

Por el contrario, la **STSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2005**, I.L. J 624, la **STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2005**, I.L. J 674, y la **STSJ de Cantabria de 3 de marzo de 2005**, I.L. J 691, llegarán a la conclusión de que en el supuesto analizado se ha producido una cesión ilegal de trabajadores. La primera debido a que los trabajadores prestaron servicios en el centro de trabajo de la empresa principal, utilizando los medios materiales

### III. Empresario

y el programa informático de ésta, que era quien les daba las instrucciones relativas a la ejecución de su trabajo, sin que la contratista aportara ningún medio material o personal ni les facilitara formación previa, por lo que se prueba que aquélla “se limitó a ceder a las demandantes para que éstas llevaran a cabo sus servicios en las dependencias del BSCH [empresa principal], con sus medios materiales y bajo sus instrucciones, sin ninguna implicación por su parte en su desarrollo ni en el control de su actividad”. Para la **STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2005**, I.L. J 674, “la empresa que formalmente suscribió el contrato de trabajo con la demandante aparece como mera empleadora formal, mientras que la empresa principal es la que se reserva el seguimiento y control de la actividad desempeñada por la demandante, que se hacía directamente a través de la Dirección de la empresa principal, a la que la demandante remitía los informes diarios, altas, bajas, modificaciones de especialistas, petición de material administrativo y muestras, programación de trabajo trimestral y nota de gastos. Era la empresa principal la que controlaba y dirigía el trabajo de la actora, no constando qué empleados de la empresa contratista supervisaban sus tareas”. Y aunque es verdad “que la contrata no queda desnaturalizada por el hecho de que puedan existir determinadas facultades de control por parte de la empresa principal (...)”, lo cierto es que en la situación que se analiza las facultades desempeñadas por la empresa principal exceden de dichas funciones, (...) en la medida en que en las tareas ordinarias no existía una supervisión por parte de la empresa contratista, sino una relación funcional con los mandos de la empresa principal”. Respecto a la **STSJ de Cantabria de 3 de marzo de 2005**, I.L. J 691, a la que ya hemos aludido en otros apartados, conviene detallar el supuesto analizado para comprender mejor la tesis mantenida. Se trata de un trabajador que presta servicios para la empresa “Electra de Viesgo I, SA” (aunque la resolución en ocasiones la denomina “Electra de Viesgo I, Sociedad Unipersonal”) sin solución de continuidad desde el 13 de septiembre de 1999, primero bajo la cobertura de un contrato para obra o servicio determinado suscrito con la empresa “Servicios Auxiliares GDN, SA” que, a su vez, había celebrado un contrato de arrendamiento de servicios con la empresa “Electra de Viesgo I, SA”; y, a continuación, en el marco de un contrato de puesta a disposición entre esta última y la empresa de trabajo temporal “Bicolan ETT”. Al recibir comunicación de finalización de contrato por parte de la ETT, el trabajador demanda por despido a “Electra de Viesgo I, SA” y a “Bicolan ETT”, estimando la demanda la sentencia de instancia que reconoce al trabajador una antigüedad desde el 13 de septiembre de 1999, fecha de la contratación inicial temporal suscrita con la empresa “Servicios Auxiliares GDN, SA”. En estas circunstancias la sentencia analizada estimará, en aplicación de los criterios generales de diferenciación entre la contrata y la cesión, que existió suministro ilícito del trabajador en la contratación inicial de la empresa “Servicios Auxiliares GDN, SA”, a la que sucede la ETT, “siendo los derechos adquiridos a consecuencia de la contrata contraria al artículo 43 del ET irrenunciables, desplegando sus efectos en el proceso productivo normal de la principal (posteriormente usuaria) que pone los medios de producción y bajo la dirección del personal de jefatura de la principal, sin ninguna autonomía técnica de la pretendida contrata”.

Con extensa reproducción de la doctrina del TS en torno al deslinde entre la contrata y la cesión, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 15 de marzo de 2005**, I.L. J 1026, también constatará la existencia de esta última, pues, en el supuesto enjuiciado se ha acreditado que “‘Foresma, SA.’, es sólo una empresa aparente, que se limita al suministro de la mano

de obra necesaria para la atención de servicios de extinción de incendios forestales, seguridad o emergencias (...)", habiéndose probado "que el personal que suministra a 'Helicsa Helicópteros, SA', realiza su actividad en el hangar del Aeropuerto de Gran Canaria titularidad de Helicsa y en los helicópteros de esta última, y que 'Helicsa Helicópteros, SA', es la concesionaria del servicio de seguridad y emergencias mediante helicópteros multifuncionales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias (...)" y "que en la realización del trabajo de los actores desde los helicópteros es el piloto de Helicsa el que ostenta el mando de todo el personal", sin que, por tanto, la empresa "Foresma SA" sea el "contratista real", ya que "no le corresponde la organización, el control y la dirección de la actividad desplegada por Helicsa".

Mientras que han sido numerosos los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia en esta materia durante el período estudiado, sólo ha recaído una sentencia del TS, de relevancia, además, relativa debido a que no entra en el fondo del asunto debido a problemas procedimentales. La **STS de 11 de mayo de 2005**, u.d., I.L. J 762, si bien no aprecia contradicción entre las sentencias recurrida y de contraste, trae a colación un pronunciamiento anterior de la Sala, de 30 de mayo de 2002, en el que, recogiendo la doctrina consolidada del Tribunal Supremo se indica que "la línea divisoria entre los supuestos de subcontratación ilícita y de pseudocontrata o cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo, debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita (...). Es necesario en cada litigio considerar con detenimiento, a la vista de los hechos probados, las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas".

## **B) Es posible acreditar en proceso de despido la existencia de cesión ilegal**

La **STSJ de Cantabria de 3 de marzo de 2005**, I.L. J 691, ya mencionada en otros apartados de esta crónica, debe pronunciarse también acerca de si es posible en un proceso de despido alegar la existencia de una cesión ilegal del trabajador despedido o, por el contrario, ello constituye una acumulación de acciones vedada en los procesos de despido por el artículo 27.2 LPL. Para la Sala, "el hecho de que el fundamento de la condena solidaria en la acción de despido ejercitada lo sea la existencia de cesión ilegal, no implica la acumulación indebida de acciones, ni resolución *ex novo* de cuestión que cause indefensión a la recurrente", pues, continúa el pronunciamiento analizado, como ha declarado la doctrina unificada contenida en la Sentencia del TS de 8 de julio de 2003, si bien es cierto que el tenor literal del artículo 43.3 ET obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión", de modo que "concluida la cesión no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquélla haya sido ilegal", sin embargo,

“ello no es obstáculo para que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquél, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio”.

Recordando los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo en la citada sentencia, se señala que “la expresada conclusión es consecuencia obligada de que no cabe ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente, pues en tales casos es evidente que la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible, sin que suponga el ejercicio conjunto de dos acciones en contra de los previsto en el artículo 27.2 LPL, sino una cuestión previa o prejudicial interna, sobre la que es necesario decidir por mandato del artículo 4.2 de la LPL, para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los artículos 43 y 56 del ET que deben resolverse, necesariamente, en dicho proceso. Incluso, de no hacerlo así la sentencia, sí procedería la declaración de nulidad de actuaciones, esta vez, por impulso del trabajador, por dejarlo en la más absoluta desprotección ante el despido, porque si opta por la fijeza como paso previo de la acción declarativa del artículo 43.3 del ET, para conseguir la condena solidaria de la cesionaria en las consecuencias del despido y dicha acción no prospera por entender el Juzgador que ya no está sometida al tráfico prohibido, la acción contra ésta estaría caducada, y, si opta por el despido contra la cedente estaría posteriormente caducada contra la cesionaria”.

## 8. SUCESIÓN DE EMPRESAS

### A) Elementos del supuesto de hecho

Pese a que existe una muy abundante jurisprudencia acerca de los elementos y requisitos necesarios para que se entienda producido el supuesto de hecho del artículo 44 ET y, por consiguiente opere la subrogación en él prevista, lo cierto es que el número de pronunciamientos judiciales acerca de si en el caso concreto existe sucesión de empresa o no sigue siendo muy abundante, especialmente cuando nos encontramos ante la figura de la sucesión de contratas o concesiones administrativas. Dado que este tema será tratado en el apartado siguiente, nos limitaremos ahora a reseñar las sentencias que en este período se han pronunciado sobre la aplicabilidad o no del artículo 44 del ET al caso examinado.

La STSJ de Murcia de 4 de abril de 2005, I.L. J 871, sin mayores indicaciones sobre los elementos configuradores del supuesto de hecho del artículo 44 del ET, estima que éste no se da en el caso de un trabajador que, tras mantener una relación laboral con la empresa Getrasa, pasa a prestar servicios para la empresa Transfimur, argumentando que “extinguida la relación laboral con Getrasa, que no consta que esté integrada en el grupo de empresas Transfimur, el actor pasó a prestar sus servicios a ésta, sujeto empresarial diferente, sin que concurren las circunstancias que habiliten la aplicación del artículo 44

mencionado, pues el despido se produjo una vez extinguida la relación laboral con Getrasa y no se reclama el cumplimiento de alguna obligación que hubiese quedado pendiente en aquélla”.

Por su parte, la **STSJ de Valencia de 10 de febrero de 2005**, I.L. J 802, a la que aludiremos en el apartado siguiente, reitera la tradicional tesis del TS —y hoy algo cuestionada, al menos por lo que al requisito del elemento objetivo concierne, como enseguida veremos— según la cual “la sucesión empresarial requiere, la concurrencia de dos elementos, uno, subjetivo, representado por el cambio de titularidad o transferencia del antiguo al nuevo empresario y otro objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad empresarial, esto es, un conjunto organizado de elementos que permitan la continuidad de las actividades o de algunas de las actividades de forma estable”.

## **B) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresas**

Los problemas que en orden a la aplicación de los efectos previstos en el artículo 44 del ET a los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas se han ido planteando a lo largo de los años, han influido enormemente en la delimitación del supuesto de hecho de la sucesión empresarial. El devenir de la doctrina del TJCE, con gran influencia posterior en los cambios normativos producidos en el Derecho comunitario, ha dejado, como no podía ser de otra forma, honda huella en nuestros Tribunales. En la actualidad la situación parece oscilar entre la aceptación “con mayor o menor entusiasmo” de los dictados del Tribunal Europeo y la lenta desaparición de antiguas posiciones más apegadas a exigencias de transmisión de elementos patrimoniales para que los casos de sucesión de contratas sean subsumibles en el supuesto de hecho del artículo 44 del ET. Al primero de los enfoques corresponde la **STS de 4 de abril de 2005**, u.d., I.L. J 732, que tras exponer la reiterada doctrina de la Sala en el sentido de que “para que exista sucesión de empresas es necesario que entre cedente y cesionario exista una transmisión de activo patrimonial. En otro caso, de conformidad con esa doctrina, la sucesión únicamente se produce porque la imponga el convenio colectivo estatutario que sea de aplicación, o, con determinadas restricciones, cuando se derive del pliego de condiciones de la concesión”, alude a la circunstancia del alejamiento de estas tesis de la jurisprudencia del TJCE, por lo que, afirma la sentencia comentada, la Sala hubo de cambiar su doctrina; cambio que se plasmó en la Sentencia de 27 de octubre de 2004, que “rectifica la doctrina en el sentido de que la sucesión procede, no sólo cuando hay transmisión de activos patrimoniales, sino también en aquellos otros supuestos en los que el cesionario de una actividad se hace cargo en términos significativos de calidad y número de parte de personal del cedente”. Más en línea con lo que hemos denominado posición tradicional se muestra la **STS de 23 de mayo de 2005**, u.d., I.L. J 994, que, en un caso de sucesión de contratas de limpieza, mantendrá que en tales supuestos, en los que “lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida

en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida”.

La doctrina judicial, por su parte, se alinea mayoritariamente con la tesis rectificada del TS. Así, la **STSJ de Valencia de 10 de febrero de 2005**, I.L. J 802, en un supuesto de sucesión en la adjudicación de la contrata del servicio de comedor de una Residencia de la Tercera Edad, mantendrá la existencia de sucesión empresarial ex artículo 44 del ET pese al incumplimiento por las empresas del protocolo de actuación establecido en el convenio colectivo de aplicación para los casos de sucesión, afirmando que “en los supuestos de sucesión de contratas, tal sucesión debe producir la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la antigua (...) siempre que la sucesora se haga cargo de los trabajadores de forma sustancial, sin perjuicio de no venir impuesto por norma sectorial eficaz o por el pliego de condiciones”. De ahí que el incumplimiento de uno o algunos de los requisitos fijados en el convenio colectivo para tales situaciones “no puede considerarse que afecte de manera directa a la existencia o no de la subrogación convencionalmente prevista, sino más bien a los posibles perjuicios o acciones que pueden existir entre las empresas implicadas, que no pueden afectar a las expectativas del trabajador subrogado (...)”. En la misma línea, la **STSJ de Cantabria de 8 abril de 2005**, I.L. J 883, con una extensa exposición de la doctrina del TS y del TJCE sobre la sucesión empresarial en los supuestos de sucesión de contratas, en la que se recogen afirmaciones como que “el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y la Directiva 77/187/CEE, opera también en determinados supuestos en los que no existe transmisión de un patrimonio” y “que para decidir si ha existido o no sucesión no es determinante si ha existido un negocio jurídico entre ambas empresas o si la transmisión conlleva un conjunto de elementos materiales organizados, sino si se ha producido un cambio en la titularidad de una explotación económica identificable, a cuyos efectos la transmisión de medios materiales es un elemento más a tener en cuenta pero no el único. Lo relevante (...) es que se transfiera una organización productiva identificable o una parte organizada de la misma”, también concluirá en la aplicación del artículo 44 del ET al supuesto enjuiciado –sucesión en la gestión de una Residencia para Mayores titularidad de la Caja de Ahorros de Cantabria– habida cuenta de que “la nueva empresa ha asumido por sí misma el conjunto de la actividad, incluyendo la realización de todas las tareas, incluso las que antes desempeñaban las subcontratas. Situándonos en ese plano, es cierto que la nueva empresa se ha subrogado en la titularidad de una organización productiva, que englobaría dentro de sí los medios materiales para la gestión de la residencia, los trabajadores de la misma y los contratos de servicios de las empresas subcontratistas”.

Y, en un caso de sucesión de contratas del servicio de vigilancia, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de abril de 2005**, I.L. J 856, afirmará igualmente la existencia de sucesión de empresas en atención a dos causas distintas: por la sucesión en la mayoría de la plantilla adscrita al servicio subcontratado y por la imposición de la misma por el convenio colectivo. Se acoge así el criterio del Tribunal Comunitario de la “asunción en la plantilla” y, al mismo tiempo se razona, con apoyo también en la jurisprudencia comunitaria, que “cuando la subrogación contractual viene impuesta por convenio colectivo, la

regulación de la misma se inserta, por dicha causa, en la sucesión de empresas regulada por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”.

Interesante resulta el supuesto y la argumentación de la **STSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2005**, I.L. J 626, en la que se discute si la sucesiva adjudicación por RENFE a dos empresas diversas del servicio de manipulación de UTIS (Unidad de Transporte Intermodal) en la Terminal de Contenedores del Puerto de Bilbao pueda ser incluida en el ámbito de aplicación del artículo 44 del ET. La Sala realizará primero un repaso de la jurisprudencia comunitaria sobre el particular, haciendo constar expresamente cómo el TS, resumiendo aquella doctrina, ha sostenido que “en la medida que sea posible que una entidad económica funcione en determinados sectores sin elementos significativos del activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos”, tras lo cual procede a su proyección sobre el caso enjuiciado; y, en esta labor, llegará a la conclusión de que, pese a que el nuevo adjudicatario ha contratado a cinco de los siete trabajadores vinculados con la empresa saliente, no opera la sucesión empresarial, ya que entiende que en el supuesto es fundamental el activo material, la infraestructura necesaria para la prestación del servicio —que RENFE pone a disposición de los distintos adjudicatarios—, de tal manera que “la esencia de la prestación del servicio, de la actividad económica, es precisamente esa infraestructura sin la que indudablemente no puede llevarse éste a efecto. La mano de obra cualificada (...), es sin duda de suma importancia pero no más relevante que esa misma cualificación en otros sectores en cuanto que supone la correcta ejecución del servicio, pero lo absolutamente decisivo en éste es el activo material que RENFE pone a disposición de la contratista del servicio, las distintas clases de grúas”. Rechaza por esta vía la subrogación, se analiza si la misma puede derivar de las previsiones al respecto contenidas en el convenio colectivo aplicable, a lo que se responde negativamente debido al incumplimiento por la empresa saliente de los deberes impuestos por la norma paccionada.

Por el contrario, la **STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2005**, I.L. J 791, sigue la teoría tradicional del TS, a tenor de la cual en los supuestos de sucesión de contratas “la pretendida transmisión no es tal, sino finalización de una contrata y comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma (...), de ahí que para que la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la antigua se produzca, tenga que venir impuesta por norma sectorial eficaz que así lo imponga o por el pliego de condiciones que pueda establecerla”.

### **C) Subrogación *ex lege* no alterable por convenio colectivo ni pacto individual**

Probablemente una de las razones de la intensa conflictividad existente en torno a los elementos y requisitos necesarios para que se produzca el supuesto de hecho del artículo 44 del ET sea el carácter y naturaleza de los efectos previstos legalmente en el caso de que aquél se verifique. La más pacífica doctrina que entiende imperativo e inmodificable el

### III. Empresario

efecto subrogatorio contemplado en el artículo 44 del ET una vez constatada la inclusión del caso enjuiciado en el ámbito de aplicación de aquél, ha originado que el debate se centre en la determinación de los contornos y alcance del supuesto de hecho del precepto citado. En este contexto, la **STSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2005**, I.L. J 626, analizada en el apartado relativo a la sucesión de contratas, aclarará que “Uno de los efectos de la sucesión de empresa que dispone el artículo 44 ET en su apartado 1, mantenido tras la Ley 12/2001, es el efecto subrogatorio en la posición de empresario de la relación laboral. Norma de rango legal que no deja margen alguno a la negociación colectiva o a la autonomía de la voluntad para poder disponer de ese concreto efecto en el caso de que concurra el supuesto de sucesión de empresa ahí previsto, por lo que cualquier convenio colectivo o pacto (individual o colectivo) que lo niegue, lo condicione o limite su ámbito de aplicación resulta nulo de pleno derecho”.

#### **D) Sucesión *ope legis*, sin necesidad de acuerdo expreso de las partes**

Frente a otros fenómenos de subrogación empresarial, en los que se precisa el consentimiento del trabajador afectado –subrogación contractual– o el acuerdo de los agentes sociales manifestado en convenio colectivo –supuestos de sucesión de contratas–, la sucesión de empresas amparada en el artículo 44 del ET “despliega sus efectos *ope legis*, sin necesidad de acuerdo expreso de las partes, por lo que una vez producida (...), el nuevo titular adquiere la condición de empleador y lo deja de ser la anterior, sin perjuicio de la responsabilidad que incumba a este último en relación con las deudas preexistentes a la sucesión en el plazo de tres años. Sólo depende de la voluntad del trabajador, la subrogación no amparada por dicho precepto que, por lo mismo, no puede ser impuesta sin su consentimiento” (STSJ de Cantabria de 8 abril de 2005, I.L. J 883).

#### **E) Efectos de la sucesión: mantenimiento de las condiciones laborales y homogenización de condiciones salariales**

La **STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2005**, I.L. J 677, debe decidir si la modificación de condiciones salariales llevada a cabo unilateralmente por la empresa sucesora, consistente en la refundición de diversos conceptos salariales en uno solo, respeta o no el mandato del artículo 44.1 del ET, conforme al cual el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Después de sintetizar la doctrina unificada del TS en la materia, señalando que la subrogación empresarial tan sólo abarca aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración y no las meras expectativas legales, y que la obligación impuesta no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad, pues, “salvado el nivel retributivo alcanzado en la empresa anterior, el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que rijan la relación con el nuevo empleador, siempre que se vaya manteniendo o mejorando ese nivel”, la Sala concluirá que la modificación realizada no es simplemente un cambio semántico y de denominación de determinados complementos salariales para adaptarlos a los vigentes

en la empresa sucesora sino una modificación de la estructura salarial, que, como tal, la empresa no puede realizar de forma unilateral.

### **F) Responsabilidad de la empresa sucesora en supuestos de incumplimientos en materia de cotización de la empresa cedente**

El artículo 44.3 del ET establece la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social. Por su parte, el artículo 127.2 de la LGSS señala que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, el adquirente responderá solidariamente con el anterior del pago de prestaciones causadas antes de dicha sucesión. En este contexto normativo, la **STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2005**, I.L. J 1031, debe determinar a quién corresponde la responsabilidad del abono de la diferencia de pensión derivada de una cotización inferior a la que correspondía en un supuesto de sucesión empresarial en el que la prestación se causa con posterioridad a que aquélla tenga lugar. La Sala, aplicando la jurisprudencia unificadora del TS, afirmará que “en los supuestos de sucesión empresarial, la empresa adquirente no debe responder de los incumplimientos en materia de cotización de la anterior cuando (...) la prestación se ha causado con posterioridad a la transmisión”. Conclusión que deriva del análisis de la cuestión de si a tales efectos la responsabilidad patrimonial del cesionario en cuanto a prestaciones es ilimitada en el tiempo o se le aplica lo previsto en el artículo 44.3 del ET; interrogante al que la sentencia comentada, reproduciendo una anterior del TS, contestará indicando “que la responsabilidad por obligaciones en materia de prestaciones no puede ser ilimitada parece evidente, no puede mantenerse indefinidamente la posibilidad de una responsabilidad empresarial por ese concepto en casos de sucesión de empresas, por causas que tienen su origen en un incumplimiento de obligaciones de cotización por empresa cedente, debe establecerse un límite. La solución a dicho problema interpretativo se encuentra en la Ley General de Seguridad Social en el artículo 97.2 del Decreto 2065/1975, que es el aplicable atendiendo a que el período de cotización es anterior a 1984 pero de idéntico contenido al artículo 127.2 de la vigente Ley de la Seguridad Social, normativa aplicable con preferencia a ninguna otra al tratarse de una cuestión de Seguridad Social, que claramente dice que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causados antes de dicha sucesión”.

### **G) Subrogación contractual**

Prácticamente en todas nuestras crónicas hemos de incluir un apartado dedicado al examen de la especial problemática que, a los efectos de aplicación de la subrogación empresarial, ha planteado el proceso de liberalización del servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros; y ésta no iba a ser una excepción. La cada vez más copiosa doctrina

unificada del TS sobre el particular ha dejado sentado que en estas ocasiones no estamos ante un supuesto del artículo 44 ET, sino ante una cesión de contratos entre empresas que, de acuerdo con el artículo 1205 Código Civil, exige para su validez el consentimiento del trabajador afectado, sin que aquél pueda ser sustituido por el de los representantes legales o sindicales de los trabajadores que intervinieran en el acuerdo celebrado entre ambas empresas. Esta misma doctrina se repite en la **STS de 3 de junio de 2005**, u.d., I.L. J 1096; la **STS de 26 de abril de 2005**, u.d., I.L. J 827 y la **STS de 12 de mayo de 2005**, u.d., I.L. J 788, por lo que, en lugar de volver a reproducirla, comentaremos los aspectos colaterales o líneas de argumentación más novedosas que en estas nuevas resoluciones encontramos. Eso sí, hay que resaltar que la rectificación doctrinal llevada a cabo por nuestro Alto Tribunal en lo que concierne a la inclusión de los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas en el ámbito de aplicación del artículo 44 del ET, fruto de los designios de la jurisprudencia comunitaria, se deja sentir en esta materia, pues la tesis de la asunción de plantilla como elemento indicador de la existencia de una sucesión empresarial tiene especial trascendencia en este supuesto de la liberalización del servicio de asistencia en tierra. De ahí que los razonamientos y argumentaciones del TS sigan la misma línea que hemos analizado en el apartado relativo a la sucesión de contratas.

La **STS de 12 de mayo de 2005**, u.d., I.L. J 788, centra su análisis en determinar si la acción ejercitada por los trabajadores traspasados de Iberia a Ineuropa solicitando la declaración de nulidad de la subrogación y su derecho a ser reintegrados a la plantilla de Iberia ha prescrito o no. El Juzgado de lo Social estimó íntegramente la demanda, la sentencia fue confirmada por el TSJ e interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina por Iberia, el TS lo estima declarando, en aplicación del artículo 59.1 del ET, que cuando los trabajadores presentan papeleta de conciliación la acción estaba prescrita. Para llegar a tal conclusión la Sala debe pronunciarse sobre si la subrogación a la que se oponen los trabajadores era nula de pleno derecho o meramente anulable. Con apoyo en su sentencia de 14 de mayo de 2004, se señala que “no estamos en presencia de un acto nulo de pleno derecho, encuadrable en el artículo 6.3 del Código Civil y, por ello, imprescriptible, sino que se trata de un acto meramente anulable, sujeto, por lo tanto, a prescripción la acción que se ejercite para hacer valer la anulación”. Pues, continúa la Sala recordando otro pronunciamiento anterior de 25 de junio de 2003, “podría ocurrir (...) que el consentimiento del trabajador se haya producido de forma expresa o también de forma tácita mediante la aceptación *a posteriori* de la cesión contractual operada, y (...) así las cosas, no cabe una declaración general de ilegalidad y anulación de las subrogaciones y cesiones de contrato efectuadas. Estas son lícitas en principio; y pueden ser válidas o no, respecto de cada trabajador individual, según se haya obtenido o no el consentimiento del mismo al acuerdo de Iberia de ceder su contrato de trabajo al segundo concesionario”. Por todo ello, “con independencia de que la decisión empresarial no fuese ajustada a derecho, en modo alguno se trata de un acto que contravenga una prohibición legal establecida por razones de interés general, sino que encaja perfectamente en la condición de decisión o acto anulable, no ajustado a derecho, en aquellos casos en que no contó con la voluntaria aceptación de los interesados. Por ello, esa decisión está sujeta a plazo de prescripción, que no puede ser otro que el previsto de manera específica en el artículo 59.1 del ET, desde el momento en que la acción ejercitada se deriva incuestionablemente del contrato de trabajo y agota sus efectos precisamente en dicho ámbito laboral”.

Desde una perspectiva más sustancial, las “diferencias” entre la Sala de lo Social del TSJ de Gran Canarias, Las Palmas, y el Tribunal Supremo en torno a la proyección de la doctrina del TJCE sobre la interpretación del artículo 44 del ET siguen poniéndose de manifiesto en nuevos pronunciamientos (**STS de 3 de junio de 2005**, u.d., I.L. J 1096; **STS de 26 de abril de 2005**, u.d., I.L. J 827). Dejando a un lado el evidente malestar que al Alto Tribunal le producen las imputaciones contenidas en las sentencias del TSJ en el sentido de que existen “ciertas vacilaciones” en el criterio que ha mantenido en la materia, y que se aparta de él para acoger el que entiende que sigue el TJCE, nos centraremos en la exposición de los argumentos más significativos y expresivos aportados por el TS. De nuevo (véanse crónicas anteriores) el TS manifiesta sus reservas y los inconvenientes de aplicar el criterio de la sucesión en la plantilla como un supuesto de transmisión de empresa incluido en el artículo 44 del ET y en las Directivas comunitarias, si bien deja claro que la Sala “debe seguir ese criterio por el principio de vinculación a la doctrina comunitaria”. De ahí que se señale que “lo decisivo, sin embargo, es que la solución de la sentencia recurrida no sólo es contraria a la doctrina de la Sala, como ella misma reconoce, sino que tampoco puede apoyarse en el criterio de la ‘sucesión en la plantilla’ y ello por la sencilla razón de que es precisamente esa pretendida sucesión en la plantilla lo que se está aquí discutiendo” (**STS de 3 de junio de 2005**, u.d., I.L. J 1096). Y en este debate se concluirá que tal sucesión no se ha producido porque “lo que ha habido es una decisión de la empresa demandada Iberia de transferir parte de su plantilla a otra empresa, fundándose en el pliego de condiciones de una concesión administrativa. Ahora bien, la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real, y esto no sucede cuando se trata de una mera decisión unilateral de una parte que, como es conocido, ha sido impugnada por un gran número de trabajadores y que ha dado lugar incluso a conflictos colectivos (...) Podría, por último, objetarse que la transferencia de plantilla va en este caso acompañada de una sucesión en la actividad. Pero, como ya se ha establecido por esta Sala y por la propia doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la mera sucesión en la actividad no es un soporte de la transmisión de empresa” (**STS de 3 de junio de 2005**, u.d., I.L. J 1096). En el mismo sentido, **STS de 26 de abril de 2005**, u.d., I.L. J 827.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

#### IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

## Sumario:

### 1. Consideración preliminar. 2. Cuestiones generales en materia de contratación.

A) Promesa de contrato. B) 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. d) Contrato de inserción. B) Reglas

generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en indefinidos. c) Tratamiento de la extinción contractual. 4. Contratación a tiempo

parcial y fijos discontinuos. A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato fijo discontinuo.

5. Contratación en la Administración Pública. A) Contratos laborales y contratos administrativos. B) Contratación laboral: Irregularidades en la contratación laboral.

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Entre las sentencias analizadas en este período (las publicadas en los números 1 a 4 de 2005 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia) merece la pena destacar varios pronunciamientos. En primer lugar, la **STC de 20 de junio de 2005**, I.L. J 1001, que valora el cese en una relación temporal en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad. En segundo lugar, la **STS de 16 de mayo de 2005**, I.L. J 1000, que admite la licitud del recurso al contrato eventual para cubrir situaciones de déficit de personal en la Administración Pública. Finalmente, la **STS de 9 de marzo de 2005** (recurso 31/2004) que matiza la aplicación del principio de igualdad entre trabajadores fijos y temporales en relación con determinados complementos retributivos.

### 2. CUESTIONES GENERALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

#### A) Promesa de contrato

En este ámbito, la **STSJ de Cantabria de 23 de febrero de 2005**, I.L. J 606, estima no acreditada la existencia de un compromiso de contrato o precontrato entre una atleta y un Club de Atletismo, por lo que excluye la pretensión de indemnización de daños y perjuicios solicitada a la trabajadora.

## B) Período de prueba

En relación con este tipo de pacto, la **STJCE de 26 de mayo de 2005**, I.L. J 589, examina la legalidad de una prórroga en el período de prueba de un empleado del Banco Central Europeo y la consiguiente extinción del contrato al apreciarse un rendimiento inadecuado en la aplicación del sistema de seguridad y en la observancia de normas organizativas del trabajo. El Tribunal estima que una prórroga del período de prueba puede constituir una medida apropiada para que el organismo europeo se cerciore de que el interesado reúne las condiciones personales y profesionales para el puesto.

En segundo lugar, cabe destacar la **STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2005**, I.L. J 616, en punto a la resolución del contrato durante este período estando la trabajadora embarazada. El Tribunal señala que “la naturaleza jurídica del período de prueba queda alterada en estos supuestos en aras de un interés superior objeto de tutela, la maternidad, y en consecuencia no cabe una vez conocido el embarazo la resolución unilateral sin causa, esto es, la libertad reconocida al empresario en el artículo 14 ET no es ilimitada, su ejercicio puede entrañar infracción de derechos constitucionales”. De esta suerte, al estimar que el empleador no había acreditado que existían razones suficientes que justificaran que la extinción respondía al modo deficitario en la prestación de servicios y no al embarazo de la trabajadora, la resolución del contrato era nula.

También en relación con la cuestión de resolución de contrato durante el período de prueba en situación de embarazo, cabe reseñar la **STS de 20 de enero de 2005**, I.L. J 653, que no admite el recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción entre una sentencia que estimó válida la resolución durante el período de prueba y otra que consideró nulo el despido de la trabajadora.

## 3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

### A) Supuestos

#### a) Contrato para obra o servicio determinado

Ante todo, la **STS de 11 de mayo de 2005**, I.L. J 759, abunda en la doctrina jurisprudencial establecida para determinados contratos de veterinarios en la Administración Pública. El Tribunal reitera que la falta de concreción de la obra a realizar, que se determina muy genéricamente, así como el que no constara que en el momento de acordar el cese hubieran finalizado los trabajos determina el carácter fraudulento de la contratación.

Asimismo, en relación con la causa habilitante de este tipo de contratos, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de febrero de 2005**, I.L. J 607, reitera que este tipo de contratación temporal puede utilizarse cuando el objeto del contrato es la prestación de servicios durante la contrata suscrita con un tercero, aun cuando el trabajo concertado corresponda

#### IV. Modalidades de Contratación

a la actividad normal de la empresa contratista. Por su parte, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 15 de febrero de 2005**, I.L. J 817, declara la ilegalidad del contrato temporal cuando a su término, se contrata a otros trabajadores para la misma actividad, lo que denota una necesidad permanente para la empresa. Igualmente, la **STSJ de Extremadura de 7 de abril de 2005**, I.L. J 868, declara el carácter indefinido de la relación ante la falta de claridad y precisión de la obra o servicio que justifican este tipo de contratación temporal. Sin embargo, no determina la indefinición de la relación, la utilización del contrato para obra o servicio cuando procedía un contrato de interinidad por vacante (**STSJ de Canarias, Las Palmas, de 29 de marzo de 2005**, I.L. J 1020).

Nuevamente, una cuestión que se debe remarcar de las sentencias dictadas en el período analizado es el número de pronunciamientos que enjuician la validez de estos contratos en supuestos donde la temporalidad se vincula esencialmente a la falta de una dotación presupuestaria estable. Común denominador de los pronunciamientos recaídos es el señalar que la falta de asignación presupuestaria por parte de la Administración no es una condición suficiente para la validez de los contratos de obra o servicio determinado, sobre todo cuando la actividad tiene carácter permanente. En esta línea, pueden verse la **STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de marzo de 2005**, I.L. J 634, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de febrero de 2005**, I.L. J 602, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de marzo de 2005**, I.L. J 960, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de abril de 2005**, I.L. J 857, y la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de marzo de 2005**, I.L. J 1018, establecen que es la temporalidad de la tarea realizada y no la de la financiación de la misma lo que permite la contratación temporal.

Finalmente, deben reseñarse algunas sentencias que no estiman el recurso de casación de la unificación de doctrina por falta de contradicción entre las sentencias, ya que el objeto del contrato de obra o servicio es diferente en los supuestos de las sentencias comparadas (**STS de 13 de mayo de 2005**, I.L. J 772, y **STS de 16 de mayo de 2005**, I.L. J 988).

##### b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Es remarcable la **STS de 16 de mayo de 2005**, I.L. J 1000, que reitera la doctrina jurisprudencial que ha admitido la licitud del recurso por parte de las Administraciones públicas a este tipo de contratación para cubrir insuficiencias de plantilla. El Tribunal señala que el supuesto “encaja” en la acumulación de tareas y que si bien, no estaría permitido en el ámbito de la empresa privada, se justifica en el ámbito público en que en la Administración no cabe cubrir estas situaciones rápidamente mediante una interinidad por vacante al no haberse creado el puesto de trabajo como tal y haberse incluido en la relación de puesto de trabajo.

En segundo lugar, la **STS de 20 de abril de 2005**, I.L. J 643, abunda en doctrina ya conocida sobre la imposibilidad de reconocer a los médicos eventuales las vacaciones y los permisos para asuntos propios del mismo modo que para el personal de plantilla, dado que su sistema de trabajo comporta una cadencia de días irregular o intermitente.

### c) Contrato de interinidad

De entrada, en punto a la interinidad por vacante, cabe remarcar dos pronunciamientos del Alto Tribunal. En primer lugar, la **STS de 16 de mayo de 2005**, I.L. J 1068, que señala que este tipo de contratación se configura como un contrato laboral a término que se cumple precisamente al cubrirse reglamentariamente la plaza. Razón por la que el hecho de que la persona que adquiere en propiedad la plaza simultáneamente pida una excedencia que dé lugar a una nueva vacante, no da lugar a la improcedencia del cese. Igualmente, y en segundo lugar, la **STS de 23 de mayo de 2005**, I.L. J 997, establece que la anulación del concurso que dio lugar a la cobertura de la plaza no tiene efectos retroactivos respecto al cese del interino.

Ello no obstante, en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de abril de 2005**, I.L. J 980, se considera improcedente el cese del interino al no haber sido suprimida ni cubierta la plaza por el procedimiento establecido. Como quiera que después la plaza quedó cubierta con el procedimiento de provisión establecido en la normativa, la sentencia estima que los efectos del despido improcedente serán los de opción por la indemnización —excluyéndose la readmisión— y salarios de tramitación hasta la fecha de cobertura de la plaza.

En relación con el plazo máximo en este tipo de contratos, la **STSJ de Navarra de 24 de enero de 2005**, I.L. J 812, establece que a partir de la conversión de Correos y Telégrafos en Sociedad Estatal, la duración no puede exceder de los tres meses. En el caso de las Administraciones públicas, si se supera el plazo máximo fijado en los procesos de selección en este ámbito, el efecto también es que el contrato se considera prorrogado por tiempo indefinido, si bien ello no implica la consideración del trabajador como fijo (**STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 18 de abril de 2005**, I.L. J 854).

Finalmente en relación con el personal estatutario que ostenta esta condición, las **STS de 18 de febrero de 2005**, I.L. J 715, y la **STS de 14 de abril de 2005**, I.L. J 702, reconocen que la disminución en la retribución del personal traspasado está justificada por la amortización de la plaza de funcionario interino y la aceptación de una nueva plaza en régimen estatutario.

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2005**, I.L. J 676, aplica la doctrina en relación a la nulidad del cese del interino ante el incumplimiento de los requisitos esenciales de falta de identificación y la falta de acreditación en la convocatoria de un concurso de que la plaza ofertada se correspondiese con la ocupada por interinidad.

Ya en relación con la interinidad por sustitución, la **STS de 5 de mayo de 2005**, I.L. J 787, establece que en los supuestos de utilización de este contrato para sustituir a trabajadores de baja médica, la propuesta de invalidez del trabajador sustituido no ha de producir la extinción del contrato de interinidad, sino sólo la declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

## IV. Modalidades de Contratación

### d) Contrato de inserción

La STSJ del País Vasco de 1 de febrero de 2005, I.L. J 621, repasa las características de este contrato temporal señalando que, pese a ciertas similitudes, no constituye una especie de contrato para obra o servicio determinado. En este sentido, el Tribunal no estima fraude en la utilización de esta modalidad contractual, ni en cuanto a la falta de concreción del objeto, ni la realización de trabajos que exceden del objeto del contrato ni en cuanto a la extinción prematura del contrato. Y ello por cuanto en el concreto caso se especifica que se trata de un contrato de inserción en el ámbito de colaboración entre la corporación local y el INEM y el cese se produce a la finalización de la duración pactada en el contrato y en el proyecto de colaboración.

Respecto a la remuneración en este tipo de contratos, la STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2005, I.L. J 968, establece que la no aplicación del régimen salarial previsto en el convenio colectivo no resulta discriminatoria pues se justifica en la adquisición de experiencia laboral de quien carece de ella. En el caso de que el convenio colectivo no fije una retribución específica para los contratos de inserción, se estima que la retribución aplicable es la fijada en el contrato de trabajo individual, no la reglada para los trabajadores ordinarios de la misma categoría.

### B) Reglas generales

#### a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Ante todo, cabe destacar las SSTS de 11 de mayo de 2005, I.L. J 1072, de 16 de mayo de 2005, I.L. J 767, y de 23 de mayo de 2005, I.L. J 852, que establecen que en relación con el cálculo del complemento de antigüedad no puede aplicarse la doctrina jurisprudencial sobre la carencia de efectos para examinar el carácter fraudulento de anteriores contratos de las interrupciones entre contratos temporales superiores a 20 días, debiendo estarse a lo que disponga el convenio colectivo para este complemento. En los casos en concreto, se establece que son computables los períodos correspondientes a contratos temporales anteriores, aunque entre ellos hubiera existido interrupción superior a veinte días, por razón de igualdad con los trabajadores fijos, a los que el convenio colectivo confiere tal derecho.

Por otra parte, hay que dar cuenta de algunos pronunciamientos que aplican el principio de igualdad establecido en el artículo 15.6 ET, para garantizar que los trabajadores con contratos de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con duración indefinida. En este sentido, se reconoce, por ejemplo, el derecho a una paga de resultados a los trabajadores temporales de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA (STS de 7 de abril de 2005, I.L. J 642), o el derecho al percibo de trienios del personal laboral temporal en la Administración pública (STSJ de Cantabria de 9 de marzo de 2005, I.L. J 686, SSTSJ de Madrid de 11 de abril de 2005, I.L. J 1044, y de 18 de abril de 2005, I.L. J 1046) o el complemento de antigüedad para los trabajadores temporales (SSTSJ de Madrid de 28 de febrero de 2005, I.L. J 797, y de 21 de marzo de 2005, I.L. J 967).

Ahora bien, la aplicación del principio de igualdad de trato entre trabajadores fijos y temporales exige una valoración en función de las circunstancias del caso y del tipo de derecho. Un ejemplo paradigmático de la aplicación de este derecho es la **STS de 9 de marzo de 2005** (recurso 31/2004), que rechaza la pretensión de los trabajadores temporales de que se les aplique el denominado complemento de puesto de trabajo, que se configura como un premio económico por la permanencia en la empresa durante un período de tiempo, debiendo superarse también una entrevista de evaluación. El Tribunal estima que la exigencia de un plazo de permanencia en la empresa es una exigencia objetiva y razonable que supera el test de razonabilidad. Desde otra perspectiva, la **STS de 12 de mayo de 2005**, I.L. J 937, analiza la exclusión del personal eventual de un Acuerdo Sectorial firmado para el personal del Instituto Catalán de la Salud, señalando que esta exclusión no atenta al derecho de igualdad al fundarse en razones objetivas. Tampoco cabe la reclamación de determinados complementos para los trabajadores temporales cuando la desigualdad retributiva se justifica en el respeto a los derechos salariales que ciertos trabajadores disfrutaban con la anterior adjudicataria de un servicio (**STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de febrero de 2005**, I.L. J 607).

En último lugar, cabe destacar un grupo de pronunciamientos del Tribunal Supremo que matizan los efectos de la regla de igualdad dada la espacialísima normativa que regula el régimen de retribución del personal estatutario de la Seguridad Social. En concreto, se reconoce que el nacimiento del derecho a la percepción de trienios sólo aparece para este personal a partir del nombramiento en propiedad, sin perjuicio de que la normativa reconozca el cómputo a estos efectos de los servicios prestados con carácter temporal (**SSTS de 4 de mayo de 2005**, I.L. J 831, de **18 de mayo de 2005**, I.L. J 832, de **13 de mayo de 2005**, I.L. J 1062, de **19 de mayo de 2005**, I.L. J 834, de **31 de mayo de 2005**, I.L. J 1071, de **31 de mayo de 2005**, I.L. J 1058, y de **13 de junio de 2005**, I.L. J 1092).

## **b) Conversión en indefinidos**

Diversas sentencias examinan la legalidad de determinados contratos temporales. En primer lugar, en punto a la prestación de trabajos de colaboración social, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de marzo de 2005**, I.L. J 1013, entiende que la misma no tiene efectos interruptivos de una cadena de contratos celebrados en fraude de ley, cuando esta prestación de servicios se produjo en tareas habituales y ordinarias que no responden al concepto de obra o servicio, ni tienen duración temporal, ni vinculación con programas.

En segundo lugar, la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de febrero de 2005**, I.L. J 805, declara el carácter indefinido de la relación, al no consignarse ni acreditarse, por una parte, la causa de una contratación eventual, y por otra, al no reunir tampoco autonomía ni sustantividad propia la causa consignada en el sucesivo contrato de obra o servicio. Sin embargo, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de febrero de 2005**, I.L. J 607, declara que la sola sucesión de contratos temporales no supone su carácter fraudulento.

## IV. Modalidades de Contratación

Finalmente, la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de febrero de 2005**, I.L. J 890, establece que la prestación de servicios sin contrato temporal alguno supuso la adquisición de fijeza, sin que las cláusulas de temporalidad establecidas en los contratos posteriores puedan tener eficacia, al establecerse en fraude de los derechos del trabajador.

### c) Tratamiento de la extinción contractual

Entre las sentencias examinadas, destaca la **STC 171/2005, de 20 de junio**, I.L. J 1001, que declara nulo el cese de una relación de trabajo temporal como consecuencia de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho de indemnidad. El Tribunal juzga que si bien la finalización de los contratos temporales en la fecha prevista puede neutralizar indicios probatorios de represalias empresariales, este dato no siempre es suficiente por sí mismo. Así, en el caso concreto el Tribunal valora, en primer término, que la vinculación entre las partes se había mantenido desde hacia diez años, bajo diferentes fórmulas y coberturas que se venían sucediendo sin solución de continuidad; en segundo término, que se había procedido a notificarles el cese después de una reclamación para la declaración de laboralidad y fijeza de su relación y, finalmente, que ello se había producido tras haber obtenido un pronunciamiento favorable y sin que hubiese finalizado el proyecto al que estaban adscritas.

En segundo lugar, cabe remarcar las **SSTS de 12 de mayo de 2005**, I.L. J 983 y 984, que abundan en la doctrina ya establecida, sobre la interpretación de una cláusula del convenio colectivo aplicable en “Correos y Telégrafos”, donde se concede el derecho de opción en casos de despido improcedente al trabajador fijo de origen. Pese al cambio de naturaleza jurídica de la entidad empleadora, el Alto Tribunal mantiene que dicha cláusula —que privaba inicialmente de este derecho a los trabajadores que vieron transformado su contrato por irregularidades en la contratación— debe continuar interpretándose literalmente, admitiendo por consiguiente la exclusión de este derecho de opción a los trabajadores contratados como temporales aunque posteriormente devengan fijos.

Ya sobre el cálculo de la indemnización de despido, la **STS de 19 de abril de 2005** (recurso 805/2004), reitera doctrina jurisprudencial señalando que el período computable es de los correspondientes a toda la relación, desde el primer contrato, cuando entre los diversos contratos temporales no mediaba un plazo superior a los 20 días hábiles. Por su parte, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de febrero de 2005**, I.L. J 798, considera que la indemnización por despido debe calcularse desde la fecha de suscripción del primer contrato de trabajo eventual, aunque éste se instrumentara mediante un contrato de puesta a disposición, pues desde ese momento el trabajador venía prestando servicios de forma ininterrumpida para la empresa y se había superado la duración máxima permitida para este tipo de contratos. Similar doctrina se aplica en la **STSJ de Cataluña de 7 de febrero de 2005**, I.L. J 720, donde se computa el período prestado a través de un contrato eventual fraudulento, que en realidad respondía a una relación de carácter fijo discontinuo.

En fin, la **STSJ del País Vasco de 1 de febrero de 2005**, I.L. J 680, resuelve sobre una errónea aplicación de la normativa sobre la ejecución de sentencias de despido en



supuestos de contratos temporales cuando la fecha de vencimiento de los mismos ya ha sido superada. El Tribunal recuerda la doctrina de que si el contrato de trabajo expira antes de la sentencia de despido no cabe la condena a la readmisión —por lo que pese a producirse en el caso en concreto en la sentencia de instancia— el erróneo fallo “no puede beneficiar a la empresa en su intento de deshacerse del trabajador sin indemnizarle bajo la apariencia de una readmisión amparada en derecho”, ni tampoco puede beneficiar al trabajador, que verá limitados los salarios de tramitación a la extensión temporal pactada en el contrato de trabajo.

#### **4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS**

##### **A) Contrato a tiempo parcial**

En relación con este tipo de contratos, cabe remarcar en primer término, las **SSTS (Sala General) de 21 de marzo de 2005** (recurso 4951/2003) y **STS de 4 de mayo de 2005**, I.L. J 991, que admiten la posibilidad de simultanear dos contratos a tiempo parcial temporales con una misma empresa, cuando los mismos obedezcan a diversas causas de temporalidad y tengan distinto objeto. Partiendo de esta posibilidad, no prohibida legalmente, se considera que el cese en uno de los contratos da derecho a percibir prestación por desempleo compatible con el segundo contrato a tiempo parcial. Probablemente, la solución es razonable dada la cuestión que se resolvía en concreto por parte del TS, esto es, la procedencia de la percepción de las prestaciones por desempleo puesto que no parece adecuado privar de ellas al trabajador en atención a la conducta de la empresa en relación con su contratación. Sin embargo, desde un punto de vista teórico, la cuestión es más compleja: no parece lógico que, con una misma empresa, puedan mantenerse dos contratos a tiempo parcial simultáneamente; y además es muy probable que por esta vía pueda darse esquinazo a una serie de normas imperativas en materia de trabajo a tiempo parcial.

Por otro lado, existe algún pronunciamiento del Tribunal Supremo que parecen consolidar un criterio de atribución de derechos en función de la parte proporcional de la jornada, aun cuando el contrato se haya reducido por motivos familiares. En este terreno, hay que hacer mención de la **STS de 15 de marzo de 2005** (recurso 10/2003). En la misma se desestima el derecho de los trabajadores con jornada reducida al importe íntegro del complemento de antigüedad. En su lugar, se considera ajustado a derecho, interpretando el convenio colectivo de aplicación, el reconocimiento de este derecho en una cuantía proporcional al de su jornada.

##### **B) Contrato fijo discontinuo**

En punto a la protección social en este tipo de contratos en el caso de trabajadores agrícolas incluidos en el Régimen Especial Agrario, conviene destacar la **STS de 4 de mayo de 2005**, I.L. J 707, que declara que no procede el percibo del subsidio de incapacidad

## IV. Modalidades de Contratación

temporal si en la fecha del causante el trabajador se encontraba en situación inactividad laboral. El Alto Tribunal se apoya en que el fin del subsidio es compensar las pérdidas de rentas salariales que no se dan en los períodos de inactividad laboral.

Más específicamente, cabe hacer mención de la **STS de 17 de mayo de 2005**, I.L. J 920, que aplica la regla general en la relación laboral especial de los artistas de temporalidad en la prestación de los servicios, y no la de la fijeza discontinua.

## 5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

### A) Contratos laborales y contratos administrativos

De entrada, tiene cierto interés la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de febrero de 2005**, I.L. J 632, que resuelve una pretensión sobre el derecho a una reducción de una hora de jornada diaria sin merma de retribución de una trabajadora que reúne la condición de personal estatutario. La sentencia entiende que pese a que el Decreto 34/1999, de la Generalitat Valenciana excluye del ámbito de su aplicación al personal de Instituciones Sanitarias, el no reconocimiento de este derecho —que sí se otorga al resto del personal laboral y funcionario de la Generalitat Valenciana— supone una vulneración del derecho a la igualdad.

Por su parte, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de marzo de 2005**, I.L. J 693, abunda en la doctrina de declarar la competencia del orden jurisdiccional social para declarar la existencia de un contrato administrativo o una relación laboral.

### B) Contratación laboral: Irregularidades en la contratación laboral

En relación con la figura jurisprudencial del contrato indefinido pero no fijo de plantilla debe mencionarse en primer término, la **STS de 21 de marzo de 2005**, I.L. J 765, que interpreta en un sentido restrictivo la posibilidad establecida en convenio colectivo de dar la opción al trabajador en los supuestos de despido improcedente, de manera que este derecho de opción sólo lo tienen cuando en origen es contratado fijo. En un sentido similar, la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de febrero de 2005**, I.L. J 806, establece que en los supuestos donde se aplica la figura del contrato indefinido, pero no fijo, la posibilidad establecida en convenio colectivo de dar la opción al trabajador en los supuestos de despido improcedente debe ser objeto de interpretación restrictiva. De esta suerte, se entiende que esta posibilidad no está prevista para aquellos supuestos en que la administración utiliza de manera incorrecta la contratación temporal.

En segundo término, la **STSJ de Castilla-León (Valladolid) de 14 de marzo de 2005**, I.L. J 695, aplica la figura del contrato indefinido no fijo ante la superación del límite de los seis meses en la interinidad por vacante en la Administración Pública, calificando la posterior cobertura definitiva de la vacante como causa lícita de extinción de este contrato.

En otro orden de cosas, cabe reseñar nuevamente en este período algunos pronunciamientos sobre el cese de trabajadores interinos por cobertura de las vacantes en la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos. En concreto, la **STSJ de Cantabria de 17 de febrero de 2005**, I.L. J 605, se ocupa de determinar que una vez producida la transformación de la naturaleza jurídica de la entidad empresarial no puede aplicarse la doctrina de los efectos de las contrataciones irregulares en la Administración pública. De este modo, la cobertura de vacantes no puede determinar el cese de trabajadores fijos de plantilla. Sin embargo, en sentido contrario, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de marzo de 2005**, I.L. J 633, entiende que si el contrato devino indefinido pero no fijo de plantilla cuando la entidad empleadora aún reunía la condición de Administración Pública sí cabe que la cobertura de vacantes pueda determinar el cese de los trabajadores indefinidos pero no fijos. También aplica esta figura en supuestos de irregularidades en la contratación de esta entidad empresarial la **STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2005**, I.L. J 900.

Finalmente, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 31 de marzo de 2005**, I.L. J 954, establece que en un supuesto donde se reconoce el carácter fijo del personal laboral, el cese por cubrirse la plaza a la que estaba adscrita supone un despido improcedente. En cambio, en los supuestos donde se declara el carácter indefinido, pero no fijo, el cese por cubrirse la plaza supone una extinción lícita (**STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 22 de abril de 2005**, I.L. J 978).

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) Plus de penosidad, peligrosidad y toxicidad. Médico general de centro de atención a minusválidos psíquicos. B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. a) Vulneración del derecho a la igualdad salarial. Dos diferencias retributivas en el complemento de antigüedad en función de la fecha de ingreso. b) Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos. Paga de resultados. Derecho a su percibo por los trabajadores temporales. Unificación de doctrina. C) Fondo de Garantía Salarial. a) Excepción de prescripción opuesta por el FOGASA, respecto de la deuda que los trabajadores reclaman al empresario, en el proceso seguido frente a la empresa como obligada directa, y en el que fue citado cumpliendo con el mandato del artículo 23.2 LPL: respuesta expresa en el fallo de la sentencia a la excepción planteada por el FOGASA. b) Responsabilidad subsidiaria: procede. Indemnización y salarios de tramitación por despido improcedente pactados en conciliación judicial. c) Responsabilidad directa. El porcentaje que debe abonar el FOGASA se calcula sobre los años de servicio en la empresa y no sobre la antigüedad pactada. d) Responsabilidad directa: procede. Profesor de enseñanza privada que cesa en la empresa docente, de plantilla inferior a 25 trabajadores, por la causa prevista en el artículo 52.c) ET y que es recolocado en otro centro de enseñanza concertado con respeto de su antigüedad inicial. e) Responsabilidad directa: no procede. Despido objetivo que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa compuesta por más de cinco trabajadores. **2. Jornada de**

**trabajo.** A) Calendario laboral. a) Fiestas locales. Indisponibilidad unilateral por el empresario. B) Horario. a) Modificación por curso de estudios. No procede si no existe turnicidad en la empresa. b) Minoración unilateral por parte del empresario. No conlleva pérdida de días de libre disposición. C) Horas extraordinarias. a) Retribución y compensación. El artículo 35.1 del ET no es disponible mediante la negociación colectiva. **3. Clasificación profesional.** A) Objeto del proceso especial de clasificación profesional. B) Fijo discontinuo, fraude en la contratación temporal y categoría profesional. **4. Movilidad funcional.** A) Retribuciones por realización de

funciones de superior categoría y asignación por órgano administrativo incompetente.

B) Personal laboral del Ministerio de Defensa, cuestiones varias: derecho a la retribución de las funciones superiores desempeñadas, modalidad procesal, y prescripción de la acción.

**5. Movilidad geográfica.** A) Movilidad geográfica. Desplazamiento. Derecho al retorno al centro de origen del trabajador. Convenio colectivo. B) Traslado de residencia laboral. Indemnización por traslado forzoso. Desestimación. Interpretación del Convenio Colectivo. C) Tutela judicial derecho a la indemnidad. Concepto. Vulneración traslado dentro de la localidad, a un

puesto de trabajo en la calle (vigilante de seguridad). *Ius variandi*. Límites. Respeto de los derechos fundamentales.

**6. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.** A) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Jornada y horarios. Conflicto colectivo. Adecuación del procedimiento. B) Conflicto colectivo. Jornada laboral. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Necesidad de constitución de una mesa negociadora. C) Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Jornada. Prima la realmente existente sobre la teórica.

Modificaciones colectivas. Necesidad de negociación colectiva. Nulidad del consentimiento individual. Vulneración del derecho de libertad sindical. D) Conflicto colectivo. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Modificación del horario laboral que supone modificación de la jornada acordada unilateralmente por la empresa. Procedimiento. Conflicto colectivo. Adecuación. Requisitos. E) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Supuestos. Existencia: alteración del horario de salida y regreso de autobuses. Nulidad, por no seguir los trámites del artículo 41 ET. Caducidad: inexistencia. Procedimiento ordinario.

F) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Concepto. Cambio a 13 Km del centro de trabajo. Incumplimiento de requisito formal. Nulidad de la modificación. G) Conflicto colectivo. Estimación. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Nulidad. H) Conflicto Colectivo. Desestimación. Cambio de jornada laboral concurriendo razones económicas, técnicas y organizativas. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Inexistencia.

I) Rescisión contractual indemnizada. Estimación. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. *Mobbing*. Doctrina científica y jurisprudencial. Dificultad probatoria. J) Modificación

sustancial de las condiciones de trabajo. Causa de la modificación: mejora de la situación de la empresa, no la “crisis de la empresa”. No tiene que acreditar situaciones económicas negativas.

**7. Excedencias.** A) Excedencia voluntaria: negativa al reingreso. Acciones ejercitables.

B) Excedencia y prestaciones por desempleo.

### CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2005 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 589 a J 1107).

### 1. SALARIO

#### A) Definición y composición de la estructura salarial

##### a) Plus de penosidad, peligrosidad y toxicidad. Médico general de centro de atención a minusválidos psíquicos

Según doctrina judicial, para determinar si existe penosidad, toxicidad o peligrosidad del puesto de trabajo, es preciso hacer una comparación del puesto de trabajo de cuya calificación se trata con un nivel o estándar de normalidad y, si estas circunstancias se dan significativamente más elevadas, entonces, concurre el supuesto de hecho que da lugar a su percepción. El estándar no es otro que el proporcionado por los puestos correspondientes a la categoría profesional o nivel salarial contemplado en el Convenio Colectivo en que se encuadra el puesto de trabajo objeto de calificación que determina el salario fijado para tal categoría profesional, mediante el que se retribuye la ordinaria o normal penosidad, peligrosidad o toxicidad que supone el puesto. En definitiva, lo que retribuye el citado plus son supuestos extraordinarios en que se supera el nivel normal de tales circunstancias y la habitualidad viene determinada por su retribución mantenida en el tiempo en que se solicita el abono del plus, contraria a la retribución de circunstancias no habituales en el puesto de trabajo que sin embargo, en todo caso, deberán ser consideradas para la adopción de medidas de seguridad oportunas y su prevención.

Teniendo en cuenta la doctrina apuntada, la **STSJ de Cantabria de 9 de marzo de 2005**, I.L. J 688, estima la percepción del referido plus en el supuesto de un Técnico superior médico general que presta servicios en el “Centro de Atención a Minusválidos Psíquicos de Sierrallana” (Consejería de Sanidad, Consumo y Bienestar Social del Gobierno de Cantabria). Argumenta la Sentencia que en el Convenio Colectivo de aplicación se contempla la categoría profesional de técnico superior, servicios como médico general, el único, adecuados a su nivel profesional. No obstante, en el centro de internamiento de destino el trabajador está expuesto a conductas agresivas de los internos por sus deficiencias psíquicas. Por este motivo, se adoptan medidas preventivas dirigidas a evitar la aparición de conductas anómalas mediante pautas de tipo modificativo o aversivo, implantadas por el Técnico Superior Psicólogo; otras son las medidas de tipo medicamentoso, mediante la aplicación de fármacos psicoactivos indicados por el Técnico Superior Médico; y, si todo ello fracasa, en momentos concretos y con supervisión facultativa, es precisa la contención mecánica. Estas medidas hacen aminorar las conductas de riesgo, pero es imposible asegurar su no aparición, dada la naturaleza imprevisible de las personas residentes en el CAMP, con lo que el demandante está expuesto a riesgos que son frecuentes, en el senti-

do, no de la concurrencia habitual de accidentes de trabajo, sino de su exposición a los mismos a lo largo de su jornada de trabajo. De acuerdo con lo dicho, se deduce que sus condiciones de trabajo no vienen retribuidas con el nivel salarial de su categoría profesional A-11, puesto que en su ejercicio habitual, no están los técnicos superiores, ni los médicos de medicina general expuestos, a los concretos y habituales riesgos descritos de agresión de disminuidos psíquicos, que no es propio del ejercicio de la categoría genérica desarrollada. Todo lo expuesto conlleva la habitualidad precisa para el reconocimiento del abono del plus reclamado, lo que no obsta a que deban ser también adoptadas las medidas preventivas adecuadas.

## **B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación**

### **a) Vulneración del derecho a la igualdad salarial. Dos diferencias retributivas en el complemento de antigüedad en función de la fecha de ingreso**

La STS de 20 de abril de 2005, I.L. J 736, analiza la demanda de nulidad del artículo 10 del Convenio Colectivo de la empresa “Transportes Generales Comes”, referido al premio de antigüedad y premio de vinculación por cuanto dicho precepto fija una diferencia retributiva en función de la fecha de contratación.

Resuelve la cuestión el Tribunal Supremo señalando que si bien es cierto que en el Convenio Colectivo se pueden establecer determinadas diferencias en función de las distintas actividades laborales y de las peculiaridades de cada una de éstas, sin embargo, cuando se trata de la retribución salarial por trabajos iguales es obvio que el principio general debe ser el de que “a igualdad de trabajo igualdad de retribución”, por lo que resulta carente de toda fundamentación razonable el establecer una diferencia retributiva en función de la fecha de contratación por cuanto esto rompe el principio del equilibrio entre retribución y trabajo.

Añade el Tribunal que si la diferencia retributiva por el concepto de antigüedad que se pactó en el artículo 10 del Convenio hubiera tenido una justificación distinta a la que se invoca, cual es la fecha de ingreso en el trabajo, podría admitirse la constitucionalidad de dicho precepto, pero, cuando como aquí ocurre, el único elemento de diferenciación se halla en la fecha de incorporación del trabajador a la empresa hay que entender que, pese a la desregulación producida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, y a las posibilidades conferidas al respecto a la autonomía de las partes del contrato de trabajo, no cabe considerar como razonable la diferencia de retribución que se establece entre unos y otros trabajadores, simplemente por el hecho de haber ingresado en la empresa en una fecha distinta.

Se plantea el Tribunal Supremo el supuesto en el que la norma convencional se hubiera suprimido de futuro el complemento de antigüedad para todos los trabajadores del sector, reconociendo, únicamente, como derecho adquirido, el consolidado por los trabaja-

## V. Dinámica de la Relación Laboral

dores hasta el 31 de mayo de 1995. En este caso, nada habría que objetar, pero lo que no resulta aceptable es el que, en función simplemente de la fecha de ingreso en la empresa, se establezca una diferente modalidad de abono del complemento de antigüedad con muy gravosas consecuencias económicas para los trabajadores ingresados con posterioridad al 1 de junio de 1996.

Finalmente, el Tribunal considera insuficiente la pretérita y ya superada situación de crisis económica por la que atravesó dicha empresa, como argumento legitimador del régimen de desigualdad descrito.

La STS de 23 de marzo de 2005, I.L. J 783, resuelve un supuesto semejante al anterior en parecidos términos y argumentación. El Tribunal Supremo señala que en este caso la diferencia de trato no aparece justificada más que en la distinta fecha de ingreso de unos y otros trabajadores en la empresa, sin que concurra ninguna otra motivación basada en circunstancias objetivas legalmente lícitas, socialmente razonables y económicamente tanto cuantitativa como cualitativamente equilibradas y compensadas. Y que tampoco es asumible el argumento de que el convenio ha previsto ciertas medidas de fomento de empleo, para justificar el trato diferenciado a los grupos de los trabajadores pues para que la diferencia o desigualdad sea constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resulten de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos, juicio de proporcionalidad que en este caso concreto no se logra.

### **b) Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos. Paga de resultados. Derecho a su percibo por los trabajadores temporales. Unificación de doctrina**

La STS de 7 de abril de 2005, u.d., I.L. J 642, aborda la cuestión ciertamente debatida de si los trabajadores temporales de la Sociedad Estatal “Correos y Telégrafos”, unos con contrato de trabajo como personal interino y otros con contrato de trabajo eventual, tienen derecho a la paga de resultados, que vienen percibiendo exclusivamente los funcionarios y personal laboral fijo. El Tribunal Supremo aplica doctrina ya asentada en supuestos similares, señalando al respecto que debe rechazarse el diferente trato de uno y otro personal laboral cuando, como aquí sucede, no existen razones especiales que puedan justificar una diferencia de trato entre trabajadores fijos y no fijos a los efectos de la percepción del citado concepto retributivo, cuando en el colectivo afectado concurre la existencia de relaciones laborales que si bien no tienen la naturaleza de fijeza en plantilla sí suponen la realización de la misma actividad, aunque con carácter eventual.

**C) Fondo de Garantía Salarial****a) Excepción de prescripción opuesta por el FOGASA, respecto de la deuda que los trabajadores reclaman al empresario, en el proceso seguido frente a la empresa como obligada directa, y en el que fue citado cumpliendo con el mandato del artículo 23.2 LPL: respuesta expresa en el fallo de la sentencia a la excepción planteada por el FOGASA**

En el supuesto que resuelve la STS de 28 de abril de 2005, I.L. J 846, se cuestiona si el FOGASA tiene o no derecho a alegar la excepción de prescripción de su posible responsabilidad subsidiaria respecto de la deuda que los trabajadores reclaman al empresario y a recibir en la sentencia un pronunciamiento expreso sobre ella.

Para responder a la cuestión planteada, se reitera la doctrina unificada mantenida en SSTs de 22 de octubre de 2002, I.L. J 2451, y de 24 de noviembre de 2004, I.L. J 2431, que resume en los siguientes puntos:

“1) de acuerdo con abundante jurisprudencia, la condición jurídica del FGS respecto de las obligaciones legales establecidas en los artículos 33.1 y 33.2 ET es semejante pero no idéntica a la del ‘fiador con responsabilidad subsidiaria’ del artículo 1822 del Código Civil (CC), definiéndose como la de un ‘peculiar ente asegurador’ que asume ‘el riesgo de pago a los trabajadores de salarios e indemnizaciones que no pudieron hacerse efectivas por el empleador por su carencia patrimonial’; 2) ‘en atención a este carácter de asegurador público’ el FGS es ‘parte formal o procesal’ en los casos previstos en el artículo 23.2 LPL, posición que es la propia del ‘interviniente adhesivo’ al que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) ordena considerar ‘parte en el proceso a todos los efectos’ (artículo 13.3 LEC); 3) aunque el FGS no sea ni parte principal ni interviniente litisconsorcial en las reclamaciones de los trabajadores frente al empresario, la legislación procesal y la jurisprudencia le han reconocido ‘plenas facultades de actuación’ en dichos procesos, en atención a la singular función que desempeña (...); y 4) en conclusión ‘la formulación por el Fondo de la excepción de prescripción amparada en el artículo 1975 CC exige una respuesta expresa del órgano jurisdiccional no sólo en los fundamentos sino también en el fallo de su sentencia’.”

**b) Responsabilidad subsidiaria: procede. Indemnización y salarios de tramitación por despido improcedente pactados en conciliación judicial**

En SSTSJ de Valencia de 11 de febrero y de 3 de marzo de 2005, I.L. J 803 y 971, respectivamente, se aplica la doctrina establecida en la conocida Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002 (núm. C-442/2000) para estimar la responsabilidad del FOGASA en lo atinente a los salarios de tramitación por despido improcedente pactados en conciliación judicial.

Por lo que respecta a la indemnización por despido improcedente pactada en conciliación judicial se tiene en cuenta lo decidido por la Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 2004 (núm. C-520/2003) en donde se señaló, en síntesis, que:

“1. Corresponde al juez nacional determinar si el término ‘retribución’, tal como lo define el Derecho interno, incluye las indemnizaciones por despido improcedente. De ser así, dichas indemnizaciones están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su redacción anterior a la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987. 2. Cuando, según la normativa nacional de que se trate, los créditos correspondientes a indemnizaciones por despido improcedente, reconocidos en sentencia o resolución administrativa, estén comprendidos en el concepto de ‘retribución’, los créditos idénticos establecidos en un acto de conciliación como el que es objeto del caso de autos, deben considerarse créditos de los trabajadores asalariados derivados de contratos de trabajo o relaciones laborales y relativos a la retribución en el sentido de la Directiva 80/987 (...)”.

Partiendo de tales premisas, y de los conceptos con que se expresa nuestro Derecho interno, se concluye que está claro que según nuestra normativa nacional las indemnizaciones por despido no son salario, pero que no existe problema alguno en considerarlas retribución extrasalarial (en el sentido utilizado por el artículo 28 ET) e integrar las mismas dentro del término retribución, máxime teniendo en cuenta que respecto de los salarios de tramitación no existe duda alguna de que son retribución, aunque no constituyan una percepción salarial en el sentido técnico jurídico con que se define en nuestras normas. Todo ello conduce a declarar que los salarios, tanto de tramitación como los ordinarios, así como la indemnización por despido entrarían dentro del término retribución a que alude la Directiva 80/987/CEE mencionada, y que su pago, acordado en acto de conciliación judicial, genera la obligación de abono por parte del FOGASA en caso de insolvencia del empresario, con los topes y límites aplicables.

### **c) Responsabilidad directa. El porcentaje que debe abonar el FOGASA se calcula sobre los años de servicio en la empresa y no sobre la antigüedad pactada**

Así se señala en STS de 14 de abril de 2005, I.L. J 698, que niega la vinculación del FOGASA a la antigüedad pactada, superior al tiempo de prestación de servicios en la empresa, al efecto de determinar la parte de la indemnización que le corresponde ex artículo 33.8 ET.

Indica el TS que en anterior STS de 12 de diciembre de 1992 (recurso 679/1992) se planteó la cuestión de si debe responder, o no, el FOGASA del 40% de la indemnización legal por expediente de crisis, cuando la pactada supere el tope máximo legal, cuestión a la que se respondió en sentido negativo dado que la responsabilidad establecida en el artículo 33.8 ET es un porcentaje (40%) de la indemnización legal, y no de la pactada. A ello se añade que el acuerdo de asignar al trabajador una antigüedad superior a la le-

galmente determinada por el tiempo de prestación de servicios en la empresa a efectos indemnizatorios produce en definitiva el efecto de una indemnización pactada superior a la legalmente establecida, de modo que su tratamiento debe ser el mismo, salvo que se acreditara que tuvo origen en la subrogación por sucesión empresarial, en cuyo caso el artículo 44 ET impone el mantenimiento del mismo contrato de trabajo.

**d) Responsabilidad directa: procede. Profesor de enseñanza privada que cesa en la empresa docente, de plantilla inferior a 25 trabajadores, por la causa prevista en el artículo 52.c) ET y que es recolocado en otro centro de enseñanza concertado con respeto de su antigüedad inicial**

En el supuesto que resuelve la STS de 18 de febrero de 2005, I.L. J 670, se cuestiona si procede o no el abono de la indemnización fijada en el artículo 33.8 ET en caso de profesores que cesan en la empresa docente en que prestaban sus servicios, de plantilla inferior a 25 trabajadores, en base al artículo 52.c) ET y que son recolocados en otro centro de enseñanza concertado, con respeto de su antigüedad inicial, por aplicación de un determinado acuerdo para el mantenimiento del empleo en el sector suscrito por el centro.

El TS responde afirmativamente a dicha cuestión señalando, básicamente, que la recolocación no supone la continuidad de la relación contractual anterior, que se extinguió conforme lo previsto en el artículo 52.c) ET, sino el nacimiento de un nuevo contrato, con diferente empleador, y que la finalidad de la indemnización cuestionada es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida del puesto de trabajo para cuyo desempeño había sido contratado por la empresa que lo despidió. Se concluye que dicho perjuicio se ha producido teniendo en cuenta dos datos; por un lado, que el nuevo contrato ha sido concertado bajo la modalidad de contrato a tiempo parcial, con una jornada equivalente al 72% de la jornada habitual, y, por otro lado, que en virtud del mencionado acuerdo de recolocación sólo se reconoce a los profesores la antigüedad en el centro de origen a efectos retributivos, pero que a efectos de posibles indemnizaciones posteriores se toma como referencia la fecha de inicio de la relación laboral en el centro receptor.

**e) Responsabilidad directa: no procede. Despido objetivo que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa compuesta por más de cinco trabajadores**

En STSJ de Cantabria de 13 de abril de 2005, I.L. J 975, se aplica el criterio contenido en SSTS de 14 de diciembre de 1999, I.L. J 1954, y de 24 de septiembre de 2002, I.L. J 1899, en donde señaló el TS que para que se le pueda exigir al FOGASA el pago de la cantidad correspondiente a las extinciones por despido objetivo del artículo 52.c) ET o por despido colectivo del artículo 51 ET a que se refiere el artículo 33.8 ET se requiere del cumplimiento del supuesto de hecho descrito en la norma.

Por ello, si la extinción supera los baremos fijados para despedir por circunstancias objetivas, y se lleva a cabo acogiendo al empresario a lo que dispone el artículo 52.c) ET, no existe legalmente despido objetivo, puesto que para ello, no sólo se han

## **V. Dinámica de la Relación Laboral**

de cumplir las exigencias formales del artículo 53 ET, sino que además es preciso que se respeten con rigor y exactitud los límites numéricos y temporales que establece el artículo 51.1 ET. En este caso, si no existe despido objetivo ni tampoco se ha tramitado el procedimiento de regulación de empleo que exige el despido colectivo, no puede aplicarse, en consecuencia, la responsabilidad que le asigna al FOGASA el mencionado artículo 33.8 ET.

### **2. JORNADA DE TRABAJO**

#### **A) Calendario laboral**

##### **a) Fiestas locales. Indisponibilidad unilateral por el empresario**

Fuente recurrente de conflictos en las relaciones laborales, viene siendo la disponibilidad de los días de disfrute correspondientes a las fiestas locales, bien sea por decisión unilateral del empresario o bien por negociación colectiva.

La STSJ de Navarra de 17 de enero de 2005, I.L. J 813, resuelve sobre la disponibilidad unilateral por el empresario de citadas fiestas, con motivo de la elaboración del calendario laboral.

Tras analizar de forma conjunta el contenido del artículo 34.6 del Estatuto de los Trabajadores (que establece la obligación de negociar el calendario laboral) y del 37.2 del mismo cuerpo legal, concluye la Sala de Navarra que las fiestas locales constituyen norma de derecho necesario, cuyo disfrute tan sólo puede ser alterado mediando acuerdo entre las partes vía negociación colectiva.

En el supuesto que analiza la Sentencia, empresa y trabajadores habían pactado en años anteriores (2002 y 2003) el disfrute de la fiesta local en día distinto al fijado gubernativamente. No obstante, para el ejercicio 2004 no se llegó a ningún acuerdo, por lo que la empresa, sin previa negociación, fijó en el calendario laboral el disfrute de esta fiesta local en fecha distinta a la fijada oficialmente.

Anula la Sentencia citado pronunciamiento, por la inexistencia de negociación previa concluyendo que:

“(…) la consideración de festivo del día 3 de diciembre viene impuesta por una norma de mínimo (artículo 37.2 del ET) que únicamente podrá alterarse, como de hecho sucedió en los dos años precedentes a través de la negociación entre empresarios y trabajadores”.

Sobre la misma materia, realiza una interpretación distinta la STSJ de Castilla y León de 21 de febrero de 2005, I.L. J 461. Para esta Sala el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores es una norma de mínimos que ni siquiera puede ser alterada por la vía de la negociación colectiva (Derecho necesario absoluto o norma *Ius Cogens*).

En el supuesto que contempla esta Sentencia, el calendario laboral pactado con los representantes de los trabajadores, fijaba para el disfrute de la fiesta local fechas diferentes a los señalados en la Resolución de la Oficina Territorial de Trabajo de la Delegación Territorial de León de la Junta de Castilla y León.

Entiende citada Sentencia que si bien el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores permite a la Comunidad Autónoma modificar el calendario fijado por la Administración del Estado, esta potestad no es extensible a los ciudadanos particulares ni siquiera por la vía de la negociación colectiva.

Las razones que fundamentan esta decisión, descansan entre otras en la finalidad buscada por la norma con la fijación de estas fiestas y que trasciende al mero descanso físico. El cese general de la actividad en el día señalado para la festividad local, vendría impuesto a fin de conseguir la adhesión social mediante la celebración colectiva de un determinado acontecimiento de naturaleza cívica, social, cultural o religiosa.

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Galicia de fecha 18 de junio de 1996 (recurso 240/1996).

## **B) Horario**

### **a) Modificación por curso de estudios. No procede si no existe turnicidad en la empresa**

¿Cabe solicitar de la empresa cambio de horario para cursar una licenciatura cuando el trabajador se encuentra adscrito a un turno único?

Es esta la cuestión que analiza la **STSJ de Madrid de 14 de febrero de 2005**, I.L. J 617, en la que un trabajador que presta servicios en una empresa con turno fijo (tres días en horario de mañana y dos días en horario de tarde) interesa que se le adscriba a turno de mañana para así poder cursar en horario de tarde sus estudios de licenciatura de derecho.

La pretensión es desestimada por la Sala de Madrid la cual interpreta el artículo 23.1 del Estatuto de los Trabajadores y concluye que citado precepto en su apartado primero, sólo permite la elección de turno para cursar licenciaturas cuando en la empresa esté establecido un sistema de turnos rotatorio, y no cuando el trabajador se encuentre sometido a un turno fijo.

Citada Sentencia es objeto de un voto particular, que discrepa de la interpretación hecha en la Sentencia la cual califica de restrictiva. Para el Magistrado ponente del voto particular, el artículo 23.1 no distingue entre turnos fijos o rotatorios y en cualquier caso, debería primar el derecho del trabajador a la promoción profesional reconocida en el artículo 40 de la CE.

## V. Dinámica de la Relación Laboral

La idea expresada en el voto particular coincide con la señalada por el Gabinete Técnico del TS al comentar la STS de 25 de octubre de 2002 (recurso 4005/2001).

Señala citado Gabinete Técnico que:

“(…) el derecho que otorga el artículo 23.1.a) del ET EDL 1995/13475 a elegir turno para compaginar el trabajo con los estudios universitarios no está condicionado al sistema de turnos que tenga instaurado la empresa o a que los turnos sean fijos o rotatorios. Hay que rechazar toda interpretación que imponga al derecho invocado otras limitaciones distintas a las que son propias de su naturaleza”.

### **b) Minoración unilateral por parte del empresario. No conlleva pérdida de días de libre disposición**

La STSJ del País Vasco de 5 de febrero de 2005, I.L. J 622, concluye la persistencia del derecho de los trabajadores a disfrutar de los días de descanso por exceso de jornada previstos en la norma colectiva, aun cuando ese exceso de jornada no se haya realizado a causa de una modificación de horario realizada de forma unilateral del empresario, vulnerando lo regulado en convenio colectivo.

El conflicto afecta al personal laboral del Departamento de Justicia del País Vasco. El horario de éstos viene fijado en el convenio colectivo del personal laboral del País Vasco, a razón de 7,30 horas continuadas de lunes a viernes en horario de mañana.

Citado horario se vio reducido en época estival a 6,30 minutos por circular del Director de Recursos Humanos del Departamento, lo que suponía la minoración del exceso de jornada, y consecuentemente de los días de libre disposición por esta causa.

Concluye la Sala que el horario modificado por el Director de Recursos Humanos no se atiene a lo previsto en el convenio colectivo motivo por el cual:

“(…) surge el derecho a que el personal afectado disfrute de esos días que, caso de haberse observado una legal conducta, se hubiesen disfrutado con perfecto derecho por tal personal, lo que como se ha dicho, no acaeció porque se redujo la jornada laboral diaria en tal período estival”.

### **c) Horas extraordinarias**

#### **a) Retribución y compensación. El artículo 35.1 del ET no es disponible mediante la negociación colectiva**

En crónicas anteriores, ya hemos hecho referencia a la nueva línea jurisprudencial del TS, que inadmite de forma radical, declarando nulos, los convenios o acuerdos colectivos que pacten o permitan la retribución de las horas extraordinarias en precio inferior al que se tenga estipulado para la hora ordinaria.

En este caso, es la **STS de 30 de mayo de 2005**, I.L. J 1067, la que tras analizar la evolución legislativa del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, justifica el cambio de postura de la Sala de lo Social del TS sobre esta materia.

El criterio anterior que permitía negociar el valor de la hora extraordinaria por debajo del valor de la hora ordinaria quedó reflejado, entre otras, en la STS de fecha 27 de febrero de 1995 (recurso 981/2004), que señalaba con apoyo en otros fallos anteriores que:

“es lícita y válida la disposición o cláusula de un convenio colectivo en la que se fija el valor de la hora extraordinaria en cuantía inferior a la que resultaría de una interpretación excesivamente rigurosa del artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores pues tal cláusula encuentra apoyo en lo que establece el artículo 37.1 de la Constitución Española y los artículos 82 y siguientes del citado Estatuto, dado que la libertad negocial que a las partes sociales que intervienen en la negociación colectiva reconocen estos preceptos permite pactar módulos para el cálculo de las horas extraordinarias e incluso cuantías que resulten inferiores a las que derivan de la interpretación mencionada, pues esa libertad negocial que consagra el artículo 37.1 de la Constitución legítima que las partes sociales, a la hora de pactar las condiciones económicas, repercutan las subidas salariales convenidas en la negociación colectiva en la forma en que estimen más conveniente, en los distintos elementos de la estructura salarial, aunque ello suponga que la retribución de las horas extraordinarias no alcance aquella cuantía (...)”.

Este criterio ha sido superado en la actualidad por la Sentencia que comentamos y otras anteriores (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de fechas 14 de marzo de 2005, I.L. J 472; 21 de diciembre de 2004, I.L. J 257; 22 de diciembre de 2004, I.L. J 249; 12 de enero de 2005, I.L. J 36, 24 de febrero de 2005, I.L. J 529, 14 de marzo de 2005, I.L. J 472).

Se explica en todas ellas cómo la doctrina anterior se enmarcaba en un contexto en el que el valor de la hora extraordinaria había sido encarecido bruscamente por el legislador en el ánimo de erradicar la realización de las horas extraordinarias (primero en un 25% en la Ley de Jornada Máxima y después en un 50% con la Ley de Relaciones Laborales).

De esta manera cuando las horas extraordinarias en la negociación colectiva se pactaban por debajo de lo dispuesto en el Estatuto de Trabajadores (75% de recargo) se entendía lícito por la anterior jurisprudencia, máxime si el trabajador disfrutaba de otro tipo de compensaciones dentro de los mandatos legales.

Pero, con posterioridad se aprobaría la Ley 11/1994, la cual desgrava las horas extraordinarias, remitiendo a la negociación colectiva la fijación de su abono, que “en ningún caso” podrá ser inferior a la hora ordinaria.

Ante este cambio legislativo, entiende la Sala que no hay motivo que justifique mantener la disponibilidad del valor de la hora extra por la negociación colectiva, cuando el anterior recargo excesivamente gravoso (75%) ha desaparecido.

## V. Dinámica de la Relación Laboral

Es este el motivo por el que en la actualidad se sostenga que el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores se trata de una norma de derecho necesario absoluto que convierte en indisponible para la negociación colectiva la cuantía mínima de las horas extraordinarias.

En este sentido señala la Sala respecto al contenido del artículo 35.1:

“(…) Los términos en que actualmente se produce el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, al establecer que ‘en ningún caso’ el valor de la hora extraordinaria podrá ser inferior al de la hora ordinaria, hacen que, pese a lo dispuesto en el artículo 37.1 de la Constitución Española y en los artículos 82 y 85 del Estatuto de los Trabajadores, el Convenio Colectivo no pueda primar por encima de lo que establece la norma legal y ello, en razón a lo previsto en los artículos 3.1.a) y b) y 5º de la citada norma estatutaria”.

### 3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

#### A) Objeto del proceso especial de clasificación profesional

En cuanto al objeto de la modalidad procesal de clasificación profesional, transitarán a través de la misma las reclamaciones relativas al reconocimiento de una determinada categoría profesional o clasificación profesional en general del trabajador, pretensión que parte de la divergencia entre el encuadramiento profesional del trabajador y sus funciones (STS de 30 de diciembre de 1998). La normativa procesal y sustantiva –artículo 39.4 ET–, permite acumular o no la pretensión económica por diferencias salariales a la de clasificación profesional, acción principal frente a la primera que debe considerarse como subordinada (STS de 2 de diciembre de 1999).

Siguiendo la estela marcada por la STS (u.d.) de 2 de diciembre de 2002, I.L. J 2584 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1153/2002) en la tarea de delimitar el objeto del proceso especial de clasificación profesional, la STS de 6 de octubre de 2003, I.L. J 1481 (recurso 6/2003) reafirma el criterio del Alto Tribunal al manifestar que la modalidad procesal de clasificación profesional “debe utilizarse exclusivamente cuando la reclamación de categoría profesional esté fundada en el desempeño de actividades de categoría superior en la que son determinantes ‘los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado’, pero no cuando la clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en la interpretación de preceptos” (FJ 2º). Es decir, no cuando la resolución judicial no “depende o al menos no depende ‘exclusivamente’ de los cometidos laborales realizados por la actora, sino que ha de tener en cuenta otras consideraciones ‘de derecho’ y no ‘de hecho’”, consideraciones que en el caso de autos se correspondían con el encaje de las antiguas categorías profesionales de los distintos convenios colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas en los grupos profesionales del Convenio colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado, convenio cuyas previsiones debieron ser necesariamente interpretadas para la resolución de la controversia. En resumen, cuando para resolver la pretensión formulada es preciso recurrir a la interpretación del convenio colectivo aplicable la modalidad procesal adecuada es la del proceso ordinario. Consideraciones jurídicas que se reproducen en la SSTS (4ª) de 29 de

junio de 2004, (recurso de casación para unificación de doctrina 5017/2003) I.L. J 647 de 2005, y de 25 de abril de 2005, (recurso de casación para unificación de doctrina 1295/2004) I.L. J 913.

#### **B) Fijo discontinuo, fraude en la contratación temporal y categoría profesional**

La STSJ de Murcia de 18 de abril de 2005 (recurso 187/2005), I.L. J 870, conoce la solicitud de un trabajador, al que se adjudica la categoría de Auxiliar de Servicios Generales de Iberia, que demanda el reconocimiento de la categoría profesional de Agente Administrativo. El trabajador, que había venido prestando servicios mediante sucesivas contrataciones temporales a través de la modalidad de contrato eventual por circunstancias de la producción, es declarado fijo discontinuo por sentencia judicial. El citado pronunciamiento judicial completa el estatuto jurídico del actor en lo que a este instituto respecta considerando que “habiéndose reconocido una relación de fijeza discontinua sin que en aquel momento se precisara la categoría del actor, implícitamente se estaba admitiendo que era la última ostentada por aquél (Agente Administrativo)” en su contratación temporal. Estima, en consecuencia, la demanda.

### **4. MOVILIDAD FUNCIONAL**

#### **A) Retribuciones por realización de funciones de superior categoría y asignación por órgano administrativo incompetente**

Según la doctrina sentada por el Tribunal Supremo desde su Sentencia de 4 de junio de 1996, y seguida, por ejemplo, en la STS de 1 de febrero de 2005, I.L. J 665 (recurso de casación para unificación de doctrina 6153/2003), el derecho, ex artículo 39.3 y 4 ET, a la retribución por la realización de funciones de superior categoría no queda sin efecto porque formalmente su atribución no se haya realizado por el órgano administrativo que ostenta esa competencia en materia de personal. En palabras de esta última resolución judicial, “esto podrá ser un defecto del acto de atribución que determinará en su caso la anulabilidad del mismo –no es, desde luego, un supuesto de nulidad absoluta–, pero no libera a la Administración de la obligación de hacer frente, como empresario, a las consecuencias del ejercicio de su poder de dirección a través de una organización jerárquica con una cadena de mando que ella misma ha establecido y de la que debe responder”.

#### **B) Personal laboral del Ministerio de Defensa, cuestiones varias: derecho a la retribución de las funciones superiores desempeñadas, modalidad procesal, y prescripción de la acción**

El personal 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

## V. Dinámica de la Relación Laboral

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. Valga como muestra a estos otros efectos, 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.

Exponente de esta última problemática es también la **STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de abril de 2005** (recurso 1518/2003), I.L. J 1041, que conoce de la reclamación de cantidad de un auxiliar de servicios generales, especialidad gestión de almacén, encuadrado en el grupo profesional 6, que reclama las diferencias salariales con las funciones de Técnico de Actividades Técnicas, Mantenimiento y Oficinas, Grupo 4. Pronunciamiento interesante también por explicar la estructuración de la clasificación profesional de este Convenio en grupos profesionales, áreas funcionales, categorías y, en su caso, especialidades. E interesante, sobre todo, por desestimar la pretensión no sólo en base a negar la realización de funciones propias del área funcional y grupo cuyas retribuciones se demandan sino por considerar que “coadyuva” a tal decisión la carencia de la titulación convencionalmente exigida en el demandado grupo profesional 4, siendo la jurisprudencia de nuestro TS favorable a las reclamaciones salariales por ejercicio de funciones correspondientes a titulaciones no acreditadas pero cuya exigencia sea ex convenio colectivo.

Condición, la de Técnico de Actividades Técnicas, Mantenimiento y Oficinas, del Grupo 4, que ostenta el demandante en los autos correspondientes a la **STS de 12 de abril de 2005** (recurso 1739/2004), I.L. J 911, que conoce de la reclamación de encuadramiento profesional en el grupo profesional 3 motivada por presunto error en la asignación de nueva clasificación profesional en el tránsito desde el Convenio del Ministerio de Defensa al Convenio Colectivo Único. La Sentencia estima, en consonancia con la jurisprudencia consolidada del Alto Tribunal, que siendo la *ratio decidendi* una cuestión de interpretación de preceptos convencionales la modalidad procesal adecuada no es la de clasificación profesional. Por otra parte, estima prescrita la acción por transcurso de un plazo superior al año en su ejercicio tomando para la determinación del *dies a quo* la fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado del “Acuerdo sobre el sistema de clasificación profesional del Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado”.

## 5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

### A) Movilidad geográfica. Desplazamiento. Derecho al retorno al centro de origen del trabajador. Convenio colectivo

La cuestión que se plantea es la adecuación a derecho o no de la decisión del empleador que priva al trabajador de su puesto de trabajo que venía desempeñando desde hace 10 años en la Central Nuclear de Almaraz, una vez concluido el desplazamiento temporal, asignándole a partir de entonces un *status* de disponibilidad, es decir, a disposición del empleador en su domicilio en espera de que se le asigne un lugar en el que desempeñar su labor, ocupando su puesto otro trabajador, que hasta entonces era subordinado del demandante, percibiendo el salario pero sin las partidas ligadas al puesto de trabajo.

El Convenio Colectivo de empresa dispone la posibilidad de desplazar a los trabajadores hasta un límite de 9 meses, transcurridos los cuales se producirá el retorno inmediato del trabajador a su centro de origen, salvo que la empresa, por razones de servicio, considere que el trabajador deba mantenerse en dicha situación por más tiempo, pero con un tope máximo de 12 meses.

La Sala de lo Social en STSJ de Extremadura de 9 de marzo de 2005, I.L. J 638, señala, a la luz de la claridad del Convenio Colectivo, con una interpretación literal (artículo 1281 CC), “que una cuestión es que la empresa tenga centros móviles o itinerantes, y otra muy diferente es que la permanencia de la empresa en un centro de trabajo se subordine a la vigencia de la contrata, o que por la dedicación de la misma se imponga movilizar a su personal regularmente según las necesidades de servicio, razón por la cual se prevé la situación de desplazamientos con una flexibilidad superior a la prevista en el ET”. La cuestión es el derecho de retorno del trabajador a su centro una vez concluido el desplazamiento, derecho que se prevé con toda claridad en el Convenio y por tal se confirma la sentencia de instancia que declaró tal derecho.

### B) Traslado de residencia laboral. Indemnización por traslado forzoso. Desestimación. Interpretación del Convenio Colectivo

El trabajador fue trasladado de su residencia en Bilbao a la localidad de Durango, a lo que el trabajador formuló reclamación por indemnización en razón al traslado forzoso, lo que le fue desestimado por el Juzgado a quo al entender que el traslado no requería cambio de domicilio.

La Sala de lo Social en STSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2005, I.L. J 683, señala que “la cuestión litigiosa que se suscita (...) se reduce a determinar si para que nazca el correlativo derecho del trabajador es indispensable que el traslado obligue al cambio de domicilio (...) o basta con que así lo decida voluntariamente el afectado cuando la distancia de traslado sea superior a 20 Km (...)”. Por tanto la cuestión es determinar el

alcance de la norma colectiva, y así señala que las reglas de interpretación del Juzgado a quo es razonable y lógica.

Así destaca que el cambio de domicilio debe venir impuesto por el hecho mismo del traslado, es decir, porque sea notablemente gravoso mantener el anterior domicilio y desplazarse desde él a la localidad donde radique el nuevo centro de trabajo de forma diaria y no por factores extraños al mismo, como la exigencia de la empresa de que proceda a dicho cambio o la libre decisión del trabajador. Ello implica valorarse conjuntamente, entre otras circunstancias, la distancia entre el centro de origen y el de destino y entre ambos y el domicilio del trabajador, la comunicación entre el lugar de residencia y el nuevo centro de trabajo, los medios de transporte disponibles, la duración de la jornada laboral diaria, el número de días laborables, el horario de trabajo y los turnos de trabajo, el tiempo de desplazamiento, etc. Lo que pone de manifiesto la norma colectiva es la distinción entre traslados de entre 20 y 40 Km y de más de 40 Km a la hora de fijar la cuantía de la indemnización alternativa si no facilita la empresa vivienda. La Sala de lo Social confirmó la sentencia de instancia.

### **C) Tutela judicial derecho a la indemnidad. Concepto. Vulneración traslado dentro de la localidad, a un puesto de trabajo en la calle (vigilante de seguridad). *Ius variandi*. Límites. Respeto de los derechos fundamentales**

Entre trabajador (vigilante de seguridad) y la empresa, se inició, en el año 2003, una serie de desavenencias que culminaron en la presentación de dos demandas por parte de aquél en reclamación de derechos. En fecha 29 enero de 2004 el trabajador recibió comunicación de la empresa por la que se le hacía saber que el 31 de enero de 2004, pasaba a prestar servicios de parques, al entender la empresa un comportamiento desleal del trabajador al llevar a cabo comentarios negativos sobre la empresa. La sentencia de instancia estimó la demanda interpuesta por el trabajador entendiendo una vulneración por la empresa del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la indemnidad.

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 15 de marzo de 2005, I.L. J 896, mantiene el criterio de que la actitud de la empresa es vulneradora del derecho fundamental a la tutela judicial y para tal analiza la doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba o reglas de la misma y por ello examina el doble elemento de la prueba indiciaria, el primero en cuanto al trabajador le corresponde aportar el indicio razonable de que tal acto empresarial lesiona su derecho fundamental, y sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, “sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de los derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios”. La sentencia de la Sala de lo Social, señala que el ejercicio del poder de dirección y el *ius variandi* tiene como límites, entre otros, el respeto de los derechos fundamentales. Para ésta la decisión de la empresa no fue neutra, sino que aparece como reacción a las reclamaciones llevadas a cabo por el trabajador, y frente a la apariencia de represalia, la empresa se limita a alegar, sin prueba ninguna, que el actor llevó a cabo críticas de la citada. Tales alegaciones no

desvirtúan el “indicio” aportado por el trabajador, y, por tal, se confirma la sentencia del Magistrado *a quo*.

## 6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

### A) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Jornada y horarios. Conflicto colectivo. Adecuación del procedimiento

La STSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2005, I.L. J 629, analiza el procedimiento colectivo respecto a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, así lo recoge la doctrina del TS de 6 de marzo de 2001, 10 de abril de 2000, 18 de junio de 2001, 27 de mayo de 2004, y recoge diversos criterios para entender adecuado el proceso de conflicto colectivo. En concreto, el hecho de intentar articular por la vía de la negociación y se ha encauzado el cambio de horario y jornada por la vía del artículo 41 ET, respecto a una modificación de carácter colectivo. Este hecho implica *a priori* una apariencia de modificación colectiva y por tal adecuación al procedimiento del artículo 138 LPL. También como motivo, el que la modificación afecta en términos específicos a las diversas jornadas que cada uno de los trabajadores mantiene y por tal puede entenderse en términos hipotéticos un interés general en la modificación producida que varía unas condiciones específicas de los contratos de trabajo del colectivo afectado. “Por tanto no nos encontramos ante algo individual o al menos *a priori* no es éste el criterio que debemos asumir, pues es una instrumentalización colectiva la que se ha operado y sobre la misma habrá que enjuiciar si realmente es ella, o es otra (...)”, por tanto el cauce adecuado es el conflicto colectivo y por ello anula la sentencia de instancia.

### B) Conflicto colectivo. Jornada laboral. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Necesidad de constitución de una mesa negociadora

Los trabajadores de la empresa han venido trabajando en jornada pactada de 8 horas diarias de lunes a viernes, determinándose como días laborables en el año 2004, 210,75 días. La empresa notificó al Comité de Empresa el calendario para el año 2004 estableciéndose una jornada de 7,30 horas día, pasando a trabajar una jornada de 224,8 días. La sentencia de instancia declaró nula la modificación pues obvió el trámite de acuerdo por tratarse de una jornada de 8 horas establecida en Convenio Colectivo.

La STSJ del País Vasco de 8 de febrero de 2005, I.L. J 630, después de reiterar que la interpretación de los Convenios Colectivos corresponde al Juzgador de instancia, debiendo respetarse dicha interpretación, salvo que sea ilógica o irracional (SSTS de 19 de mayo de 2004, 1 de junio de 2004 y 17 de septiembre de 2004). Señala la mencionada sentencia que “si nos encontramos ante un Pacto Colectivo que no admite lugar a distorsión o interpretación unilateral por el empresario, en contra de lo preceptuado en el artículo 1256 del Código Civil, la conclusión no puede ser otra que la necesaria constitución de una mesa negociadora con un acuerdo que suplante el Convenio Colectivo, y, sentado ello,

hay una imposibilidad del empleador de modificar por la vía del artículo 41 ET, si no se alcanza dicho acuerdo entre los interlocutores sociales”.

### **C) Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Jornada. Prima la realmente existente sobre la teórica. Modificaciones colectivas. Necesidad de negociación colectiva. Nulidad del consentimiento individual. Vulneración del derecho de libertad sindical**

En los contratos de trabajo individuales de los trabajadores se preveía el trabajo de lunes a domingo, aunque en realidad, en virtud de los de los calendarios laborales nunca se trabajó en domingo. Asimismo en dichos contratos se otorgaba conformidad del trabajador con las modificaciones de turnos y jornada que la empresa introdujese en el futuro. Por la empresa se procedió a cambio de turnos en diversas secciones pasando a 21 turnos.

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 23 de marzo de 2005, I.L. J 6944, examina si se ha producido una modificación sustancial de condiciones de trabajo (jornada y horario, en este caso) y para ello ha de hacerse una comparación entre las condiciones de antes y después. En este supuesto la comparación debe ser con las existentes “en la realidad y no las teóricas fijadas en el contrato de trabajo o en cualquier otro documento”, por tanto debe primarse la jornada y horario real sobre la formal. Así la cuestión, no puede ser derogada según el artículo 41 ET, por los contratos o pactos individuales. “Ha de diferenciarse a estos efectos entre el consentimiento concreto y actual de un trabajador en una determinada modificación de sus condiciones de trabajo, que puede ser válido, y un consentimiento abstracto y de futuro, que habilite a la empresa para imponer al trabajador modificaciones de alcance, efecto y fecha imprecisos en el futuro, puesto que este segundo tipo de consentimiento no es sino derogación *uti singuli* de la norma legal, que constituye un suelo contractual, lo que determina la nulidad de la declaración de voluntad del trabajador que dispone *contra legem* sus derechos futuros”.

Asimismo examina que nos encontramos ante una modificación sustancial colectiva, y en este tipo de modificaciones el artículo 41 ET impone la obligación de negociación colectiva con los representantes lo que incumplió la empresa y por tal acarrea la nulidad de la modificación. “Esta obligación de la empresa implica un correlativo derecho a la negociación colectiva de los sujetos colectivos que representan sindicalmente a los trabajadores y dicho derecho no puede verse vaciado de contenido en base a una renuncia individual de los trabajadores afectados. Cuando el sujeto, que en el caso concreto es titular del derecho a la negociación colectiva, es un sindicato (directamente o a través de su participación en un órgano de representación unitaria) se estaría vulnerando el derecho a la libertad sindical (...)”. “(...) Se trata de mantener la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual de los trabajadores afectados, especialmente cuando la exclusión de todo procedimiento de negociación colectiva sobre la modificación de condiciones, que venía impuesta por el artículo 41 ET, carece de toda justificación y resulta arbitraria e irrazonable, por lo que la vulneración, a juicio de esta Sala, no solamente constituye una vulneración de la legalidad vigente, sino que afecta también al canon de enjuiciamiento puramente constitucional”.

**D) Conflicto colectivo. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Modificación del horario laboral que supone modificación de la jornada acordada unilateralmente por la empresa. Procedimiento. Conflicto colectivo. Adecuación. Requisitos**

El Convenio colectivo regula el horario de la jornada y la empresa en razón a un programa de limpieza interna semanal de unidades móviles fija un nuevo horario conllevando un incremento de tal una sola vez cada dos semanas en proporción de dos horas al día y que puede ser compensado con descansos dentro de los tres meses siguientes, ello determina el conflicto colectivo que a través del recurso de casación conoce la sentencia del TS que se examina.

La STS de 21 de abril de 2005, I.L. J 737, resuelve la cuestión de si se está ante una mera modificación de horario laboral y por tal dentro de las facultades atribuidas al empresario conforme disponen el artículo 20 ET y artículo 39 ET, o por el contrario se está ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo y que, al no haber seguido los trámites previstos en el artículo 41.4º ET, merece la declaración de improcedencia o nulidad. Aunque en principio parece que la modificación introducida por el empresario es del horario de un determinado grupo de trabajadores, “lo cierto es que la distinción entre jornada laboral y horario de trabajo siempre resulta clara, siendo notorio que la jornada establecida por Convenio habrá de reflejarse, siempre, en un horario, diario, semanal o mensual, que, en todo caso, no habrá de superar el tope máximo de aquélla”. Para la señalada sentencia, se ha producido una modificación unilateral de una condición sustancial del contrato de trabajo, cual es el horario de la jornada laboral diaria y para un determinado número de trabajadores de la empresa que excede el 10% de la plantilla de la misma, lo que atribuye al conflicto laboral planteado, el carácter colectivo, lo que supone por la empresa una modificación de la jornada diaria laboral de los trabajadores afectados que no halla amparo ni en lo previsto en el Convenio Colectivo ni en el posterior Acuerdo Colectivo (...) careciendo de las connotaciones imprescindibles conforme al artículo 41.2 ET, para poder calificar, de una parte, el presente conflicto planteado como meramente individual. “Los conceptos de jornada y horario laboral, aunque conceptualmente distinguibles, se entremezclan, sin embargo, en orden a su tratamiento y ponderación jurídica, toda vez que la jornada, ya sea, anual, mensual o diaria, se compone, en todo caso, de un número de horas determinado y cuando este último se altera esto puede repercutir, sin duda alguna, en la propia jornada laboral establecida”.

**E) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Supuestos. Existencia: alteración del horario de salida y regreso de autobuses. Nulidad, por no seguir los trámites del artículo 41 ET. Caducidad: inexistencia. Procedimiento ordinario**

La STSJ de Valencia de 16 de febrero de 2005, I.L. J 804, examina el supuesto de alteración del horario con incidencia en la entrada y salida, y ante la sentencia de instancia que anuló y dejó sin efecto la modificación operada, la empresa recurrente alega la caducidad de la demanda formulada, lo que es rechazado pues reitera la doctrina jurisprudencial que el plazo de 20 días sólo es aplicable cuando la modificación de condiciones sustan-

ciales de trabajo se hubiera hecho al amparo y por las causas previstas en el artículo 41 ET, en este supuesto no habiéndose seguido las previsiones legales señaladas no está afectada por el plazo especial de caducidad.

La Sala entiende que la decisión adoptada por la empresa, adoptada de forma unilateral, representó una modificación de carácter sustancial y no accidental, dada la alteración sobre el horario de salida y regreso del autobús que el personal afectado por el conflicto desde hacía muchos años, en concreto desde el año 1978 y hasta el año 2004, venían disfrutando del horario de forma constante y uniforme, no se trataba de una mera y aislada tolerancia (8,00 horas a 14,30 horas) por ello el cambio causado (7,20 horas a 15,00 horas) supone una modificación sustancial de carácter colectivo y al no haberse sometido a lo dispuesto en el artículo 41.2 y 4 ET supone que la medida adoptada unilateralmente sea nula.

### **F) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Concepto. Cambio a 13 Km del centro de trabajo. Incumplimiento de requisito formal. Nulidad de la modificación**

La STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2005, I.L. J 908, examina un supuesto de traslado a 13 kilómetros del lugar de prestación de servicios fijado en el contrato de trabajo, afectando a 31 trabajadores adscritos a las tareas nocturnas de pescadería y expedición, para lo cual dicha sentencia centra la atención sobre dos extremos: “qué calificación jurídica corresponde a la decisión empresarial de referencia desde el punto de vista de las facultades directivas del empleador, y qué procedimiento formal debe seguirse para su adopción de acuerdo con esa naturaleza”. Respecto a la primera cuestión al no tratarse de movilidad geográfica, pues no implica cambio de residencia (artículo 40.1 ET), el debate lo es si nos encontramos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Señala la referida sentencia que el “artículo 41 ET no tiene carácter cerrado y exhaustivo, pues esta interpretación iría en contra de la expresión ‘entre otras’, que precede al catálogo legal y que parecen indicar la existencia de *numerus apertus*, respecto a materias conexiones con las legalmente indicadas”. Respecto al concepto mismo de modificación sustancial, recoge la doctrina jurisprudencial en cuanto entiende que lo son las que sean de tal naturaleza que alteren o transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral en términos tales que pasen a ser otros de modo notorio. Asimismo, recogiendo la STS de 9 de diciembre de 2003, precisa que “el carácter sustancial de la modificación de condiciones de trabajo se refiere al alcance o importancia de la modificación y no a la naturaleza de las condiciones modificadas”. Para la señalada sentencia el cambio de centro de trabajo a una distancia de 13 Km supone una alteración del todo relevante, al tratarse de un reajuste del tiempo destinado a cubrir la distancia y máxime en un horario nocturno de los trabajadores afectados. Respecto a los afectados, un número de 30, la empresa recurrida no cuestiona la afectación colectiva, aunque se desconoce el porcentaje que supone en el ámbito de la empresa, por ello y no habiendo cumplido las formalidades del artículo 41.2 ET (período de consultas, ...), es por lo que concluye la sentencia en la nulidad de modificación sustancial operada, revocando la sentencia de instancia.

**G) Conflicto colectivo. Estimación. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Nulidad**

Los trabajadores de la empresa venían prestando servicios en tres turnos, procediéndose por la empresa a notificar al Comité de Empresa escrito por el que se modificaban las condiciones de trabajo relativas a horarios y descanso de los trabajadores de la línea de pan, afectando por ello al sistema de descanso al superarse en algunas semanas la jornada fijada en convenio colectivo de 38 horas semanales.

La STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2005, I.L. J 970, señala que “la condición laboral modificada afecta a la jornada laboral” y “por modificación en materia de jornada cabe entender tanto la que afecta a la duración de la pactada en convenio como al período de referencia en que debe cumplirse”. “Por consiguiente, estando acreditado que el artículo 11.2 del Convenio de empresa fija la duración de la jornada en 38 horas semanales, el nuevo sistema de turnos de trabajo, que implica el que los trabajadores del turno de tarde realicen unas veces un tiempo laboral que alcanza 45,6 horas semanales, supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo en materia de jornada pactada en convenio colectivo, que, como bien dice la juzgadora de instancia (...), no puede ser alterada unilateralmente por el empresario en ningún caso (...)”. Por tanto, no cumplidos los requisitos de la modificación sustancial colectiva, la Sala confirma la sentencia que declaró la nulidad de la medida empresarial.

**H) Conflicto Colectivo. Desestimación. Cambio de jornada laboral concurriendo razones económicas, técnicas y organizativas. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Inexistencia**

El horario en el departamento de producción lo era de 7,00 a 15,00 horas con 15 minutos de bocadillo. En el resto de los departamentos se realiza una jornada partida. Tras diversas reuniones con los representantes de los trabajadores la empresa notificó el cambio de horario de la sala de elaboración pasando a jornada partida. La sentencia desestimó la pretensión siendo recurrida por el sindicato demandante. La STSJ de Cantabria de 13 de abril de 2005, I.L. J 975, conoció del recurso y señaló que no cabe exigirse acuerdo con los representantes de los trabajadores (artículo 41.2 ET), pues, si bien, afecta a las condiciones de 11 trabajadores de 35 trabajadores, los trámites se cumplieron pues existió comunicación escrita previa de lo que se pretendía, pero sin llegar a acuerdo. Por último entiende la sentencia que “los trabajadores afectados por la medida son los únicos que tienen jornada continua, con lo que la implantación de la jornada partida para todos los empleados de la empresa contribuye a la coordinación con el resto de los departamentos y a una más adecuada organización de los recursos de la empresa”.

**I) Rescisión contractual indemnizada. Estimación. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Mobbing. Doctrina científica y jurisprudencial. Dificultad probatoria**

La STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de abril de 2005, I.L. J 1042, analiza el recurso formalizado por el trabajador y empresa sobre rescisión contractual en razón a una modificación sustancial de condiciones de trabajo (cambio de funciones de educador a talle-

res, sin disfrutar de despacho ni material de oficina). Dicha sentencia examina, respecto al recurso formulado por el trabajador, si ha sufrido mobbing en el ámbito del trabajo y después de analizar la doctrina y jurisprudencia llega a la conclusión que del relato de hechos probados no se dan los elementos de la figura de acoso laboral. Posteriormente se analiza el recurso de la empresa, por si se ha vulnerado el artículo 50 ET y señala, “lo que consta es que al actor se le han asignado con carácter definitivo (...) unas funciones distintas de aquellas que desempeñaba ya antes de su reincorporación tras el despido y también después de esta reincorporación en febrero, alternando así el contenido de la prestación laboral en los términos hasta entonces vigentes, todo ello en claro detrimento de su promoción profesional. Pero no sólo concurre una modificación sustancial como la descrita sino que además ésta supone para el actor su marginación del área de la responsabilidad que llevaba, siendo sustituido o privado de la totalidad de las funciones de mando anteriores y no llevando ya a cabo una sola de ellas, alejándole toda posibilidad de potenciación de sus cualidades profesionales y su experiencia, mostrándole en desgracia ante los demás compañeros trabajadores que le venían conociendo como jefe desde hace años con degradación profesional evidente”, por tanto, la conclusión es la existencia de causa para extinguir el contrato indemnizado al amparo del artículo 50 ET.

### **J) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Causa de la modificación: mejora de la situación de la empresa, no la “crisis de la empresa”. No tiene que acreditar situaciones económicas negativas**

La cuestión que examina la STS de 17 de mayo de 2005, I.L. J 1076, es el alcance y contenido de las “razones económicas, técnicas, organizativas y de producción” que, debidamente probadas, justifican la modificación de las condiciones de trabajo (artículo 41 ET), y más concretamente “precisar si estas razones requieren una situación de crisis de mayor o menor entidad en el conjunto de la empresa o en alguno de los elementos, o por el contrario se entiende bastante para apreciar su concurrencia que las razones invocadas y probadas puedan contribuir a la mejora de la situación de la empresa”. Señala dicho Alto Tribunal que “la interpretación literal del precepto reproducido inclina a pensar que no es la ‘crisis’ empresarial sino la ‘mejora’ de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo. Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas”. Interpretación literal que también se justifica con una interpretación sistemática de los preceptos, artículo 41 ET con los artículos 51 y 52.c) ET, pues estos preceptos son más rigurosos para los despidos económicos, imponiendo que las decisiones de la empresa contribuyan a objetivos muy exigentes, “garantizar la viabilidad futura de la empresa”, “superación de situaciones económicas negativas” (...), o una interpretación finalista, pues la “razón sustantiva de un tratamiento diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (“flexibilidad externa” o “adaptación de la plantilla”). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con la flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la “libertad de empresa” y de la “defensa de la productividad” reconocidas en el artículo 38 de la

Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de “reestructuración de plantilla”, la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la “libertad de empresa” y el “derecho al trabajo” de los trabajadores despedidos reconocido en el artículo 35 del propio texto constitucional”.

## 7. EXCEDENCIAS

### A) Excedencia voluntaria: negativa al reingreso. Acciones ejercitables

La STSJ de Valencia de 11 de febrero de 2005, I.L. J 809, recoge la tradicional doctrina jurisprudencial, plasmada, entre otras, en la STS de 21 de diciembre de 2000, I.L. J 2790, que recuerda la diferencia existente entre la utilización de la acción de despido y la de la acción de reingreso, acción, esta última, que deberá tramitarse por el procedimiento ordinario, al tiempo que señala que tales posibilidades de reacción por parte del trabajador son alternativas y no optativas. Resulta procedente ejercitar la acción de despido cuando la respuesta empresarial es reveladora de una inequívoca actitud de no reconocimiento del mantenimiento del vínculo, mientras que la segunda es procedente cuando no hay respuesta empresarial o se rechaza expresamente la petición de reingreso pretextando la falta de vacantes o circunstancias análogas.

### B) Excedencia y prestaciones por desempleo

La STS de 29 de diciembre de 2004, I.L. J 946, da respuesta al problema relativo a determinar si un trabajador en situación de excedencia voluntaria en una empresa, que trabaja luego para otra y es cesado en ella por decisión empresarial, se halla en situación de desempleo por el hecho de haber sido cesado en ella, o si, por el contrario, sólo podrá reconocérsele en dicha situación si previamente ha solicitado el reingreso en la empresa inicial.

Según la Sentencia, la problemática que plantea el recurso deriva de la especial situación en la que se halla quien ha solicitado y obtenido la excedencia voluntaria en una empresa cuando es despedido o cesa por cualquier otra causa legal en la nueva empresa en la que se hallaba prestando sus servicios durante aquel período de excedencia, cuando este cese se produce antes de finalizar dicho período, puesto que el trabajador se encuentra en desempleo real por el cese en la segunda entidad, pero también por haber solicitado voluntariamente la excedencia en la empresa anterior; y el problema se concreta en determinar si a pesar de hallarse voluntariamente en excedencia puede aceptarse que se halle en situación legal de desempleo teniendo en cuenta que la LGSS sólo protege de la contingencia de desempleo –artículo 203.1 LGSS– a quienes “pudiendo y queriendo trabajar pierdan su empleo”, o lo que es igual, a quienes hayan perdido un empleo y carezcan de él por razones ajenas a su voluntad.

## V. Dinámica de la Relación Laboral

La respuesta a ese problema viene determinada por la realidad jurídica de que quien se halla en situación de excedencia voluntaria no tiene reconocido el derecho a reingresar en la empresa hasta tanto no haya transcurrido el período por el que aquélla le fue concedida, y aun entonces sólo en el caso de que haya vacante de igual o similar categoría a la suya —artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores— o sea, no tiene derecho al reingreso más que al final del período de excedencia y aun así condicionado a la concurrencia de otros factores.

Consecuentemente, aun cuando un trabajador se encuentre en excedencia por su voluntaria decisión, de ello no se puede deducir que su situación de desocupado derivara de aquella decisión inicial, ni exigírsele para destruir la condición de desempleado involuntario el previo intento de reincorporarse a la empresa cuando carece de todo derecho a ello, porque todavía faltaba mucho tiempo para concluir el período de excedencia.

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ

DAVID LANTARÓN BARQUÍN (COORDINADOR)

FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

MONTSERRAT RUIZ CUESTA



**VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Extinción contractual y despido.** A) Causas de extinción contractual. **3. El despido disciplinario. Causas que lo motivan. 4. Extinción del contrato por causas objetivas.** A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET. **5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** A) La caducidad de la acción. **6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización. a) Salarios de tramitación. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, números 5 a 8 del año 2005.

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

La STSJ de Aragón de 2 de febrero de 2005 (recurso 48/2005), I.L. J 793, desestima la existencia de despido ante un supuesto de extinción contractual por finalización de la contrata. Su contenido se centra en el análisis de la extinción de un contrato para obra o servicio determinado, por finalización de la obra. Para la Sala:

“La modalidad prevista en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores tiene por objeto la realización de obras y servicios determinados con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta. En casos como el presente es claro que no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización. Sin embargo, existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésta es —es importante subrayarlo— una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible, en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste.”

Relativa a la extinción del contrato de trabajo **por voluntad del trabajador** (artículo 50 ET), la STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2005 (recurso 8425/2004), I.L. J 596, niega la existencia de dimisión del trabajador, en un supuesto en que el empleado, pese a no haber comunicado a la empresa su baja por incapacidad temporal, no acude al trabajo por hallarse en dicha situación y es despedido. 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; por lo que procederá efectuar los dos pronunciamientos solicitados, es decir: declarar improcedente su despido y estimar la demanda por extinción.”

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

En sentido análogo, las SSTSJ de Galicia de 28 de febrero de 2005 (recurso 349/2005), I.L. J 615 y de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 31 de marzo de 2005 (recurso 56/2005), I.L. J 955, razonan cómo para que pueda considerarse existente la dimisión de un trabajador es necesaria una actuación clara que demuestre el propósito de dar por terminado el contrato. Por ello, determinan la inexistencia en ambos supuestos de abandono del trabajador, cuando éste consiste en no acudir al puesto de trabajo durante varios días consecutivos, como consecuencia de un despido previo. Justifican el fallo en que:

“la inexistencia más o menos prolongada no es algo que mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión, sino que, y éste sería el resultado unificador de la presente resolución, se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante que el empleado desea terminar el contrato. Es evidente que en el presente supuesto en que las mismas se basan precisamente en la afirmación, aceptada por la sentencia de la instancia, de un despido previo, no pueden ser expresivas de un abandono unilateral del trabajador (...) dado que la situación de suspensión procede de una situación legal de obligado cumplimiento para el trabajador”.

De otro lado, diversas resoluciones judiciales razonan cómo para que la **modificación sustancial de las condiciones de trabajo** opere como causa de extinción del contrato es necesario, que la misma cause perjuicios al trabajador, y no existe presunción *iuris tantum* de perjuicios cuando éstos no han sido probados. Así las SSTSJ de Valencia de 17 de febrero de 2005 (recurso 3360/2004), I.L. J 800, y de 11 de febrero de 2005 (recurso 3201/2004), I.L. J 807, y la STSJ de Cataluña de 6 de abril de 2005 (recurso 9344/2004), I.L. J 915, determinan la existencia de perjuicios para el trabajador a causa del repetido cambio de las condiciones de trabajo permitiendo así la actuación del mecanismo resolutorio contractual que le concede la norma estatutaria. Fallan las Salas:

“Es evidente, conforme a una interpretación literal del párrafo 3 del señalado artículo 41 del texto estatutario, que la facultad de rescisión contractual por la modificación de las concretas condiciones esenciales de trabajo a que, el mismo se refiere, se halla condicionada a la existencia de perjuicios para el trabajador, por lo que si no se dan por concurrentes aquellos, no puede tener viabilidad dicha rescisión contractual. No es dable establecer, en tal sentido, una presunción *iuris tantum* de perjuicio para el trabajador en todo supuesto de modificación de las señaladas condiciones esenciales de trabajo, sino que, por el contrario y conforme a la normal interpretación del artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, debe admitirse por el Tribunal sentenciador la existencia de tales perjuicios, según el resultado de lo actuado en juicio. La impugnante alega una serie de perjuicios, pero ninguno de ellos resulta probado (afectación de la vida familiar, existencia de un hijo de corta edad cuya atención resulta mermada, etc.) En definitiva, siendo la modificación sustancial no se ha acreditado el perjuicio producido por lo que el recurso no puede prosperar al no haber incurrido la sentencia dictada en ninguna de la infracciones denunciadas.”

### 3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

La STSJ de Valencia de 24 de febrero de 2005 (recurso 4111/2004), I.L. J 891, niega que exista transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo, al faltar el requisito de culpabilidad, cuando se produce la utilización de bienes de la empresa con autorización de la misma, —en un caso—, y otros objetos que podían ser utilizados por los trabajadores en su beneficio —en otro caso—. Según la Sala:

“Así los hechos, en el terreno jurídico el adecuado estudio de la cuestión debatida exige tener en consideración que el artículo 54.2.d) del ET que se dice infringido ha sido interpretado por la doctrina jurisprudencial insistiendo en que las cuestiones situadas en el área disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de cosas, no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de enlazarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico de cada caso, pues en definitiva se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Por tanto, para llegar a la conclusión de que un incumplimiento contractual es grave y culpable se deben, como regla, valorar todas las circunstancias concurrentes no sólo en lo afectante al hecho cometido, sino también en lo relativo a la conducta y persona del trabajador y al entorno empresarial en que acontece.”

### 4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

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

La interpretación del despido por causas económicas o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [artículo 52.c) ET] es llevada a cabo en la STSJ de La Rioja de 1 de marzo de 2005 (recurso 39/2005), I.L. J 640. En ella se determina que el despido “objetivo” del recurrente fue adecuadamente calificado como improcedente, al tener origen la decisión extintiva del contrato de trabajo en la amortización del puesto de trabajo. Para la Sala: “en los despidos objetivos basados en causas técnicas, organizativas o productivas no es necesario que la causa alegada “haya de ser valorada y contrastada en la totalidad de la empresa”, bastando con que se acredite “exclusivamente en el espacio en el que se ha manifestado la necesidad de suprimir el puesto de trabajo” (STS de 13 de febrero de 2002, STS de 19 de marzo de 2002), con lo que la decisión de la sentencia recurrida en este punto sería conforme a la jurisprudencia y el motivo adolecería no sólo del requisito de identidad sustancial de los supuestos examinados, sino también de contenido casacional. En cualquier caso, de los anteriores razonamientos se desprende la necesidad de inadmitir este primer motivo del recurso.

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de febrero de 2005 (recurso 1874/2004), I.L. J 609, argumenta cómo para fundamentar el despido no es necesario que la crisis económica sea grave, profunda e irreversible. Basta que sea coyuntural o transitoria. El empresario debe acreditar que la extinción ayuda a la superación de la situación negativa. Para que la extinción sea improcedente debe constar la desconexión entre el puesto del trabajador y la causa. La Sala, en su FJ 2º, razona:

“Para considerar improcedente la extinción debe constar de manera muy clara la desconexión entre el puesto del trabajador seleccionado y la causa, pues en principio y con los límites generales antes aludidos habrá de reconocerse la posibilidad de elección de la empresa en virtud de sus facultades de dirección y control y de movilidad funcional. En el caso de la actora, era operaria de producción junto con otros 11 compañeros y aunque el momento del despido de forma habitual trabajaba en el modelo que se sigue produciendo, a lo largo de su contrato ha realizado diversas funciones y ha rotado en todas las actividades de la empresa, por lo que no existe una vinculación tan intensa con el puesto de trabajo —por circunstancias de preparación específica, dedicación permanente, u otras que pudieran considerarse— que permitan excluirla radicalmente de la afectación de la medida extintiva.”

La STSJ de Extremadura de 15 de abril de 2005 (recurso 142/2005), I.L. J 644, declara la procedencia de un despido por causas objetivas ante la existencia de pérdidas económicas importantes cuya consecuencia es el reajuste entre las fuerzas del trabajo y las necesidades de la producción. Para la Sala:

“Los hechos descritos evidencian una situación importante de crisis económica de tal manera que, la necesidad objetivamente acreditada de amortizar el puesto de trabajo concurre en su manifestación más apremiante de pérdidas continuadas del negocio. En estos supuestos, según jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS de 17 de abril de 1996) la acreditación de la razonabilidad en términos económicos del acuerdo de extinción de uno o varios contratos de trabajo suele ser más fácil ya que tal medida reduce directamente los costes de funcionamiento de la empresa aumentando con ello las posibilidades de superación de sus situación negativa.”

La STSJ de Valencia de 17 de febrero de 2005 (recurso 3312/2004), I.L. J 801, al abordar el estudio de la finalidad del despido por causas objetivas basado en causas económicas, lo identifica con la superación de situaciones económicas negativas. La Sala alega que el empresario no está obligado a adoptar medios complementarios, sino que basta con acreditar que la amortización del puesto ayude a superar la situación económica. Razona la Sala que:

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

Siguiendo la línea jurisprudencial señalada, la **STSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2005** (recurso 2992/2004), I.L. J 728, declara procedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de los trabajadores demandantes, dada “la existencia de pérdidas económicas de la empresa y el cese de la actividad empresarial”, alegando que “el empresario es libre de adoptar esta medida pues goza de albedrío para organizar su empresa” siempre y cuando acredite que la extinción ayuda a la superación de la situación negativa. Razona el TSJ:

“Acreditado por el empresario la existencia de pérdidas económicas y el cese efectivo de la actividad empresarial, se está en el caso legalmente correcto de proceder a la extinción contractual ostentando las trabajadoras el derecho a percibir las cantidades previstas en el artículo 53 del ET que en lo que se refiere a indemnización es de veinte días por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores y hasta un máximo de doce mensualidades” (I.L. J 1646).

Finalmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de marzo de 2005** (recurso 17/2005), I.L. J 960, juzga procedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, organizativas o de producción, concurrentes en un centro de trabajo. La Sala funda su fallo en que:

“Ninguna duda cabe que la redacción dada al citado precepto [artículo 52.c) ET] a raíz de su modificación por el RD-Ley 8/1997, de 16 de mayo, posteriormente convertido en Ley 63/1997, amplía considerablemente las posibilidades del empresario para acogerse a este privilegiado método de resolución de los contratos de trabajo, porque ya no es necesario que se encuentre en peligro la viabilidad futura de la empresa, como anteriormente se exigía, y basta que se pruebe la concurrencia de dificultades que inciden en el buen funcionamiento de la misma. La cuestión que se suscita, en segundo término, es si la necesidad de amortizar un puesto de trabajo es una circunstancia a valorar exclusivamente en relación con el centro de trabajo o la unidad productiva afectados por la medida o, por tener superior dimensión conceptual, habría de ponderarse en todo el ámbito de la empresa (...) A la vista de la unificación de doctrina, plasmada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero y 19 de marzo de 2002, en las que tras distinguir entre causas económicas y las organizativas y productivas, señalan que: 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, de manera que si lo que sobra es mano de obra y así se ha constatado como causa para la extinción de los contratos, la amortización de los puestos de trabajo es la consecuencia de tal medida y no impone la legalidad vigente la obligación del empresario de reforzar con el excedente de mano de obra en esa unidad otra unidad que se encuentre en situación de equilibrio.”

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La **STSJ de Aragón de 31 de enero de 2005** (recurso 1198/2004), I.L. J 789, declara improcedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de los trabajadores demandantes, al no estar justificada ni haber acreditado la concurrencia de la causa en que se basa para acordar la extinción de sus contratos. Para ello, la Sala, razona:

“El dato fáctico no consta debidamente acreditado y que se contradice con el hecho cierto de la realización de horas extraordinarias, en jornada ampliada de tarde, por parte de los dos trabajadores empleados. En atención a lo expuesto se ha de concluir por la Sala, que no consta debidamente acreditada la causa legal indicada en la notificación extintiva de fecha de 30 de abril de 2002, lo que ineludiblemente determina la declaración de improcedencia de los despidos de los trabajadores.”

Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2005** (recurso 8361/2004), I.L. J 724, declara improcedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de los trabajadores demandantes, al no estar justificada ni haber acreditado la concurrencia de la causa en que se basa para acordar la extinción de su contrato. La Sala argumenta:

“La calificación de despido improcedente es la que resulta aplicable a un despido en el que no se acredita la causa invocada por el empresario, sea ésta disciplinaria o de otra naturaleza, cuando no se está en ninguno de los supuestos del artículo 108.2 de la LPL. El denominado despido fraudulento, de creación jurisprudencial, no resulta ya conciliable con la nueva regulación de los efectos del despido. Esta doctrina es aplicable también a los supuestos en los que, como en el presente caso, se establece el motivo real del despido, pero éste no tiene la protección del ordenamiento, porque cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido la calificación aplicable es la de improcedente.”

## 5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO

### A) La caducidad de la acción

Diversas resoluciones judiciales rechazan la excepción de caducidad de la acción de despido. La **STSJ de Galicia de 7 de marzo de 2005** (recurso 5719/2004), I.L. J 862, rechaza la excepción de caducidad de la acción de despido, argumentando que el cómputo del plazo se reanuda a partir de la firmeza del auto que estima la declinatoria y no desde la fecha de notificación de dicho auto. Para la Sala:

“Si la acción estuviera sometida a plazo de caducidad se entenderá suspendida desde la presentación de la demanda hasta que la sentencia que estime la declinatoria quede firme.”

Asimismo, la **STSJ de Murcia de 4 de abril de 2005** (recurso 283/2005), I.L. J 871, desestima la excepción de caducidad de la acción de despido, en el supuesto en que, a pesar de no aportarse certificado de intento de conciliación, se deduce su existencia de la

alegaciones de la empresa, por lo que, en virtud del principio de conservación de los actos procesales, no procede la declaración de nulidad de las actuaciones. La Sala argumenta:

“Es claro, asimismo, que la conciliación extrajudicial se llevó a cabo. La empresa no denuncia su falta y, antes al contrario se desprende de sus alegaciones que el acto se realizó. Así las cosas, sería inútil, puramente formalista y opuesto al principio de conservación de los actos procesales que hoy recoge el artículo 230 de la supletoria LEC sancionar la infracción por el juzgador del artículo 81 de la LPL con la nulidad de lo actuado a partir de la admisión a trámite de la demanda al solo fin de otorgar al actor ocasión de remediar la falta de acreditación de un requisito cuya concurrencia no se debate. La estimación del recurso, por ello, debe limitarse a rechazar la caducidad de la acción que aprecia la sentencia y a devolver las actuaciones al órgano judicial de instancia, para que, sin repetición del juicio, dicte nueva resolución donde califique con plena libertad de criterio el despido litigioso y se pronuncie sobre las consecuencias inherentes.”

Finalmente, la **STSJ de Cataluña de 13 de abril de 2005** (recurso 434/2005), I.L. J 916, rechaza la excepción de caducidad de la acción de despido al determinar los sábados como días inhábiles en cuanto a su cómputo.

## 6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de despidos disciplinarios por la reiteración de diversas faltas continuadas. Así, la **STSJ de Aragón de 28 de febrero de 2005** (recurso 2/2005), I.L. J 795, y la **STSJ de Madrid de 19 de abril de 2005** (recurso 6465/2004), I.L. J 1047, revocan las sentencias de instancia y declaran la procedencia de los despidos efectuados a sendos trabajadores por la reiteración continuada de faltas de asistencia al trabajo, porque las Salas consideran que la existencia de faltas injustificadas en los supuestos enjuiciados están tipificadas como falta muy grave. Las Salas argumentan:

“La Sala no puede compartir el criterio de la juzgadora de instancia por cuanto, los actores justifican sus ausencias en un supuesto de despido verbal acaecido con fecha 10 de abril de 2002, sin que se haya acreditado por ningún medio de prueba el hecho del citado despido verbal, de modo que ineludiblemente las faltas de asistencia al trabajo devienen injustificadas, y tipificadas como un falta muy grave, susceptible de ser sancionada por la empleadora, con el despido, debiendo la Sala, declarar que la calificación empresarial es adecuada, y por ende, los despidos han de ser calificados como procedentes a tenor de lo dispuesto en el artículo 55.4 del ET.”

De otro lado, varias resoluciones judiciales declaran la procedencia de despidos disciplinarios por ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos [artículo 54.1.c) ET]. Así, las **SSTSJ de Cataluña de 3 de febrero de 2005** (recurso 6950/2004), I.L. J 675, y **de Valencia de 24 de febrero de 2005** (recurso 4111/2004), I.L. J 891, confirman la declaración de procedencia de

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

los despidos de dos trabajadores que incurren en un incumplimiento contractual grave y culpable al agredir físicamente a otros compañeros. Para las Salas las conductas probadas de los trabajadores:

“Constituye un incumplimiento contractual grave y culpable, recogido en el artículo 54.2.c) del Estatuto de los Trabajadores consistente en la agresión física a empresario o representante, que desde luego no viene justificada en modo alguno en previa provocación del agredido, tal como se desprende del relato de los hechos de la sentencia; incumplimiento que justifica la medida disciplinaria del despido adoptada por el empresario; por lo que el recurso debe desestimarse, confirmándose la sentencia de instancia por ser conforme a derecho.”

Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2005** (recurso 8477/2004), I.L. J 721, estima la procedencia del despido de un trabajador basado en incurrir éste en competencia desleal, basada en un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones contractuales. Para la Sala:

“el hecho probado de la sustracción del producto de desecho que la demandada dedicaba a la venta, durante los 5 días del mes de julio de 2002 que han quedado probados, revela, por su parte un claro incumplimiento contractual grave y culpable subsumible en los artículos 54.2.d) y 55.4 del ET, determinante de la sanción de despido que la ha sido impuesta”.

De otro lado, varias resoluciones judiciales declaran la procedencia de los despidos disciplinarios basados en la desobediencia del trabajador. Así, ocurre en la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de febrero de 2005** (recurso 1072/2004), I.L. J 603, y la **STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de marzo de 2005** (recurso 1783/2004), I.L. J 963. En la primera de ellas la causa es la negativa del trabajador a abandonar su puesto de trabajo, incumpliendo, con ello, la orden empresarial de prestar servicios en un país extranjero, porque “La asignación del servicio por la empresa era legítima y no puede tacharse de arbitraria ni abusiva, pues respondía, además, a la necesidad imprevista de cubrir la baja de otro trabajador”. En la segunda sentencia analizada, el motivo es el incumplimiento reiterado, por el trabajador, de una orden clara, explícita y directa de movilidad funcional.

## 7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

### A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

Diversas resoluciones judiciales, al fallar a favor de la improcedencia del despido, optan por atribuir carácter indefinido a los contratos de trabajo en diferentes supuestos de contratación temporal sucesiva, celebrada en fraude de Ley:

Así, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de febrero de 2005** (recurso 1037/2004), I.L. J 602, analiza la improcedencia del despido efectuado en un supuesto de contratación temporal, afirmando que el contrato de interinidad se celebró fraudulentamente y se convierte, por tanto, en una relación laboral indefinida. En idéntico sentido fallan las **SSTSJ de**

**Galicia de 11 de marzo de 2005** (recurso 747/2005), I.L. J 900 y finalmente, **de Canarias (Las Palmas) de 30 de marzo de 2005** (recurso 1169/2004), I.L. J 1013.

Para las Salas:

“No era viable pretender, con apoyo en tal circunstancia, la terminación de la vinculación interina existente con la demandante, tal y como acertadamente entendió la Sentencia recurrida. Puesto que el contrato de tal naturaleza, solamente se termina cuando se reincorpora quien es objeto de la sustitución [artículo 4.2.b) Real Decreto de 18 de diciembre de 1998].”

Asimismo, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de marzo de 2005** (recurso 11/2004), I.L. J 634, determina la improcedencia de sendos despidos efectuados a dos trabajadores contratados para obra o servicio determinado al considerarse celebrados éstos en fraude de Ley. Finalmente, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 15 de febrero de 2005** (recurso 37/2005), I.L. J 817, falla la improcedencia del despido en un supuesto de contratación temporal fraudulenta, afirmando que el contrato de interinidad se convierte, en tal caso, en una relación laboral indefinida.

De otro lado, diversas resoluciones judiciales, al fallar a favor de la improcedencia del despido, analizan el requisito de la proporcionalidad que debe existir entre el hecho determinante y la sanción que ha de imponerse para calificar el despido como procedente. Así, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de marzo de 2005** (recurso 44/2005), I.L. J 898, al analizar un supuesto de despido improcedente, argumenta que la sanción ha de responder a la exigencia de proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido y la sanción impuesta. La Sala falla a favor de la improcedencia del despido efectuado porque considera la sanción desproporcionada. Asimismo, la **STSJ de Aragón de 7 de marzo de 2005** (recurso 145/2005), I.L. J 892, falla a favor de la improcedencia de un despido aplicando la doctrina gradualista.

Igualmente, la **STSJ de Madrid de 5 de abril de 2005** (recurso 6208/2004), I.L. J 1052, declara el despido improcedente ante la inexistencia de transgresión de buena fe entre dos empresas (de la demandada y de aquella donde presta el actor su segunda actividad) al no tener éstos el mismo objeto, ni realizar las mismas actividades, ni ser de la misma naturaleza, ni realizarse por el actor su actividad de forma oculta. Para la Sala:

“La buena fe contractual obliga al trabajador a no hacer concurrencia desleal al empresario (artículos 5 y 21 del ET). Y también es verdad, que la lesión de la buena fe contractual puede producirse, como ha señalado la jurisprudencia, por la existencia de un acto o ‘elemento intencional revelador de una pretendida conducta desleal’. La lealtad a la empresa obliga al empleado, entre otras cosas, a no aprovecharse indebidamente de su reputación o esfuerzo; a no beneficiarse de forma ilícita con la información sobre productos, procesos y clientes que pueda proporcionar la pertenencia a la misma; y a mantenerla informada de manera puntual de las propias actividades profesionales que puedan afectar a sus inte-

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

reses. Con ello se trata de determinar el concepto de concurrencia desleal y la incidencia de esta conducta en la causa del despido tipificada como transgresión de la buena fe contractual.”

De otro lado, diversas resoluciones judiciales fallan la improcedencia del despido basado en equivocaciones involuntarias del trabajador. La **STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2005** (recurso 7532/2004), I.L. J593, juzga un despido improcedente ante la inexistencia de transgresión de buena fe y abuso de confianza, en el supuesto de conducta negligente que hace perder a la empresa 1,2 millones de euros, al ingresar y pagar un cheque de comercio exterior sin comprobar la solvencia de los clientes, pues, en opinión de la Sala, no se trata de un incumplimiento grave y culpable. En sentido idéntico, la **STSJ de Madrid de 5 de abril de 2005** (recurso 6047/2004), I.L. J 1054, determina la improcedencia del despido efectuado a un trabajador como consecuencia de su confusión en la realización de las nuevas tareas encomendadas. Las Salas fundamentan estos supuestos en que:

“El demandante se guió por una creencia lícita en su conducta, lo que incide en la falta de culpabilidad. Su inmediata reacción de reparar el eventual daño ante el conocimiento de la supuesta ilegalidad de su conducta, conocimiento que le vino externa y posteriormente, y la realización de los hechos de manera abierta, sin ocultación, ni engaño, contando con el conocimiento y ayuda de otros trabajadores, denota en el caso la falta de culpabilidad y en todo caso entidad agravatoria de los hechos, conclusión que determina el acierto de la Magistrada al calificar como improcedente el despido.”

Asimismo, las **SSTSJ de Extremadura de 29 de abril de 2005** (recurso 123/2005), I.L. J 918, y **de Valencia de 28 de febrero de 2005** (recurso 3356/2004), I.L. J 887, estiman la improcedencia de los despidos efectuado a dos trabajadores, en el supuesto en que los mismos continúan desempeñado sus funciones laborales a pesar de estar incursos en un proceso de Incapacidad Temporal. La Sala argumenta, aplicando la teoría de la proporcionalidad, que la falta cometida no está revestida de la gravedad ni culpabilidad suficientes como para ser constitutiva de despido.

“La gradual proporcionalidad con que esencialmente han de dosificarse las sanciones de todo orden, impide ratificar la procedencia de la adoptada en este caso, pues tratándose de la más grave entre las que la ley prevé para corregir el incumplimiento del contrato laboral por parte del trabajador, resulta exigible la correlativa máxima gravedad en la infracción, que, además de ser típica y culpable, debe presentar esa extrema entidad objetiva, para justificar la extrema intensidad en la corrección.”

### B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

Diversas resoluciones judiciales determinan el derecho de opción de la empresa en aplicación del convenio colectivo. Así, las **SSTS de 12 de mayo de 2005** (recurso de casación para la unificación de doctrina 2176/2004), I.L. J 983, y **de 12 de mayo de 2005** (recurso de casación para la unificación de doctrina 1072/2004), I.L. J 984, reconocen el derecho

de la empresa a ejercitar su opción conforme a lo previsto en el convenio colectivo de Correos y Telégrafos, SA. El razonamiento de las Salas es el siguiente:

“El segundo motivo del recurso denuncia infracción del artículo 49 del Convenio colectivo para el personal de Correos y Telégrafos, publicado en el BOE de 4 de noviembre de 1999, por entender que en el supuesto de despido improcedente del personal eventual el derecho de opción entre la readmisión o indemnización corresponde, en la generalidad de los casos, a la entidad demandada. Para acreditar la contradicción en este punto ha seleccionado el recurrente la Sentencia de la Sala de lo Social de Cataluña de 15 de enero de 2003, y en este caso sí concurre el requisito de la contradicción pues en las dos situaciones se trata de personal eventual irregularmente contratado por Correos y Telégrafos, cuyos despidos fueron calificados de improcedentes, y mientras la resolución recurrida concedió el derecho de opción a la trabajadora, la referente lo otorgó a la empresa, así es que ante situaciones de total identidad las respuestas judiciales son de signo contrario, por lo que es necesario entrar a resolver sobre el motivo del recurso para unificar la doctrina quebrantada. Cuarto.— Ya en anteriores ocasiones se ha pronunciado esta Sala sobre el problema ahora planteado (Sentencias de 12 de julio de 1994, 30 de septiembre de 1996, 15 de junio de 2004 y 16 de marzo de 2005), y lo hizo en el mismo sentido adoptado por la sentencia de contraste. La cláusula convencional de referencia, dedicada al régimen disciplinario, dispone que ‘todo trabajador contratado como fijo, perteneciente a la plantilla de personal fijo, despedido de forma declarada improcedente podrá optar por recibir la indemnización correspondiente o ser readmitido en su puesto de trabajo, salvo los casos previstos en el artículo 25. Se excluyen expresamente de lo dispuesto en el párrafo anterior todos los trabajadores a los que se hubiere formalizado contrato temporal, con independencia de la duración del mismo’. El texto de dicho último convenio es copia literal del convenio anterior, y por eso la doctrina que luce en las sentencias de 1994 y 1996 es igualmente aplicable a este caso.”

### **a) Salarios de tramitación**

La STSJ de Castilla y León de 18 de abril de 2005 (recurso 570/2005), I.L. J 980, a propósito de la improcedencia de un despido, se pronuncia sobre el alcance temporal del abono de los salarios de tramitación. La Sala expone que corresponderán, en todo caso, desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia dictada. La Sala argumenta:

“El tema de debate se circunscribe, a precisar la extensión temporal de los salarios de tramitación en casos de tanta singularidad como el presente, en el que por dos veces se imputó la responsabilidad derivada del despido a empresas diferentes. La solución al dilema planteado debe buscarse en el texto del artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, al que se remite el artículo 110.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, en la redacción que presentaba en la fecha en que se produjo el despido, a cuyo tenor, declarada la improcedencia del despido, el empresario podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización y de una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improce-

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

dencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.”

### 8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

#### A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

Diversas resoluciones judiciales determinan la nulidad de los despidos efectuados, basados en causas discriminatorias, por pertenecer a un determinado sindicato o partido político. Así, en primer lugar, la **STSJ de Cantabria de 11 de marzo de 2005** (recurso 132/2005), I.L. J 689, estima la nulidad de un despido efectuado a un trabajador por causas discriminatorias, basadas en pertenecer a un determinado sindicato. La Sala entiende que se ha producido la actuación discriminatoria de la empresa por afiliación y acción sindical, aunque se haya tramitado un expediente de regulación de empleo:

“Careciendo así de toda cobertura de hecho la referencia al artículo 51 del ET que se pretende, y apareciendo con toda claridad como causa del mismo la evitación de su posible elección como representante unitario de los trabajadores, para lo que había intentado en dos ocasiones que se promoviera el proceso, participando en la lista del sindicato promotor del mismo; y ello, además, con el evidente componente negativamente ejemplificador para quienes se significaran en la defensa y promoción de los intereses de los demás trabajadores de la empresa. Por todo ello, el despido realizado debe ser calificado como de nulo, de conformidad con el artículo 55.5 del ET, con la consecuencia legal de su inmediata readmisión en el antiguo puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir.”

En segundo término, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 15 de marzo de 2005** (recurso 711/2004), I.L. J 895, determina la nulidad de un despido efectuado a una trabajadora por causas discriminatorias, basadas en pertenecer a un determinado partido político.

De otro lado, la **STSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2005** (recurso 3062/2004), I.L. J 627, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 11 de marzo de 2005** (recurso 1047/2004), I.L. J 876, y, finalmente, la **STSJ de Galicia de 7 de marzo de 2005** (recurso 5719/2004), I.L. J 862, fallan la declaración de nulidad de los despidos efectuados por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24.1 de la CE, en su vertiente de garantía de indemnidad. Las Salas fundamentan su fallo:

“La jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de manifestar que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) no sólo deriva de irregularidades producidas dentro del proceso que ocasionen la privación de garantías procesales, sino que puede verse lesionado tal derecho también cuando de su ejercicio resulte una conducta ilegítima de reacción o de respuesta a la acción judicial por parte del empresario. Por ello, una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y nula por contraria a ese mismo derecho fun-

damental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [artículo 4, núm. 2, apartado g) del Estatuto de los Trabajadores], mientras que el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo en su artículo 5, apartado c), dispone que no podrá darse por terminada una relación de trabajo por haber presentado una queja o un procedimiento contra el empleador por vulneraciones legales, aun las supuestas o que no puedan ser comprobadas finalmente.”

De otro lado, las **SSTC de 6 de junio de 2005** (recurso de amparo 6424/2001), I.L. J 616, de **20 de junio de 2005** (recurso de amparo 4600/2003), I.L. J 1001, y la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de marzo de 2005** (recurso 977/2004), I.L. J 1016, fundan la nulidad de los despidos efectuados a sendos trabajadores en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho de indemnidad, en el supuesto en que los demandados no prueban que la decisión extintiva se basó en hechos ilegítimos ajenos a móvil atentatorio del derecho fundamental. Las Salas argumentan:

“Sala Primera. Sentencia 140/2005, de 6 de junio de 2005. Recurso de amparo 6777-2000. Promovido frente a la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó su demanda contra la Dirección General de Costes de Personal sobre minoración de pensión de viudedad. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad en la aplicación de la ley: prorrateo de pensión sin atender al período de convivencia *more uxorio*.”

Asimismo, diversas resoluciones judiciales declaran la nulidad de los despidos efectuados a varias trabajadoras durante el período de embarazo. Las **SSTSJ de Madrid de 29 de marzo de 2005** (recurso 6026/2004), I.L. J 1030, de **Madrid de 5 de abril de 2005** (recurso 6015/2004), I.L. J 1048, y de **Galicia de 4 de febrero de 2005** (recurso 6040/2004), I.L. J 616, determinan la nulidad de los despidos efectuados a varias trabajadoras embarazadas, cuyo estado conocía ya, previamente, la empresa. Las Salas fundamentan el fallo:

“La interpretación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores ha de acometerse partiendo de la letra y del espíritu de la norma misma, y del contexto en el que se ha promulgado, sin olvidar la Directiva comunitaria que ha traspuesto a nuestro ordenamiento interno. La Directiva 92/85/CEE, del Consejo es bien explícita en cuanto al objeto a que se aplica y a su alcance; se refiere, como su texto explica, a la ‘aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo’, no de todas las mujeres en general, sino de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, y para tales supuestos, el artículo 10 de la Directiva encomienda a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 de la norma comunitaria, es decir, ‘durante el período comprendido entre el comienzo de un embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo’; cuando se despida a una trabajadora, ‘el empresario deberá dar motivos

## VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

justificados de despido por escrito'. La remisión que en el artículo 10 se hace al artículo 2 supone que, a estos efectos, por mujer embarazada ha de entenderse 'cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales'. Es evidente por tanto, que con la reiteración normativa sobre los mismos conceptos, lo que en realidad se protege en este caso no es la igualdad de sexos, sin más, sino la maternidad, poniendo a la mujer a salvo de decisiones empresariales motivadas, directa o indirectamente, por su embarazo, evitando con ello la finalización de su relación laboral en conexión con su estado de gravidez. Por tanto, a la vista de cuanto se ha probado en este caso, no es procedente plantear el problema que se puede suscitar por el desconocimiento por la empresa del embarazo, como de seguido se razonará."

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, la **STSJ de Madrid de 5 de abril de 2005** (recurso 6096/2004), I.L. J 1053, estima la nulidad del despido efectuado a una trabajadora, durante el período de lactancia, por vulneración del contenido de la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral.

Por el contrario, diversas sentencias revocan las sentencias de instancia y desestiman la nulidad de los despidos efectuados, al no constar alegación de móvil discriminatorio ni de violación de derecho fundamental. Así, la **STSJ de Navarra de 24 de enero de 2005** (recurso 6/2005), I.L. J 812, revoca la sentencia de instancia y desestima la nulidad de un despido, calificándolo de improcedente en un supuesto de contrato de interinidad por vacante celebrado en fraude de ley, al no constar alegación de móvil discriminatorio ni de violación de derecho fundamental. Tampoco aporta indicios que generen sospecha de su existencia. Razona la Sala:

"En el presente caso, del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, no consta la alegación por parte del demandante de ningún móvil discriminatorio o de haberse producido su despido con violación de derechos fundamentales, de ahí lo sorprendente y lo incorrecto que resulta de la calificación del despido por la juzgadora a quo como nulo, como además y como tiene declarado reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (STC 7/1993, de 18 de enero), de haberse invocado por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental. Debería aportar para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor del alegato discriminatorio, y nada de eso consta en el supuesto enjuiciado. El despido no puede ser calificado de nulo, pero sin duda alguna debe ser declarado improcedente, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos de trabajo suscritos."

En el mismo sentido, las **SSTSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 7 de marzo de 2005**, (recurso 1094/2004), I.L. J 815, y de **Canarias (Las Palmas) de 18 de marzo de 2005**, (recurso 1327/2004), I.L. J 1022 declaran la inexistencia de nulidad de un despido, al no concurrir el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de discriminación. Las Salas argumentan:

"De haberse invocado por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, debería aportar para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor del alegato discriminatorio, y nada de eso consta

en el supuesto enjuiciado. El despido no puede ser calificado de nulo, pero sin duda alguna debe ser declarado improcedente, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos de trabajo suscritos. 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, las SSTSJ de Galicia de 11 de marzo de 2005, (recurso 534/2005), I.L. J 865, y de Extremadura de 14 de abril de 2005, (recurso 117/2005), I.L. J 869, revocan la sentencia de instancia y desestima la nulidad de los despidos, en dos supuestos de contrato de interinidad por vacante celebrado en fraude de ley, al no constar alegación de móvil discriminatorio ni de violación de derecho fundamental.

**M<sup>a</sup>. CARMEN ORTIZ LALLANA**  
**BEGOÑA SESMA BASTIDA**

## **VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS**

### **Sumario:**

**Consideración preliminar. 1. Libertad sindical.** A) Actividad sindical. B) Funcionamiento interno de los sindicatos. C) Facilidades y garantías de los representantes y cargos sindicales. D) Legitimación de los sindicatos. E) Vulneración de la libertad sindical.

**2. Conflictos colectivos.** A) El ámbito del procedimiento de conflicto colectivo. B) Diferencias entre conflicto colectivo y conflicto de intereses. **3. Derecho de huelga.** A) Efectos de la huelga.

### **CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Esta crónica comprende la jurisprudencia que se contiene en los números 5 a 8 de la revista Información Laboral-Jurisprudencia del año 2005 (marginales I.L. J 589 a J 1107).

### **1. LIBERTAD SINDICAL**

#### **A) Actividad sindical**

El derecho de libertad sindical cuenta con un contenido complejo que tradicionalmente se clasifica en dos bloques, de un lado, el contenido esencial y de otro, el contenido adicional de la libertad sindical en el que se sitúa la distribución de información sindical al amparo del artículo 8.1.b) LOLS. Precisamente, la difusión de información por parte de dos representantes sindicales a la entrada de un centro comercial fue el origen del litigio que resolvió la **STS de 20 de abril de 2005**, I.L. J 757. En este caso dichos representantes habían sido despedidos por difundir determinada información que ellos calificaban como sindical, razón por la cual fue necesario analizar el alcance y los límites del derecho de libertad sindical de los representantes de los trabajadores en su vertiente de distribución de información sindical en el marco del proceso, que no era otro que el de despido. Para comprender la solución ofrecida por el TS resulta imprescindible conocer los términos

exactos de la información difundida cuyo carácter se cuestiona. En concreto, los actores habían distribuido un comunicado de la sección sindical de Madrid de CCOO en la puerta de personal de uno de los establecimientos que El Corte Inglés tiene en una céntrica calle madrileña en el que se hacían, entre otras, las siguientes afirmaciones: “mafias fascistas que controlan la empresa”; “el capo di tutti capi se reunía con la familia para repartir los territorios y los esbirros custodiaban la fortaleza, realmente era una visión de Chicago años 20”; “al otro lado estaban los terroristas de cuello blanco que campan a sus anchas por la empresa y que utilizan cualquier medio para seguir manteniendo el estado de terror que impera en la empresa”; “a los únicos que echamos de menos en el sarao fue a los pistoleros a sueldo de FASGA y FETICO”, todas ellas referidas a los “consejeros, vocales, directores de centro, jefes de personal, accionistas y demás fauna” y bajo el título de: “Junta de accionistas, demócratas y terroristas”.

En este caso el TS, entendió, como era fácil de intuir, que dicha actuación no tiene cabida en el marco de la actividad sindical, pues el comunicado objeto de enjuiciamiento cuya elaboración y difusión provocó el despido de los actores, no contenía una denuncia mínimamente concreta de hechos de relevancia pública, sino una serie de descalificaciones, sin que resultase admisible el argumento esgrimido por los actores y relativo a la habitualidad del uso de un lenguaje despectivo o vejatorio entre sindicatos rivales y por parte de algunos sindicatos respecto de la empresa como consecuencia del pésimo clima en el que se desenvolvían las relaciones laborales. En consecuencia, para el TS la distribución del folleto sindical por parte de los actores no estaba amparada por el ejercicio de la libertad sindical ni por el de la libertad de expresión, de tal manera que su distribución constituyó una transgresión de la buena fe contractual, quedando así justificada la sanción de despido impuesta por la empresa.

Como se deduce de la lectura de los artículos 2 y 8 LOLS la actividad sindical no se reduce a la difusión de información sindical, tal y como se infiere de la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 23 de marzo de 2005**, I.L. J 694, en la que se afirma que la participación de los representantes sindicales en las negociaciones que han de mantenerse con la empresa con carácter previo a la adopción por su parte de la modificación de condiciones colectivas de trabajo constituye una manifestación de la actividad sindical. Esta sentencia tiene su origen en un litigio provocado como consecuencia de la modificación del sistema de trabajo a turnos en una empresa en la que por decisión unilateral de la empresa desde su creación, los empleados no trabajaban los domingos ni se aplicaba el régimen de 21 turnos o de trabajo continuo a pesar de recogerse dicha posibilidad en el contrato de trabajo. A finales de 2004 la dirección de la empresa comunicó al comité de empresa que a partir de una determinada fecha ciertas secciones pasarían a trabajar 21 turnos semanales. Ante esta actuación el sindicato CGT presentó demanda en materia de conflicto colectivo al considerar que esta actuación suponía una vulneración del derecho a la negociación colectiva, así como de su derecho a la libertad sindical. La empresa, en cambio, alegaba que los propios trabajadores habían firmado en sus respectivos contratos de trabajo el sistema de 21 turnos, de manera que no se estaba ante una modificación de las condiciones de trabajo. El Tribunal en este caso, haciendo prevalecer la realidad en

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

detrimiento de cuestiones de carácter formal, entendió que para saber si se estaba ante una modificación de condiciones de trabajo era preciso comparar las condiciones reales que se venían disfrutando y las que iban a ser disfrutadas después de la decisión adoptada por la empresa. El resultado de dicha comparación no fue otro que el de la existencia de una modificación de condiciones, que además tenía carácter colectivo de manera que debía ir precedida de un período de negociaciones entre la empresa y los sujetos que representan sindicalmente a la empresa y que en el caso planteado no había existido, vulnerándose así el derecho a la negociación colectiva y por ende el derecho a la libertad sindical del sindicato CGT.

Respuesta diferente es la que se recoge en la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 4 de marzo de 2005**, I.L. J 819, en la que también se discutía si la empresa había vulnerado la libertad sindical de CCOO al no haberle convocado para participar en las negociaciones previas a una modificación del horario laboral que había sido llevado a cabo por la empresa. El motivo que justifica la solución adoptada en este caso es de carácter procesal, pues el procedimiento utilizado en esta ocasión fue el de tutela de la libertad sindical, cuyo objeto de conocimiento está circunscrito al análisis de la posible lesión de la libertad sindical sin que se puedan acumular otras acciones como, por ejemplo, la de impugnación de la modificación de las condiciones de trabajo. Y de las circunstancias que concurrían en el caso el Tribunal dedujo que no se había producido una vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente del derecho a la negociación colectiva tal y como denunciaba el Sindicato demandante porque las medidas adoptadas por la empresa no tenían un móvil antisindical, sino que consistían en una mera aplicación de las facultades legales que la empresa tiene atribuidas para organizar su actividad productiva.

### B) Funcionamiento interno de los sindicatos

Los sindicatos, en tanto que asociaciones, cuentan con su propia regulación que se ocupa, entre otras cuestiones, como es natural, de su régimen de funcionamiento interno. Este tipo de regulación se recoge en lo que habitualmente se conoce como los estatutos del sindicato, y precisamente la **STS de 30 de mayo de 2005**, I.L. J 995, hace referencia a las consecuencias de su posible incumplimiento. Aunque en esta sentencia no se entró en el fondo del asunto, merece la pena destacarla porque en ella el TS puso de manifiesto la relación existente entre el incumplimiento de este tipo de normas (los estatutos de los sindicatos) y la posibilidad de acudir al TS a través del recurso de casación. En el caso enjuiciado se recurrió en casación porque la parte actora entendía infringidos varios preceptos que integran los Estatutos de CGT-Andalucía, relativos a la forma de convocatoria y funcionamiento de los Congresos en la Confederación General de Trabajo. Sin embargo, el recurso fue desestimado porque su interposición no puede apoyarse en el incumplimiento de unos estatutos sindicales, sino en la infracción de normas del ordenamiento jurídico o en la infracción de la jurisprudencia, pero no en el incumplimiento de unos estatutos sindicales, que son “meras regulaciones asociativas, cuya integridad corresponde defender directamente a la propia entidad sindical, y sólo de manera indirecta, cuando su infracción comporta vulneración de norma jurídica propiamente dicha, ante el órgano de la jurisdicción social encargado de la casación”.

Los estatutos sindicales cuentan entre su contenido con reglas de disciplina interna cuya aplicación en el seno de los sindicatos, como ya se habrá tenido ocasión de comprobar a lo largo de los diferentes números que componen esta crónica de jurisprudencia, constituye uno de los asuntos que con frecuencia ocupan a nuestros tribunales. Una vez más, un Tribunal de Justicia, en este caso el de Madrid, ha de abordar un supuesto en el que se discute la legalidad de una decisión adoptada por un sindicato respecto de uno de sus afiliados. En concreto, ha de analizarse una decisión del Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas (SEPLA) consistente en la expulsión de uno de sus afiliados. La **STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2005**, I.L. J 1032, tiene su origen en la decisión de la Junta Rectora del Sindicato consistente en la constitución de un comité de disciplina para aclarar los hechos acaecidos con ocasión de una huelga, que había tenido lugar durante los meses de junio y julio de 2001. En el correspondiente pliego de cargos contra el actor se le imputaba la realización de actos contrarios a la política sindical del SEPLA en Iberia, consistente en la persecución al comité de huelga y al colectivo de pilotos durante dicha huelga. Tras la tramitación correspondiente en el marco de la cual el actor presentó las alegaciones que estimó oportunas se le notificó su expulsión del sindicato. Ante esta medida el actor presentó la correspondiente demanda que fue estimada quedando revocada la sanción de expulsión previamente impuesta. Por su parte, el Sindicato, SEPLA recurrió contra esta decisión ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid al que solicitaba la revisión de los hechos probados y el examen del Derecho aplicado. Dos fueron los argumentos que manejó el Tribunal para desestimar el recurso del Sindicato. En primer lugar, el Tribunal se apoyó en la posible indefensión del actor, que existirá en aquellos casos en los que los hechos sean inconcretos y la prueba no resulte suficiente, tal y como a juicio del Tribunal ocurría en el supuesto enjuiciado. Y en segundo lugar, la ausencia de razonabilidad de la decisión de expulsión de acuerdo con las previsiones estatutarias.

Otra cuestión de régimen interno que como tal ha de solventarse en el seno del sindicato es la elección del sujeto negociador cuando no existen discrepancias al respecto entre el sindicato y la sección sindical. Como se sabe, estas últimas tienen reconocido el derecho a la negociación colectiva de empresa o ámbito inferior, de tal manera que si existiera algún tipo de divergencia a la hora de negociar un convenio colectivo entre el sindicato y la sección sindical negociaría la sección porque es la titular del derecho. Ahora bien, tal y como ya se advirtiera en la **STS de 16 de septiembre de 2004**, I.L. J 474, y como se reitera en la **STS de 25 de enero de 2005**, I.L. J 658, si no existen discrepancias al respecto, podrá negociar el sindicato, si cuenta con la legitimación necesaria en términos de representatividad, o la sección sindical, siendo éste un problema de régimen interno y no de legitimación para negociar.

### **C) Facilidades y garantías de los representantes y cargos sindicales**

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de abril de 2005**, I.L. J 1039, resulta especialmente interesante porque al hilo de una medida sancionadora adoptada por la empresa se ponen de manifiesto las diferencias existentes entre la figura del liberado institucional, y la del liberado por acumulación de horas al que hace referencia el artículo 68 ET, así como el

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

momento en el que finaliza su cargo. El actor trabajaba en la Maestranza aérea de Albacete y tenía la condición de liberado institucional por el sindicato CCOO. Este trabajador había participado en un concurso de traslados como consecuencia del cual había pasado a desarrollar su actividad en la Confederación Hidrográfica del Segura, tomando posesión de ese puesto de trabajo el 1 de junio de 2002, pero al que no se presentó hasta el día 25 de junio, una vez que finalizó su cargo como liberado institucional el día 24. Ante el retraso en la incorporación al puesto de trabajo, la empresa sancionó al trabajador con tres meses y un día de suspensión de empleo y sueldo. Sin embargo, tal y como puso de manifiesto el actor en las alegaciones que presentó ante el Tribunal y que fueron admitidas por dicho órgano, su deber de presentarse al puesto de trabajo se inició al día siguiente de su cesación en el cargo de liberado institucional, razón por la cual ese desfase de 24 días durante los cuales el trabajador no se presentó a su puesto de trabajo no constituye una inasistencia injustificada al trabajo susceptible de ser sancionada.

Una vez más el objeto de litigio que se plantea en la **STS de 9 de junio de 2005**, I.L. J 1101, es la concreción de los requisitos que han de cumplirse para poder nombrar un delegado sindical que goce de las garantías a las que ha hecho referencia el artículo 68 ET. La conocida doctrina del TS al respecto, expuesta en numerosas sentencias, es la de que el ámbito en el que ha de calcularse los 250 trabajadores que exige la norma para que una sección sindical pueda nombrar un delegado sindical que goce de las garantías del artículo 68 ET viene referido al centro de trabajo, y no a la empresa, sin perjuicio de que las secciones sindicales en las empresas que no alcancen dicho umbral también puedan nombrar delegados sindicales. Ahora bien, dichos delegados no gozarán de las garantías que reconoce el precepto mencionado.

Como ya se ha visto al hacer referencia al liberado sindical por acumulación de horas, el artículo 68 ET reconoce un serie de facilidades y garantías a favor de los representantes de los trabajadores, cuya interpretación y aplicación no está exenta de problemas. En concreto, la utilización del crédito horario es uno de los extremos que más controversias plantea. Una muestra de ello es la **STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2005**, I.L. J 678, en la que se resuelve un litigio que tiene su origen en la utilización del crédito horario por parte de un trabajador que ocupa un puesto como interino en la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos. Esta entidad pública había suscrito en 1999 un Acuerdo Marco de Relaciones Laborales con los sindicatos CSI/CSIF y CCOO. En la parte III de este Acuerdo se hacía referencia al uso del crédito horario y se afirmaba que la utilización del crédito horario ha de ser por jornadas completas y no por horas, de manera que cada día que se ejerciera el derecho de liberación sindical se descontarían 7 horas del crédito horario. Esta fórmula de cómputo del disfrute del crédito horario es impugnada por el actor, pues considera que dicha liberación ha de descontarse por horas y no por jornadas completas. El Tribunal en este caso entendió que la existencia del Acuerdo mencionado proporcionaba cobertura a dicha actuación empresarial y si no se estaba de acuerdo con ella sería preciso impugnar dicho acuerdo a través del procedimiento de conflicto colectivo, y no, en cambio, a través del procedimiento de tutela de libertad sindical que fue el utilizado por el actor.

## D) Legitimación de los sindicatos

La función de los sindicatos desde una perspectiva constitucional no es únicamente la de representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación de Derecho privado. La Constitución y la ley invisten a los sindicatos con la función de defender los intereses de los trabajadores por lo que podría entenderse que los sindicatos están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores. Precisamente, la legitimación de un sindicato para recurrir la adjudicación de un contrato de asistencia en la Administración es la cuestión que se plantea en la **STS de 17 de mayo de 2005**, I.L. J 751. En esta sentencia se trae a colación la doctrina ya consolidada del TS según la cual para reconocer la condición de interesado a efectos de impugnación de la resolución por la que se adjudica un contrato administrativo, es preciso que el recurrente haya participado en el concurso o sistema de adjudicación de que se trate, pues no pueden hacerse valer para impugnar un determinado acto administrativo intereses que, por no integrar el contenido del acto no pueden servir de fundamento para invocar la legitimación activa en el proceso.

## E) Vulneración de la libertad sindical

La libertad sindical es un derecho de los trabajadores y como tal actúa como límite al poder de dirección del empresario. Esta función del derecho se percibe con claridad en la **STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2005**, I.L. J 864, en la que se discute si un cambio de horario adoptado por el empresario respecto de cuatro trabajadoras, dos de las cuales forman parte del comité de empresa, constituye una medida antisindical o, por el contrario, se trata de una decisión que encuentra su fundamento en la aplicación de criterios objetivos e impersonales. Las dos delegadas sindicales afectadas por el cambio de horario demandaron al empleador por conducta antisindical, al considerar que dicho cambio estaba motivado por su pertenencia al comité de empresa. En realidad, el cambio de horario fue la solución adoptada tras la celebración de una reunión con el comité de empresa en la que se puso de manifiesto que como consecuencia de la crisis del sector era necesario adoptar ciertas medidas de reestructuración. Los criterios utilizados a la hora de aplicar el cambio mencionado fueron la residencia en Vigo, donde se encontraba el centro de trabajo, y la menor antigüedad. Para entender la utilización del primer criterio hay que tener en cuenta que el cambio de horario que se planteaba implicaba entrar a trabajar una hora antes, esto es, a las seis de la mañana en lugar de las siete, que venía siendo la hora habitual de entrada al trabajo. La conjunción de estos dos criterios dio como resultado la aplicación de la medida propuesta respecto de cuatro trabajadoras, dos de las cuales, como ya se ha dicho, formaban parte del comité de empresa. Tras la valoración de los criterios utilizados y el resultado de su aplicación se entendió que el cambio de horario derivaba de una causa cierta y no de una decisión empresarial carente de justificación. Se trataba de dos criterios impersonales y objetivos, y por ello adecuados, de modo que no se estaba ante una medida antisindical.

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Continuando con el análisis de conductas empresariales que pueden ser calificadas como antisindicales, hemos de detenernos ahora en la que se describe en la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de marzo de 2005**, I.L. J 878. En este caso la actuación empresarial consistió en impedir a un sindicato la entrada en su empresa con fines informativos y sin alterar la actividad en el centro de trabajo. En realidad, la sentencia que merece la pena destacar en este apartado, por lo que en ella se analiza, es la de instancia, y no la del Tribunal Superior de Justicia que no entró en el fondo del asunto porque la empresa, que recurrió la decisión del Juzgado de lo Social núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife, alegó en el recurso una serie de cuestiones procesales que finalmente fueron admitidas. Sin embargo, en la instancia sí valoró el comportamiento llevado a cabo por la empresa, consistente en impedir al Secretario de Salud Laboral y Medio Ambiente de CCOO y al responsable de Acción Sindical de este mismo sindicato su acceso a la empresa para informar a los trabajadores en el área de descanso del centro de trabajo y sin alterar el proceso productivo. En concreto, la denegación del acceso a dichos representantes fue calificada como contraria al derecho de libertad sindical y se condenó a la empresa a indemnizar al sindicato con 12.000 euros, cantidad que no fue modificada en suplicación.

En la **STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2005**, I.L. J 907, se plantea un asunto en el que se entremezclan dos actuaciones cuyos sujetos activos son diferentes. Por un lado, nos encontramos con la revocación del mandato de varias personas como miembros del comité de empresa por parte de la Asamblea de los trabajadores; por otro, se cuestiona la actuación empresarial consistente en no considerar a las personas cuyo mandato había sido revocado como miembros del comité de empresa, actuación que consideran antisindical y por la que demandan al empleador al considerar que se está vulnerando su derecho a la libertad sindical. El Tribunal en esta sentencia puso de manifiesto que no existe actuación antisindical por parte de la empresa, pues lo único que hace con su comportamiento al no considerar a dos trabajadores cuyo mandato como miembros del comité de empresa había sido revocado, es avalar la decisión de los trabajadores tomada en asamblea, decisión que es constitutiva sin que resulte necesario para que dicha decisión produzca los efectos oportunos que sea comunicada a la autoridad laboral, argumento que, entre otros, esgrimían los actores.

### 2. CONFLICTOS COLECTIVOS

#### A) El ámbito del procedimiento de conflicto colectivo

Como se sabe, el artículo 41 ET en el que se hace referencia a la modificación de condiciones de trabajo, recoge dos procedimientos, el de carácter individual y el de carácter colectivo, diferencias de carácter sustantivo que se complementan con las correspondientes diferencias de carácter procedimental, pues junto al procedimiento de reclamación individual sería posible acudir al procedimiento de conflicto colectivo recogido en el artículo 151 LPL. Para que esto sea posible, con carácter general, es necesario que concurra una serie de circunstancias, y precisamente el análisis de dichas circunstancias se aborda en la **STS de 21 de abril de 2005**, I.L. J 737, en la que se discute si es posible reclamar ante una modificación de condiciones de trabajo, en concreto, ante una modificación del

horario laboral, que supone un cambio de la jornada acordada, unilateralmente adoptada por parte de la empresa a través del procedimiento de conflicto colectivo. En ese caso, tras dejar sentado que se estaba ante una modificación unilateral de una condición sustancial del contrato de trabajo, cual era el horario de la jornada laboral, que no encontraba amparo ni en el convenio colectivo ni en un acuerdo del mismo carácter que la empresa había firmado con los representantes de los trabajadores, se entendió que no se estaba ante un supuesto de conflicto individual recogido en el artículo 41.2 ET sino ante un supuesto de carácter colectivo y era posible, en consecuencia, acudir al procedimiento de conflicto colectivo recogido en el artículo 151 LPL. Ésta fue la misma conclusión a la que previamente se había llegado en la **STSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2005**, I.L. J 629, en la que igualmente al hilo de una modificación de condiciones sustanciales de trabajo de carácter colectivo se declaró la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo de cara a su impugnación.

### **B) Diferencias entre conflicto colectivo y conflicto de intereses**

La **STS de 7 de junio de 2005**, I.L. J 1097, tiene su origen en un conflicto que se plantea en el sector de las telecomunicaciones. La Asociación Profesional Libre e Independiente interpuso demanda a través de procedimiento de conflicto colectivo frente a RETEVISIÓN I, SAU, Comisiones Obreras, Sección Sindical de Comisiones Obreras de Retevisión, Sección Sindical Agrupación Sindical de Trabajadores de Retevisión, Sindicatos de Trabajadores de Empresas de la Comunicación (SITEC) y Comité General Intercentros, solicitando que se dictara sentencia por la que se declarase el derecho de los trabajadores de las Unidades de Mantenimiento a prestar Localizaciones y las llamadas atendidas por pareja en todo momento. Teniendo en cuenta el título de la sección de esta crónica interesa cuestionarse si es posible plantear esta pretensión a través del procedimiento de conflicto colectivo. El TS negó esta posibilidad porque los términos de los mandatos legales y convencionales aplicables en esta situación eran claros y concisos, de manera que a juicio del Tribunal se trataba más bien de un conflicto que “rayaba en el conflicto de intereses” en la medida en que se estaba solicitando una actuación empresarial que modificaba los términos pactados en el convenio colectivo, pero no una interpretación de los preceptos convencionales susceptibles de ser aplicados.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. En efecto, en la **STSJ de Cantabria de 16 de marzo de 2005**, I.L. J 690, se discutía la conveniencia de utilizar el procedimiento de conflicto colectivo para solicitar la ampliación del alcance de la asignación económica en nómina derivada del antiguo beneficio de economato, para extender los términos en los que se venía aplicando (lo que se pretende es sustituir el criterio de trabajadores en una distancia radial no superior a quince kilómetros a contar desde la sede del Paseo de Pereda, por el criterio de trabajadores en una distancia radial no superior a quince kilómetros a contar desde la plaza de Santander). La respuesta acerca de la adecuación del procedimiento para hacer valer dicha pretensión pasaba por analizar los requisitos que deben concurrir para acudir al procedimiento de conflicto colectivo y que ya han sido recogidos en numerosas sentencias, pero no por ello vamos a dejar de

## VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

mencionarlos aquí una vez más. Para utilizar el procedimiento de conflicto colectivo es preciso en primer lugar que concurra un elemento subjetivo, esto es, que la pretensión afecte a los intereses generales de un grupo de trabajadores, que como tal comparte unos intereses propios independientes de los de cada uno de sus integrantes, con independencia de que dicho grupo pueda sufrir una reducción cuantitativa (**STS de 14 de abril de 2005**, I.L. J 705); en segundo lugar, ha de concurrir un elemento objetivo, esto es, la existencia de un interés general que actúa a través del conflicto y que resulta indivisible; y por último la existencia de una norma susceptible de ser interpretada y, en su caso, de ser aplicada. La ausencia de este tercer elemento es lo que lleva al Tribunal Superior de Justicia de Cantabria a estimar en este caso la alegación de inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo, habida cuenta que no existía un conflicto jurídico de interpretación o aplicación sino un mero conflicto de intereses.

También el TS recientemente se ha vuelto a ocupar de esta cuestión, esto es, de la concurrencia de los elementos necesarios para poder acudir al procedimiento de conflicto colectivo. En la **STS de 13 de abril de 2005**, I.L. J 701, se discutía la procedencia de la utilización del procedimiento de conflicto colectivo en un supuesto en el que los sindicatos FETE-UGT y CCOO interpusieron demanda de conflicto colectivo con la pretensión de que se reconociese el derecho al percibo del plus de actividad establecido en el Acuerdo sobre mejora retributiva del personal laboral docente de 2003. El problema se produjo a raíz de la transferencia de medios personales desde el Ministerio de Educación y Ciencia a la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid. En concreto, el problema se planteaba respecto de los trabajadores transferidos (unos diecinueve) que tras ser transferidos habían sido integrados en la Consejería de Educación con la categoría de Título Medio E. Los sindicatos actuantes entendían que estos trabajadores tienen derecho al plus de actividad y en la instancia se reconoció que así era, siempre y cuando dicho personal se dedicase a impartir enseñanzas LOGSE. La empresa, por su parte, alegaba la inadecuación de procedimiento. El TS entendió que la solución en este caso pasaba por el análisis del supuesto concreto de cada uno de los trabajadores, pues era necesario analizar antes de tomar una decisión si cada uno de los trabajadores llevaba a cabo tareas educativas o tareas de enseñanza, lo cual no puede llevarse a cabo en el marco del procedimiento de conflicto colectivo, produciéndose así un fraccionamiento del interés que con el conflicto se intenta proteger.

### 3. DERECHO DE HUELGA

#### A) Efectos de la huelga

El ejercicio del derecho de huelga acarrea una serie de efectos que se despliegan sobre la relación laboral, así como sobre diversos aspectos de las condiciones de trabajo, entre las que merece la pena destacar las de carácter retributivo. La **STSJ de Cantabria de 17 de marzo de 2005**, I.L. J 873, resulta especialmente interesante porque al hilo de un supuesto en el que se ejercita el derecho de huelga se hacen importantes afirmaciones relacionadas con las cláusulas convencionales, y en concreto respecto de las posibilidades de la negociación colectiva a la hora de condicionar el ejercicio del derecho de huelga.

La situación que dio lugar a esta sentencia tenía su origen en una huelga motivada por desacuerdos con la empresa respecto de una serie de cuestiones relacionadas con la prima de producción e incentivos, pago de atrasos y salud laboral. Una vez celebradas las correspondientes jornadas de huelga, la empresa practicó los descuentos salariales correspondientes de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 del Real Decreto-Ley 17/1977, a lo que se añadió el descuento sobre la denominada convencionalmente Gratificación Especial, cuyo establecimiento y condiciones de cobro se recogen en el artículo 43 del convenio. Así mismo la Disposición Final Quinta del convenio colectivo aplicable establecía respecto del cobro de dicha gratificación que “si durante la vigencia del convenio se produjeran intentos de alterar los pactado en él (el convenio) en materia de jornada, retribución o mejoras sociales supondría la nulidad del artículo 43”, dejando de pagarse, en consecuencia, la citada gratificación. Obviamente la empresa consideró que la convocatoria de huelga por las razones mencionadas, una de las cuales afectaba a la prima de producción, suponía una alteración de la retribución y por lo tanto estaba legitimada para no abonar la Gratificación Especial. El Tribunal, después de declarar que el artículo 43 del convenio recogía un pacto de paz social lícito, que no supone la limitación del derecho de huelga, sino simplemente una limitación a su ejercicio, que no a su titularidad, basado en la autonomía de la voluntad en aras del mantenimiento del favorecimiento de un comportamiento de diálogo, puso de manifiesto que en el caso enjuiciado el motivo de la huelga no era alterar el contenido del convenio sino solicitar una nueva interpretación del sistema retributivo que en él se recogía. Así pues, partiendo de esta premisa, no se consideró aplicable la Disposición Final Quinta del convenio con todo lo que ello supone a efectos retributivos.

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO (COORDINADORA)

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

## VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

### Sumario:

**1. Consideración preliminar. 2. Legitimación para negociar.** A) De las asociaciones empresariales. B) De las secciones sindicales. C) Prueba. **3. Contenido “normativo”. Límites.** A) En materia de diferencias retributivas. B) En materia sindical. C) Imposibilidad de establecer, tras la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET, acaecida en 2001, cláusulas sobre jubilación forzosa. **4. Extensión de convenios. 5. Concurrencia de convenios. 6. Sucesión de convenios. 7. Impugnación “directa” del convenio colectivo. 8. Administración del convenio colectivo. Por los Tribunales laborales.**

#### **1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

De las sentencias reseñadas en la presente crónica, todas de 2005, destacan, por la relativa novedad de alguno de los asuntos resueltos y su solución, las del TS de 25 de enero y 8 de junio, sobre legitimación de las secciones sindicales y de las asociaciones empresariales, respectivamente; así como la de 25 de abril, que declara la nulidad de la cláusula del convenio de empresa que limita a los sindicatos más representativos la concesión de facilidades para el uso del correo electrónico. Las demás abordan supuestos sobre los que existen pronunciamientos precedentes, cuyas pautas siguen.

#### **2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR**

##### **A) De las asociaciones empresariales**

Depende de la correspondencia entre la representatividad de la asociación y el ámbito geográfico y funcional del convenio. No es preciso que la actividad afectada por el convenio figure expresamente entre las que los estatutos de la asociación incluyen en el ámbito de actuación de ésta (“no existe norma alguna que restrinja la capacidad negocial de una asociación patronal exclusivamente a las actividades que puedan enumerar sus estatutos”). Sólo se requiere que dicha actividad quede comprendida, de forma razonable, en el sector productivo que la asociación patronal representa [“es claro que la asociación puede

negociar un convenio que alcance a determinada actividad (aquí, la fabricación e instalación de rótulos luminosos) aunque ésta no aparezca en sus propios estatutos, siempre y cuando dicha actividad pueda, razonablemente, incardinarse en el sector productivo que la patronal representa (aquí, el siderometalúrgico de Pontevedra); y ello incluso aunque determinadas empresas dedicadas a esa actividad concreta no estuvieran asociadas a la patronal negociadora”]. Aparece tal razonamiento en la **STS de 8 de junio de 2005**, I.L. J 1090.

## B) De las secciones sindicales

El que la base territorial del convenio de empresa que pretende negociarse exceda del ámbito territorial de actuación de determinadas secciones sindicales, definido en los estatutos del sindicato al que pertenecen, no es una circunstancia que prive de su legitimación a las que reúnan las condiciones del artículo 87.1 del ET y del artículo 8.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Así, **STS de 25 de enero de 2005**, I.L. J 656, en relación con el convenio de empresa que afecta a todos los centros con que cuenta ésta en varias Comunidades Autónomas y la legitimación de las secciones sindicales que tienen limitada su actuación a una de tales Comunidades:

“El artículo 87 ET ‘no tiene en cuenta restricciones territoriales que por vía estatutaria un sindicato imponga a su actuación y atiende solamente al nivel de representatividad alcanzado (...)’.

En relación a los convenios cuya eficacia se produce en una sola empresa, resulta imprescindible analizar el tratamiento que el Estatuto de los Trabajadores dispensa a esta modalidad de convenio. En este caso contempla dos cauces de representación, la unitaria y la sindical. En el primer caso se acude, dependiendo de la envergadura de la empresa, al comité o a los delegados de personal, y en el segundo a las representaciones sindicales.

De esta forma y ciñéndonos al convenio colectivo de empresa, con independencia de su base territorial, el artículo 87.1º del Estatuto de los Trabajadores otorga legitimación para negociar en los convenios de empresa o de ámbito inferior a las representaciones sindicales si las hubiere, exigiendo, en los convenios que afectan a la totalidad de los trabajadores de la empresa, la necesidad que tales representaciones sindicales, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité y, en todo caso, que ambas partes se reconozcan como interlocutores’.

A su vez, la Ley 11/1985, de libertad sindical, de 2 de agosto, reconoce en el apartado 2 del artículo 8º a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de las que tengan representación en los comités de empresa o que cuenten con delegados de personal el derecho a la negociación colectiva (...).

En consecuencia, la caracterización autonómica del sindicato y de sus secciones no priva al mismo, en las condiciones que establece el artículo 7.1 de la Ley orgánica de libertad sin-

## VIII. Negociación Colectiva

dical, de los beneficios reconocidos a su mayor representatividad, careciendo de incidencia la distribución operativa que a nivel interno posea su organización.”

### C) Prueba

“De conformidad con una constante doctrina jurisprudencial, recordada entre otras en las Sentencias de 27 de abril de 2000 (recurso 1581/99) y 16 de junio de 2003 (recurso 132/2002), ‘de acuerdo con las reglas de distribución de la carga de la prueba (...) la (de la) falta del nivel de representatividad corresponde a la parte demandante que la afirme, como hecho nuclear de su pretensión de negar vigencia (sic; propiamente, validez) al convenio, y ello, específicamente, porque, una vez que el convenio colectivo ha superado el control de la legalidad de la Administración, tiene una presunción de validez que sólo puede ser desvirtuada por la impugnación, pero siempre que se acredite por quien demanda la concurrencia de los vicios que alega’” (STS de 14 de febrero de 2005, I.L. J 669).

## 3. CONTENIDO “NORMATIVO”. LÍMITES

### A) En materia de diferencias retributivas

Posibilidad de excluir del régimen salarial del convenio colectivo a los trabajadores que sean objeto de contratos de inserción. Se pronuncia en este sentido la STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2005, I.L. J 968: Cabe concluir,

“sin negar en absoluto el valor del trabajo prestado por quien formaliza un contrato de inserción, que, si el único requisito exigible al trabajador que se acoge al mismo es que se encuentre en desempleo, es porque ese trabajador carece de la cualificación y de la experiencia laboral que le sería exigible en el caso de ser seleccionado para otra modalidad contractual temporal. Ambas carencias ‘precisamente se tratan de suplir mediante el contrato de referencia. Y, sobre esta base, creemos que hay elementos que justifican la diferencia salarial acordada en convenio respecto al personal laboral sujeto a contrato de inserción’.

La adquisición de experiencia laboral de quien carece de ella justifica la diferencia salarial entre las diferentes clases de personal laboral, del mismo modo que la adquisición de experiencia laboral es la circunstancia que hace posible que el salario del trabajador en prácticas y del trabajador en formación siga un régimen diferente al del resto de trabajadores de la misma empresa al que aquéllos pertenecen. También la mejora de la ocupabilidad, entendida en el sentido que hemos precisado, pues no cabe ignorar la diferente realidad entre quienes son contratados en razón, fundamentalmente, a que puedan dejar, por un tiempo, al menos, la condición de desempleados y mantener un vínculo con el mercado laboral, y quienes lo son en atención a necesidades irrenunciables de la Administración, previa acreditación de la correspondiente cualificación profesional. Salvando las evidentes distancias que existen entre una y otra figura, no está de más recordar que también en su día se marcaron las diferencias entre el contrato de trabajo ordinario temporal y el deno-

minado contrato temporal de ‘colaboración social’ de trabajadores desempleados que fue regulado en los artículos 38 y 39 del RD 1445/1982 (...).

Resumiendo lo anterior: no implica la vulneración de ningún derecho fundamental el que la regulación de un contrato de inserción no se rija por las reglas generales de un convenio colectivo, sino por otras distintas”.

**Doble escala salarial y respeto del principio de igualdad.** Contradice este principio el convenio colectivo que establece una distinta retribución de la antigüedad en función, exclusivamente, de la fecha de incorporación del trabajador a la empresa, “sin que concurra ninguna otra motivación basada en circunstancias objetivas legalmente lícitas, socialmente razonables y económicamente, tanto cuantitativa como cualitativa, equilibradas y compensadas” (**STS de 23 de marzo de 2005**, I.L. J 783). No sirve para justificar la diferencia de trato y admitir la validez de la cláusula del convenio colectivo que establece una diferencia retributiva como la examinada una anterior situación de crisis de la empresa ya superada cuando se negocia y suscribe aquél (“la pasada situación de crisis empresarial padecida por la empresa en años anteriores –1995, 1996 y 1997– aparece ya, claramente, superada desde hace varios años –concretamente, desde 1998– y, por supuesto, ya no existe para nada en el período de tiempo al que se extiende la vigencia del convenio colectivo cuya nulidad parcial se pretende en el proceso impugnatorio”). Tampoco la conversión de contrataciones temporales en por tiempo indefinido o la concertación de nuevos contratos de trabajo con este carácter, cuando tales medidas no se mencionaron ni se tuvieron en cuenta en la cláusula del convenio atacada (**STS de 20 de abril de 2005**, I.L. J 736).

## B) En materia sindical

Tratándose de un convenio colectivo de empresa, la concesión de determinadas ventajas a los sindicatos (medios para el uso del correo electrónico) no puede limitarse a los más representativos, cuyo concepto se define tomando como referencia el ámbito supraempresarial, igual que las funciones y facultades inherentes a la condición de tales. La igualdad de trato pide que aquella concesión se extienda a cualesquiera sindicatos que acrediten una representación suficiente en la empresa (audiencia electoral). Así, **STS de 25 de abril de 2005**, I.L. J 739, en relación con la cláusula 12.2 del convenio colectivo de “Telefónica de España, SAU”, de 2001 (BOE de 2 de julio de 2001):

“a) Que adolecen de ilegalidad las cláusulas del convenio colectivo impugnadas, pero no porque traten con desigualdad a los sindicatos más representativos según sus ámbitos estatal o autonómico, sino porque confieren derechos en el ámbito de la empresa a los sindicatos más representativos, que es una calificación de naturaleza supraempresarial (origen y ámbito funcional), con vulneración del principio de igualdad integrante del de libertad sindical y, en concreto, del artículo 12 de la Ley orgánica de libertad sindical, en detrimento de la igualdad de trato que han de recibir por parte de la empresa los sindicatos que no tengan la condición legal de más representativos y de la representatividad de los

trabajadores de la empresa que corresponde a los órganos de representación unitaria. b) Que el único trato legítimamente desigual en el ámbito sindical de la empresa es el que se hubiese conferido a cualesquiera sindicatos en explícita y única contemplación de su presencia en los órganos de representación unitaria (...)

### **C) Imposibilidad de establecer, tras la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET, acaecida en 2001, cláusulas sobre jubilación forzosa**

Producida la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET, “no es factible ya que mediante la negociación colectiva se puedan establecer determinadas edades de jubilación forzosa”. Con tal derogación, que no supone que recobre vigencia la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953, “y en ausencia de norma legal habilitante de la negociación colectiva, es de aplicación para los convenios colectivos que entren en vigor (a partir de aquélla) (...) lo dispuesto en los artículos 4.2 y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, de inequívoca inspiración constitucional, en cuanto que el primero establece el derecho de los trabajadores ‘a no ser discriminados (hoy directa o indirectamente) para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley (...)’ y el segundo prevé que ‘se entenderán nulos y sin efecto (...) las cláusulas de los convenios colectivos (...) que contengan discriminaciones (hoy directas o indirectas) desfavorables por razón de la edad’”. Los anteriores “preceptos estatutarios, cuyo espíritu es el mismo —aunque ahora con rango de Ley— que el de la citada Orden Ministerial, implican que recobre actualidad la jurisprudencia establecida bajo la vigencia de la referida Orden, que atribuía al derecho subjetivo al trabajo la naturaleza de *mínimo de derecho necesario absoluto*”. La derogación contemplada no alcanza, sin embargo, a las cláusulas de jubilación forzosa correspondientes a los convenios colectivos en vigor en el momento en que se produce aquélla y que tenían amparo legal en la norma derogada. Dichas cláusulas “fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los convenios en cuestión, cuyo equilibrio interno, construido sobre mutuas renunciaciones entre los recíprocos intereses de las partes negociadoras, debe salvaguardarse”. Así, **STS de 4 de mayo de 2005**, I.L. J 934, reproduciendo razonamiento y términos de otras sentencias anteriores de igual Sala y Tribunal. La aplicación de dicha doctrina lleva a la citada sentencia a declarar la validez de la cláusula contenida en convenio suscrito antes de la derogación normativa de que se trata. Lo mismo sucede en la **STS de 1 de junio de 2005**, I.L. J 942. Un supuesto de nulidad de la cláusula contenida en convenio suscrito con posterioridad a la citada derogación, en **STSJ de Madrid de 29 de marzo de 2005**, I.L. J 1035; la referida nulidad hace que la extinción del contrato decidida por la empresa sea constitutiva de un despido nulo por discriminatorio.

Recuérdese que en la actualidad, tras la reforma introducida por la Ley 14/2005, de 1 de julio, la Disposición Adicional Décima ET vuelve a permitir expresamente la posibilidad de pactar el tipo de cláusulas aquí contemplado, siempre que concurren las condiciones que al efecto se establecen. Con la entrada en vigor de la reforma decae la jurisprudencia reseñada.

#### 4. EXTENSIÓN DE CONVENIOS

Recuerda la posibilidad de negociar durante la vigencia de la extensión un convenio que afecte al ámbito en que ésta produce sus efectos, con transcripción parcial de la STS de 23 de enero de 1995, que tuvo ya oportunidad de admitir tal posibilidad, la **STSJ de Cantabria de 23 de marzo de 2005**, I.L. J 687:

“Siendo la extensión un acto de ejecución provisional (SSTC 86/1991 y 102/1991), nada impide que durante su vigencia se negocie un nuevo convenio, como aquí ha acontecido, debiendo prevalecer el estatutario sobre el extendido (...). Por tanto, es posible negociar un convenio colectivo durante la vigencia del convenio extendido, al no ser de aplicación la regla sobre no concurrencia del artículo 84 ET, porque la continuidad de la norma reglamentaria sería incompatible con la entrada en vigor de un pacto colectivo y, además, (...) por la naturaleza excepcional del mecanismo de la extensión, (...) amparada en que la esencia de la negociación colectiva descansa en la autonomía de la voluntad de las partes.”

#### 5. CONCURRENCIA DE CONVENIOS

1. No la hay cuando el convenio colectivo anterior, de ámbito más reducido, se encuentra en situación de ultraactividad. Se está entonces ante un supuesto de sucesión de convenios. Así, en relación con el convenio estatal suscrito durante la situación de ultraactividad de un convenio autonómico de igual actividad, **STSJ de Cantabria de 6 de abril de 2005**, I.L. J 882, con abundante cita de sentencias del TS:

“No cabe argüir que el convenio estatal invadió al convenio provincial precedente, en tanto que beneficiado de la prórroga legal que establecía el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, pues la ultraactividad que este precepto genera no es confundible con la vigencia a que se refiere el artículo 84 del mismo cuerpo legal, referida al ámbito temporal pactado(...).

La regla del artículo 84 del ET provoca el efecto de frenar cualquier tipo de modificación de la estructura convencional durante los períodos ordinarios de vigencia, de forma que, al estar vigente un convenio, no existe la posibilidad de negociar otro distinto y de otro nivel respecto del personal incluido en el ámbito de aquél (...), pero la prohibición referida sólo es extensible al período ordinario de vigencia, no durante la fase de eficacia ultractiva (sic) del convenio por medio de las prórrogas tácitas o expresas del convenio precedente.”

Tampoco la hay entre el negociado durante la vigencia de la extensión, para un ámbito comprendido en el de ésta, y el convenio extendido (**STSJ de Cantabria de 23 de marzo de 2005**, I.L. J 687).

2. El efecto derivado de la prohibición de la concurrencia de convenios “nunca puede ser la nulidad del convenio invasor, sino la declaración de su inaplicación temporal (...). Ello obedece a que el artículo 84 ET no prohíbe la negociación de un convenio colectivo concurrente por el hecho de que su espacio esté ya ocupado por otro anterior. Al contrario, de su literalidad se desprende claramente que su punto de partida es la existencia de dos convenios válidamente negociados que coinciden en el tiempo. Y el precepto se limita a establecer una regla de solución de conflictos que, al otorgar preferencia aplicativa al convenio anterior, está también indicando de modo implícito que la situación en que queda el invasor es la de mera ‘ineficacia aplicativa’(...)”.

“Consecuencia lógica de lo dicho es que no cabe anular el convenio colectivo posterior válidamente negociado, por el hecho de que afecte o invada otro anterior. La sanción máxima de nulidad, ya sea total o parcial, debe quedar reservada a los supuestos de convenios pactados incumpliendo las previsiones de contenido mínimo del artículo 85.2 ET, o las reglas que disciplinan la negociación colectiva estatutaria (artículos 87 a 89 ET), o que conculquen normas sustantivas de derecho necesario absoluto, únicas que prevalecen sobre las pactadas, de acuerdo con la reiterada y sobradamente conocida jurisprudencia constitucional y ordinaria que interpreta el artículo 85.1 ET. En definitiva, la nulidad de sanción debe quedar reservada para los convenios colectivos que nacen ya con los vicios expuestos, pero no para los que presentan defectos posteriores que dependen de una circunstancia tan aleatoria y ajena a la voluntad de sus negociadores, como es la vigencia de un convenio anterior, cuya existencia puede ser incluso desconocida para aquéllos. Para alcanzar el objetivo previsto por el artículo 84 bastará, pues, con declarar la inaplicación temporal, total o parcial, del posterior convenio invasor mientras mantenga su vigencia el anterior invadido” [STS de 8 de junio de 2005, I.L. J 1090 y STSJ de Galicia de 21 de marzo de 2005, I.L. J 964, ambas con cita de la jurisprudencia del TS (Sentencias de 5 de junio de 2001, 7 de julio de 2002 y 31 de octubre de 2003) que sienta la doctrina que siguen y aplican].

### 6. SUCESIÓN DE CONVENIOS

La regla del artículo 82.4 del ET, según la cual el convenio colectivo posterior puede disponer de los derechos reconocidos en otro anterior, permite que las mejoras de seguridad social introducidas por éste puedan ser suprimidas, reducidas o modificadas por el primero. Se pronuncia en tal sentido la STS de 8 de abril de 2005, I.L. J 764, en casación para la unificación de doctrina, en relación con un complemento convencional de la pensión de jubilación y con cita y transcripción parcial de las sentencias del mismo Tribunal y Sala de 9 (probablemente, se quiso hacer referencia a otra del 16, I.L. J 1443, de Sala General y con un voto particular) y 18 de julio de 2003, también dictadas en casación para la unificación de doctrina (una reseña de ambas en el número 17 de esta revista). Como en ellas, se considera que la supresión o modificación del citado complemento, que encaja entre las mejoras voluntarias de Seguridad Social que contempla el artículo 192 de la LGSS, se puede producir aunque no cuente con previsión en el convenio colectivo que hubiese introducido la mejora. La regla del párrafo segundo del artículo 192 LGSS, según la cual el derecho del trabajador a una mejora voluntaria de Seguridad

Social no podrá ser anulado o disminuido, una vez causado, “si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento”, ha de interpretarse en el sentido, no de que esa anulación o disminución deba estar contemplada en el propio convenio colectivo que hubiese concedido la mejora, sino en el de que la norma que proceda a la anulación o disminución tenga igual rango que el de la de concesión; es decir, que sea también un convenio colectivo:

“El paso siguiente en nuestra reflexión nos conduce a la interpretación y aplicación del párrafo segundo del artículo 192 de la Ley General de la Seguridad Social. Partimos de la base de que la mejora de las prestaciones de jubilación de los actores trae su origen remoto de un pacto colectivo celebrado entre los representantes de los trabajadores y la empresa el 22 de diciembre de 1983, pero dicho acuerdo se incorporó después a los sucesivos convenios colectivos de la empresa, como se dice de manera explícita en los hechos probados, y que otro convenio colectivo posterior, del mismo ámbito, la ha suprimido; lo que dispone la norma de referencia [el artículo 192, párrafo segundo, LGSS] es que, no obstante el carácter voluntario, para las empresas, de la implantación de las mejoras, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento. En este caso concreto, la norma que reconoce y regula las mejoras cuestionadas es un convenio colectivo, que no contiene previsiones respecto de su permanencia en el tiempo o de su blindaje frente a pactos colectivos posteriores y resultó que el convenio colectivo último, es decir, una norma de idéntico rango a la que tenía reconocido el beneficio, no es que eliminara por completo el derecho anteriormente reconocido, sino que lo sustituyó por otro de similar naturaleza, aunque de distinto alcance (...). De todo ello resulta que se trata de una mejora reconocida en convenio colectivo y que otro convenio colectivo posterior, es decir, una norma de igual rango y ámbito que la propia de su reconocimiento, ha disminuido el beneficio, lo que es posible a tenor de las normas que regulan la negociación colectiva y, en concreto, el artículo 82.4 del Estatuto de los Trabajadores, tal y como ha sido interpretado por esta Sala en las sentencias antes citadas.”

## 7. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

**Legitimación del Delegado del Gobierno promoviendo la defensa de la ley conculcada por el convenio colectivo.** Mediando transferencia de la correspondiente competencia a la Comunidad Autónoma, la Administración del Estado carece de legitimación para la impugnación “de oficio”, por ilegalidad o lesividad, de un convenio colectivo cuyo ámbito no sobrepasa aquélla. Sin embargo, sí que la tiene para la impugnación “directa” por la vía de la lesión del interés de terceros, asumiendo la defensa de la ley y del funcionamiento regular del sistema de fuentes frente a posibles vulneraciones provenientes de la autonomía colectiva; ha de considerarse que entrañan tal lesión las infracciones de la ley y del ordenamiento jurídico contenidas en regulaciones o disposiciones convencionales. Semejante defensa de la ley irá referida, con mayor frecuencia, a la de la regulación de

## VIII. Negociación Colectiva

las condiciones de empleo y de trabajo contenida en la legislación laboral; pero también puede apoyarse en la contravención convencional de cualesquiera normas de otros sectores del ordenamiento (legislación administrativa, presupuestaria, penal). De entender el Delegado del Gobierno que determinadas partes del convenio colectivo suscrito por un Ayuntamiento son contrarias a la legalidad presupuestaria, es obvio que cuenta con un interés legítimo y directo que le legitima para impugnar aquéllas. Así, **STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2005**, I.L. J 1036, siguiendo las pautas de la STS de 10 de junio de 2003 (una reseña de ella en el número 17 de esta misma revista):

“(...) el Delegado del Gobierno está legitimado para impugnar un convenio colectivo que entiende atenta contra la legalidad presupuestaria ya que:

1º) Teniendo el Gobierno la competencia exclusiva en la ordenación de la Hacienda General (artículo 149.1.14 CE), que materializa a través de las sucesivas leyes de presupuestos del Estado, ostenta un interés legítimo en la aplicación de las medidas económicas previstas en dichas leyes (...).

2º) El logro de esa finalidad requiere la supervisión judicial de aquellas partes de un convenio colectivo que pueden afectar al control presupuestario.

En este sentido podemos decir que la impugnación de esa auténtica norma que es el convenio colectivo efectuada por la vía del artículo 161 LPL cumple una función similar a la del control de normas con rango legal que se promueve ante otras instancias judiciales en defensa de competencias estatales de carácter no laboral.

Por todo ello, no cabe sino reconocer al Delegado del Gobierno de Madrid la condición de sujeto legitimado activamente para la promoción de pleito de impugnación de convenio colectivo cuyas cláusulas salariales considera atentatorias contra la legalidad presupuestaria”.

No se opone a esa posibilidad de impugnación “directa” del convenio el que la Administración del Estado no haya solicitado previamente a la autoridad laboral autonómica la impugnación “de oficio”:

Una vez reconocida al Delegado del Gobierno su legitimación,

“no le es exigible ningún requisito previo al inicio del proceso, y menos que previamente requiera a la autoridad laboral para que impugne un convenio que aquélla conoce perfectamente y, sin embargo, nada le objeta. Como dice la (...) Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2003 ‘(...) ateniéndonos a lo dispuesto en el artículo 161.3 LPL, si dicha autoridad laboral autonómica no advierte ningún problema de vulneración o lesión del ordenamiento jurídico en las regulaciones o disposiciones convencionales cuyo control de legalidad o lesividad le corresponde de oficio en cuanto tal autoridad laboral, la impugnación de las mismas podrá instarse «directamente» por quienes tengan un «interés legítimo» para ello.

En suma, la defensa de la ley y del ordenamiento jurídico en cualquiera de sus manifestaciones y, específicamente, la defensa de la ley frente a posibles lesiones derivadas del ejercicio de la autonomía colectiva, comporta el reconocimiento de legitimación activa del Estado para impugnar convenios colectivos cuando, como ocurre en el caso, el Delegado del Gobierno que dirige la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma entiende que la autoridad laboral de ésta no ha desempeñado de oficio las competencias de control que le corresponden’.

En suma, la decisión del Delegado del Gobierno de impugnar un convenio colectivo no está condicionada por ninguna decisión de la autoridad laboral; uno y otro organismo público actúan de modo autónomo en el ejercicio de las competencias que legítimamente les corresponden”.

## **8. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. POR LOS TRIBUNALES LABORALES**

El conocimiento de los hechos directa e inmediatamente y, por lo tanto, el haber podido constatar, al escuchar su relato, cuál fue la intención de los contratantes, llevan a que la interpretación del convenio realizada por el juzgador a quo deba prevalecer sobre la postulada por el recurrente, salvo que aparezca que aquél ha incurrido en evidente equivocación o que su interpretación no sea racional ni lógica o revele infracción de los preceptos que rigen la actividad interpretativa (STS de 3 de febrero de 2005, I.L. J 667).

Sobre la interpretación del convenio colectivo teniendo en cuenta tanto las reglas que rigen la interpretación de las leyes como de los contratos, STSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2005, I.L. J 683.

JAVIER GÁRATE

**IX. SEGURIDAD SOCIAL****Sumario:**

1. Fuentes. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento. 4. Gestión. 5. Financiación.

6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

A) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. B) Indemnización por daños y perjuicios. C) Responsabilidad solidaria en caso de contratas y subcontratas.

9. Régimen económico, responsabilidad y garantía de las prestaciones. 10. Asistencia

sanitaria. 11. Incapacidad temporal. A) Dinámica de la prestación. B) Regímenes especiales. 12. Maternidad. 13. Regímenes especiales. 14. Infracciones y sanciones.

15. Procesos de Seguridad Social. A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social. B) Excepción de prescripción.

**1. FUENTES**

No existe jurisprudencia en la materia.

**2. CAMPO DE APLICACIÓN**

No existe jurisprudencia en la materia.

**3. ENCUADRAMIENTO**

En la STS de 12 de abril de 2005, I.L. J 784, se aborda el alta acordada de oficio de un Administrador único, que posee cuarenta y ocho de las cincuenta acciones de las que se compone el capital social de una entidad de responsabilidad limitada, dedicada a la explotación de bodegas y restaurantes. Constando la entrada en actividad de, al menos, un restaurante, queda fuera de toda duda que la actividad perseguida es lucrativa, con independencia de los resultados que obtenga y que dicho administrador ostentaba el máximo poder de control y dirección, quedando incluida en el ámbito de aplicación de la Disposición Vigésima Séptima, número uno, de la LGSS.

En la STS de 4 de mayo de 2005, I.L. J 989, se enjuicia el encuadramiento de trabajadores que realizan trabajos de control de operativa portuaria, desetimando el mismo en el Régimen Especial de la Seguridad de los trabajadores del Mar, por considerar que la actividad desarrollada por los mismos no queda integrada en el grupo definido como de estibadores portuarios, a tenor del artículo 1.c) RD 1309/1970, de 23 de julio, o de la Disposición Transitoria Segunda del RD 2390/2004, de 30 de diciembre, para actividades realizadas antes del 2 de marzo de 1995.

#### 4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

#### 5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

#### 6. COTIZACIÓN

En la STJCE de 26 de mayo de 2005 (Asunto C-249/2004), I.L. J 590, el TJCE en cuestión prejudicial determina si es compatible con la normativa del Reglamento 1408/1971 y los artículos 39 y 43 TCE la normativa belga que establece una “cotización de moderación” para los trabajadores por cuenta propia en un supuesto en que el trabajador por cuenta propia prestó sus servicios en distintos países y la cotización se calculó teniendo en cuenta los ingresos obtenidos en otro Estado miembro.

Examina el TJCE, en primer lugar, el marco normativo comunitario así como la legislación belga aplicables. A tal efecto son aplicables al supuesto varios preceptos del Reglamento 1408/1971: el artículo 13 señala que a las personas sometidas al Reglamento sólo les será aplicable la legislación de un único Estado miembro y el artículo 14 bis, punto 2, señala que al trabajador por cuenta propia que realice actividades en más de un Estado miembro se le aplicará la legislación del Estado donde resida siempre que ejerza parte de su actividad en este último, además el artículo 14 quinquies, apartado 1, establece que para la aplicación de la legislación pertinente a los supuestos previstos en el artículo 14 bis, punto 2, se considerará que la totalidad de sus actividades profesionales se desarrollan en el Estado cuya legislación se aplica. La normativa belga, con el objeto de corregir el desequilibrio financiero de los distintos regímenes de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia aprobó un Real Decreto en el año 1984 que imponía la denominada “cotización de moderación” lo que suponía un gravamen adicional para aquellos trabajadores por cuenta propia cuyos ingresos profesionales de los años 1984, 1985 y 1986 superasen los del año 1983.

La cuestión prejudicial tiene su origen en el litigio planteado por el sr. Allard nacional belga y residente en el mismo país quien ejerce actividades por cuenta propia simultáneamente en Bélgica y Francia. El Instituto Nacional de Seguros para trabajadores Independientes (en adelante INASTI) le requirió el pago de las denominadas “cotizaciones de moderación”. El trabajador recurrió ante el Tribunal pues entiende que el INASTI cometió un error al tomar en consideración los ingresos que había obtenido en Francia para calcular el importe de la cotización.

La corte de trabajo de Lieja presenta al TJCE dos cuestiones: en primer lugar si se oponen los artículos 13 y siguientes del Reglamento 1408/1971 a que la cotización de moderación prevista en la legislación belga compute los ingresos profesionales que un trabajador por cuenta propia haya obtenido en otro Estado distinto en la medida en que dicho pago no genera ningún derecho a obtener a cambio ninguna prestación social. La segunda cuestión plantea si resulta incompatible con los artículos 39 y 43 TCE el hecho que la cotización calculada de este modo se imponga a los trabajadores por cuenta propia que ejercen su derecho a la libre circulación.

Tanto en una cuestión como en la otra el TJCE no advierte contraposición de la legislación nacional con la normativa comunitaria y ello en base a los siguientes razonamientos. Respecto a su conformidad con el Reglamento 1408/1971, el TJCE recuerda que el criterio determinante para aplicar dicha reglamento es el de la afectación específica a la financiación del régimen de Seguridad Social de un estado miembro por lo que resulta indiferente que exista o no una contrapartida en concepto de prestaciones (Sentencias de 15 de febrero de 2000, Comisión/Francia, C-34/98 y Comisión/Francia C-169/98). En este caso, la cotización iba destinada a financiar pensiones de los trabajadores por cuenta propia. Por lo demás, el TJCE entiende que el INASTI ha aplicado correctamente los artículos 13 y siguientes del Reglamento 1408/1971 de manera que la legislación belga resultará aplicable y se entenderá la actividad desarrollada por el legislador en Francia en las mismas condiciones que si la ejerciera por cuenta propia en Bélgica.

Respecto a la segunda cuestión, advierte el TJCE que las medidas nacionales que toman en consideración los ingresos obtenidos en otro Estado miembro para el cálculo de la cotización adeudada no suponen restricción alguna de la libertad de circulación prevista en el actual artículo 43 TCE. Bien al contrario, a su juicio el principio de unicidad de la legislación aplicable en los supuestos en que puedan resultar aplicables simultáneamente varias legislaciones nacionales garantiza la igualdad de trato de todos los trabajadores que desarrollan sus actividades en el territorio de un Estado miembro.

El Tribunal Supremo, en la **STS de 14 de febrero de 2005**, I.L. J 600, analiza si es computable para determinar el período de carencia de la pensión de incapacidad permanente el período en incapacidad temporal cuando esta situación no precedió de forma inmediata a la invalidez. En el supuesto, una trabajadora había cotizado desde septiembre de 1964 hasta julio de 1975. Con posterioridad no consta cotización alguna hasta el 17 de noviembre de 1999 fecha en la que inició una prestación de servicios que finalizó el 16 de noviembre de 2000. Tras el cese la trabajadora comenzó a percibir la prestación por desempleo el 17 de noviembre de 2000 y en esa situación inició un proceso de incapacidad

temporal el 14 de diciembre de 2000. Una vez concluida la situación de desempleo el 16 de marzo de 2001 continuó percibiendo prestaciones por incapacidad temporal en pago directo por el INSS hasta el 6 de agosto de 2002. En enero de 2002 solicitó al INSS el reconocimiento de una incapacidad permanente total para la profesión habitual que le fue denegada por resolución del mismo año. Tras otra posterior petición también denegada, la trabajadora solicitó de nuevo la pensión el 13 de febrero de 2003 siendo emitido el informe del Equipo de Valoración en fecha de 7 de mayo de 2003. En resolución de 12 de mayo de 2003, el INSS denegó la prestación de incapacidad permanente por no constituir su estado físico actual incapacidad permanente alguna y por no acreditar el requisito de que al menos una quinta parte del período de cotización exigible se encontrase comprendido dentro de los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante. La trabajadora recurrió en instancia y el Juzgado de lo Social, entendió, por el contrario, que la interesada reunía suficientes cotizaciones. A la misma solución llegó el TSJ de Aragón que denegó el recurso del INSS ante lo cual dicho organismo plantea el actual recurso en unificación de doctrina. Entiende el INSS que dicha solución contrasta con la STSJ de Cataluña de 21 de abril de 2001 que denegó la pensión de incapacidad permanente en un supuesto en que el período de incapacidad temporal no precedía de forma inmediata a la solicitud de incapacidad permanente.

Advertido el contraste el Tribunal Supremo procede a interpretar el artículo 4.4 del Real Decreto 1799/1985 que regula el cómputo del período de incapacidad temporal para determinar la carencia de la pensión de invalidez, cuya redacción fue reformada por el Real Decreto 4/1998, de 8 de enero. En su argumentación el Tribunal Supremo aporta la doctrina de la STS de 3 de febrero de 2004 donde se interpretaba la nueva redacción dada al artículo 4.4 del RD 1799/1985 tras su modificación por el RD 4/1998. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo extraía la conclusión de que la actual redacción del precepto exige como condición previa al cómputo de las cotizaciones correspondientes a la incapacidad temporal que el trabajador haya pasado de forma efectiva por tal situación. Sólo así juega la presunción legal de que el beneficiario habría estado en incapacidad temporal todo el tiempo legalmente previsto para ello aunque realmente no haya sido así. Razona el Tribunal que con ello se pretendería evitar el perjuicio que supondría a efectos de carencia terminar prematuramente con la incapacidad temporal para quien va a ser declarado en incapacidad permanente de forma inmediata. En base a este razonamiento el precepto carecería de razón de ser en los supuestos en que no ha habido una transición sin solución de continuidad entre la situación de incapacidad temporal y el momento del hecho causante de la incapacidad permanente. Dicha situación la aprecia el Tribunal en el caso enjuiciado pues mientras que la situación de incapacidad temporal finalizó el 6 de agosto de 2002 el informe médico del Equipo de Valoración que determina la fecha del hecho causante de la pensión de invalidez se dictó el 7 de mayo de 2003. Por lo demás el Tribunal Supremo sostiene, como ya es doctrina reiterada, que no se computa el período en que, extinguida la situación de protección por desempleo, se percibe la prestación de incapacidad temporal en pago directo por el INSS; dado que durante tal período no existe obligación de cotizar.

## **7. RECAUDACIÓN**

Según resuelve la STS de 25 de abril de 2005, I.L. J 731, no existe indefensión de la Sindicatura como representante de los acreedores en su relación con el deudor, pues tuvo conocimiento con suficiente antelación de la providencia de subasta dictada por la Tesorería General de la Seguridad Social, como lo prueba la presentación de un recurso ordinario contra la providencia de señalamiento con el objeto de dilatar el procedimiento, en vez de presentarse en el momento de realizarse la subasta.

## **8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES**

### **A) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad**

Según la STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2005, I.L. J 860, es correcta la valoración recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad del 30%, puesto que se ha llevado a cabo una correcta ponderación de las circunstancias para poder llegar a la determinación de dicho porcentaje. Así pues, el correspondiente porcentaje de recargo (30%, 40% o 50%), con matizaciones intermedias según el grado de la infracción, es sólo un parámetro orientativo. En consecuencia, ahí es donde debe entrar la labor razonadora y particularizadora del órgano judicial que aplica los correspondientes criterios de racionalidad y de proporcionalidad.

### **B) Indemnización por daños y perjuicios**

La STS de 9 de febrero de 2005, I.L. J 713, recuerda la doctrina del Tribunal Supremo —en sentencias como, por ejemplo, la STS de 10 de diciembre de 1998, o la STS de 2 de octubre de 2000—, en el sentido de que las prestaciones de Seguridad Social no agotan la indemnización total que pudiera proceder en concepto de responsabilidad civil por culpa o negligencia del empresario en la producción de un accidente de trabajo, pero se integran en ese total indemnizatorio y son, por lo tanto, deducibles del importe que hubiera tenido que abonarse si no hubieran existido tales prestaciones, ya que las mismas no alteran ese importe total y no pueden adicionarse al mismo porque se produciría un exceso carente de causa, como resulta evidente si se tiene en cuenta que el asegurado social percibiría indemnización superior a la de quien no estuviese cubierto por tal aseguramiento y hubiese sufrido daño equivalente por culpa también equiparable. Puesto que el importe acreditado y no controvertidamente abonable como responsabilidad civil total es inferior al de las prestaciones deducibles en el presente caso, no existe diferencia alguna susceptible de pago.

La STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2005, I.L. J 277, desestima la reclamación de indemnización por daños y perjuicios, debido a la inexistencia de responsabilidad por parte del empresario. La argumentación aportada por el Tribunal va en la línea de que no puede concebirse un deber de vigilancia del empleador como una fiscalización constante, minuto a minuto, de todas las operaciones ejecutadas por el trabajador en el seno del ciclo productivo, a modo de control, cuasi policial, permanente y exhaustivo.

En el recurso analizado en la **STSJ de Castilla y León de 2 de marzo de 2005**, I.L. J 858, se concluye que no ha lugar a indemnización alguna, puesto que no se efectúa ninguna referencia a cuál sería el ilícito laboral del que se pretende extraer la responsabilidad postulada del Ayuntamiento de Cotillas, entidad empleadora a la que no se le impuso recargo alguno de prestaciones por infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo. A ello se une la falta de datos fácticos de los que derivar cualquier actuación del mismo determinante de la producción del accidente, debiéndose tener en cuenta que la indemnización reclamada se sustentaría, en todo caso, en una actuación subjetiva y culpable o culposa del empleador como base de la necesaria imputabilidad al mismo de las consecuencias derivadas de aquél.

La **STSJ de Canarias de 31 de marzo de 2005**, I.L. J 956, recuerda los cuatro criterios para determinar las indemnizaciones por daños en caso de accidente de trabajo: a) En el ámbito laboral, y a falta de norma legal expresa que baremice las indemnizaciones o establezca topes a su cuantía, la indemnización procedente deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales) que, como derivados del accidente de trabajo se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social (STS de 17 de diciembre de 1999); b) Existe un solo daño que hay que compensar, sin perjuicio de las distintas reclamaciones que puedan plantearse (STS de 10 de diciembre de 1998); c) Ha de mantenerse la proporcionalidad entre el daño y la reparación, para evitar tanto que esta última sea inferior a aquél y no lo compense plenamente, como que lo exceda (SSTS de 17 de diciembre de 1999 y de 2 de octubre de 2000); d) Para determinar la indemnización compensadora de los daños y perjuicios derivados de un accidente laboral deben detraerse o computarse las prestaciones reconocidas de acuerdo con la normativa protectora de la Seguridad Social, aunque sin incluir en la detracción o cómputo el recargo de las prestaciones de Seguridad Social causadas por el trabajador accidentado impuesto a la empresa por la infracción de medidas de seguridad. La exclusión de este recargo obedece a que es independiente de aquella indemnización, consistiendo en una institución específica y singular de nuestra normativa de Seguridad Social no subsumible plenamente en otras figuras jurídicas típicas (SSTS de 2 de octubre de 2000 y de 21 de febrero de 2002, que analiza con detalle la autonomía del recargo frente a la indemnización por daños).

### **C) Responsabilidad solidaria en caso de contratas y subcontratas**

La **STS de 26 de mayo de 2005**, I.L. J 990, recuerda la doctrina del Tribunal Supremo en el ámbito de la responsabilidad solidaria en los casos de contratas y subcontratas (entre otras, STS de 5 de mayo de 1999). El Tribunal Supremo destaca el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene, lo que determina, en caso de incumplimiento, la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control.

Respecto a la consideración de centro de trabajo de la empresa principal, la **STS de 11 de mayo de 2005**, I.L. J 1080, recuerda que se incluyen las instalaciones que estén en el campo y al aire libre, pues se trata del área geográfica de la propia actividad de la empresa, en donde se hallan los materiales (postes, conductores, cables) que son de su propiedad o están a su disposición, mediante los cuales realiza aquélla y cuya conservación y mantenimiento le corresponde (SSTS de 18 de abril de 1992 y 22 de noviembre de 2002). En este sentido, el artículo 2.a) del RD 171/2004, de 30 de enero, que desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales, define 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”.

### 9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

### 10. ASISTENCIA SANITARIA

No existe jurisprudencia en la materia.

### 11. INCAPACIDAD TEMPORAL

#### A) Dinámica de la prestación

En la **STSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2005**, I.L. J 625, se discute una demanda de conflicto colectivo sobre la interpretación que cabe dar a un pacto de empresa en materia de mejora voluntaria de Seguridad Social. Según dicho pacto, la empresa complementaría la prestación de incapacidad temporal, hasta el salario real, y según la Sala, el término “salario real” incluye el conjunto de remuneraciones retributivas, y no compensatorias, que percibe el trabajador por razón exclusiva del trabajo que realiza por cuenta ajena. Incluye por tanto el salario base, complementos personales y de puesto de trabajo, y concretamente el plus de nocturnidad y el de relevo a incluir en las gratificaciones extraordinarias.

En la **STS de 27 de abril de 2005**, I.L. J 744, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión litigiosa se limita a determinar si el INSS ha de responder o no subsidiariamente del pago de la prestación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común cuando el empresario del trabajador beneficiario ha sido declarado responsable directo del pago de esta prestación, y la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales, en la que el empresario había asegurado el riesgo de esta contingencia ordinaria, ha anticipado el pago al resultar insolvente la empresa. Según la Sala, “No existiendo normas concretas sobre la responsabilidad subsidiaria del INSS respecto

de las prestaciones económicas derivadas de contingencias comunes y anticipadas por las Mutuas en el caso de responsabilidad directa de la empresa, el INSS no debe responder subsidiariamente de la misma, máxime cuando la Mutua es de una parte una entidad colaboradora en la gestión de la Seguridad Social, por lo que la protección queda suficientemente asegurada, y de otra, percibe, por la función aseguradora asumida respecto a la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes como contraprestación, la fracción de cuota que se determine por el Ministerio de Trabajo”. En idéntico sentido se pronuncia la **STS de 12 de mayo de 2005**, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, I.L. J 830.

En la **STS de 26 de abril de 2005**, I.L. J 780, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión que se plantea consiste en determinar si la nueva regulación establecida por la Ley 44/2001 del importe de la prestación de incapacidad temporal para los supuestos de extinción del contrato de trabajo cuando se está percibiendo dicha prestación, es aplicable a las situaciones de incapacidad temporal surgidas antes de su vigencia, o si, por el contrario, esta regulación, sólo puede aplicarse a las situaciones de incapacidad temporal posteriores a la fecha en que la reforma entró en vigor. Según la Sala hay que estar a la regla contenida en la Disposición Transitoria Primera de la LGSS que ha de interpretarse en el sentido de que establece como relevante, a efectos de determinar la norma aplicable en casos de sucesión normativa, el propio hecho causante de la prestación.

La **STSJ de Canarias de 14 de marzo de 2005**, I.L. J 897, insiste en la doctrina ya consolidada de que la incapacidad temporal es una causa de suspensión del contrato de trabajo pero la simple impugnación por el trabajador de las resoluciones administrativas por las que se le da de alta médica no mantiene automáticamente la suspensión del contrato hasta que se produzca la decisión judicial firme, sino que corresponde al trabajador la carga de probar la voluntad de mantener la relación frente al empresario. Ahora bien, si tras ser dado de alta, la misma lo es con propuesta de invalidez, este período supone una situación transitoria y de prórroga hasta que se tome un acuerdo por la Entidad Gestora (artículo 131 bis de la LGSS) quedando protegido el trabajador por la incapacidad temporal hasta la notificación de dicha resolución. Por tanto, si la situación de incapacidad se prorroga hasta el momento de la calificación, las faltas injustificadas imputadas por la empresa no están acreditadas, y el despido sería calificado de improcedente.

## **B) Regímenes especiales**

En la **STS de 4 de abril de 2004**, I.L. J 707, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, se debate el tema de si un trabajador agrícola por cuenta ajena de carácter fijo discontinuo, tiene o no derecho al percibo de la prestación económica de pago directo por incapacidad temporal derivada de enfermedad común, cuando la baja médica tuvo lugar en fecha en que no se encontraba prestando servicios. Según el Tribunal Supremo ello no es posible, es decir, no procede el percibo del subsidio por incapacidad temporal de fecha de inactividad laboral. El fin del subsidio es compensar las pérdidas de

## IX. Seguridad Social

rentas salariales, que no se den en los períodos de inactividad laboral, dado que no se ha perdido ningún trabajo.

En la **STS de 4 de mayo de 2005**, I.L. J 708, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, se reitera la doctrina consolidada de que para poder percibir la prestación económica por incapacidad temporal, el trabajador del régimen especial agrario ha de estar al día en el pago de las cuotas a la fecha del hecho causante. Y este requisito debe regir todos los supuestos de descubiertos de cuotas en el momento del hecho causante, incluso cuando se hayan abonado luego, e incluso cuando la cotización pendiente se limite sólo a un mes.

### 12. MATERNIDAD

No existe jurisprudencia en la materia.

### 13. RÉGIMENES ESPECIALES

#### Régimen Especial Agrario

La **STS de 17 de noviembre de 2004**, I.L. J 650, aborda nuevamente un supuesto que ya ha sido resuelto en la **STS de 28 de mayo de 2004**, I.L. J 1733, y —entre otras— la **STS de 20 de enero de 2004**, I.L. J 188. El supuesto examinado —referido al REA, pero sustancialmente similar a los examinados para el RETA en las sentencias anteriormente citadas— es el de un trabajador por cuenta propia del Régimen Especial Agrario, que agota el período máximo de 18 meses de incapacidad temporal, tras lo cual la TGSS procede a darle de baja en este Régimen. Tras serle denegada su pretensión de acceder a la incapacidad permanente, formaliza nueva alta en el REA con elección de una MATEP para la cobertura de la prestación de Incapacidad temporal. Es esta Mutua la que disconforme solicita que sea anulada la baja anterior, con el fin de que prosiga a cargo del INSS la cobertura de la contingencia de Incapacidad temporal de esta persona. El Tribunal Supremo, en base a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 131 bis.2 LGSS, reitera que hallándose establecido que el transcurso del período máximo de Incapacidad temporal extingue la obligación de cotizar, es procedente la baja acordada; incluso en los casos en que pudiera subsistir la prórroga de la prestación al demorarse la calificación de una posible Incapacidad Permanente, ya que en tal caso únicamente se produce una equiparación al alta, sin subsistencia de la obligación de cotizar, por lo que también en tal caso sería procedente la baja.

### 14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

## 15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

### A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social

Según la STS de 27 de enero de 2005, I.L. J 591, el orden jurisdiccional social no es competente para conocer del contrato de seguro entre la Xunta de Galicia y una entidad aseguradora, contrato que da cobertura a los accidentes de trabajo padecidos como consecuencia de la actividad laboral de los tripulantes de embarcaciones pesqueras. El Tribunal Supremo basa su argumentación en el hecho del sujeto contratante de la póliza. Así, quien ha suscrito la póliza de seguro por accidentes del mar en favor de los tripulantes gallegos, para llevar a efecto una protección complementaria a la de la Seguridad Social básica, no ha sido la empresa que contrata sus servicios, sino la Xunta de Galicia. Y esta protección social complementaria a cargo de la Xunta no deriva de un contrato de trabajo o convenio colectivo; y no constituye tampoco una mejora voluntaria de la Seguridad Social, precisamente porque dicha entidad no interviene como tomadora del seguro a título de empresario sino en su condición de poder público de la comunidad autónoma.

La STS de 20 de mayo de 2005, I.L. J 755, recuerda la doctrina del Tribunal Supremo en materia del orden jurisdiccional competente en los asuntos relativos a la recaudación, y señala que no cabe separar la vertiente positiva (actividad de cobranza), de la que la delimita negativamente (actividad de determinar si la cobranza fue indebida), para atribuir a órdenes jurisdiccionales diversos lo que participa de una única y real naturaleza: la actividad de gestión recaudatoria, con lo que al elemento de la interpretación contextual se une el finalista de no diversificar regímenes de impugnación de actuaciones administrativas presididas por el mismo fin público.

### B) Excepción de prescripción

En la STSJ de Cantabria de 4 de abril de 2005, I.L. J 881, en que un accidente laboral da lugar a la tramitación de un proceso penal (pues el hecho pudiera constituir a la vez una infracción punible) que termina sin que en él se imponga responsabilidad criminal a persona alguna, el cómputo del año que como período de prescripción para el ejercicio de la acción indemnizatoria previene el artículo 59 ET, debe iniciarse a partir del momento en que el proceso penal finaliza, quedando expedita la vía para pedir en un proceso extrapenal aquella indemnización que en la causa criminal no pudo ser concedida, por no haberse apreciado en ella la imprescindible responsabilidad penal que sirviera de apoyo a la pecuniaria. Así lo ha expresado el Tribunal Supremo en unificación de doctrina (vid. la STS de 12 de febrero de 1999).

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) Jubilación anticipada. 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. Invalidez.** A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva).

a) Concepto. Grados y baremos. a') Criterios de valoración: los baremos. b') Incapacidad permanente parcial. c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad permanente absoluta. e') Gran invalidez. b) Requisitos del beneficiario. c) Prestaciones económicas. a') Clases y cuantía de las prestaciones. b') Base reguladora de las prestaciones. c') Responsabilidad del pago de las prestaciones. d) Dinámica de la protección. e) Compatibilidad e incompatibilidades.

B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva). a) Concepto. b) Requisitos del beneficiario.

c) Cuantía de la pensión. d) Dinámica de la prestación. e) Compatibilidad e incompatibilidades. **4. Muerte y supervivencia.** A) Requisitos del sujeto causante.

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad. b) Orfandad.

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

c) *Pensión en favor de familiares*. C) *Cuantía de las pensiones*. D) *Dinámica de la protección*.

E) *Régimen de incompatibilidades*.

## CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 5 a 8 de 2005 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 589 a J 1107).

## 2. JUBILACIÓN

### A) Jubilación contributiva

#### a) Requisitos de acceso a la protección

– Jubilación forzosa

Las SSTs de 4 de mayo de 2005, u.d., I.L. J 934, y de 17 de marzo de 2005, I.L. J 1023, se refieren a la validez o no de las cláusulas de los convenios colectivos que establecen una jubilación forzosa por edad. Como se ha indicado en anteriores crónicas, se trata de una cuestión planteada como consecuencia de la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET por la Ley 12/2001. Dicha derogación ha venido planteando en la jurisprudencia la cuestión de si han quedado o no sin efecto las disposiciones de los convenios colectivos que preveían la jubilación forzosa de los trabajadores que alcanzasen una determinada edad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2004 (recurso 765/2003) se pronunció finalmente, en unificación de doctrina, sobre este tema, afirmando que “(...) en ausencia de norma legal habilitante de la negociación colectiva [como era la Disposición Adicional Décima del ET], es de aplicación para los convenios colectivos que entren en vigor tras dicha derogación, lo dispuesto en el artículo 4.2) y 17.1 del ET, de inequívoca inspiración constitucional, en cuanto que el primero establece el derecho de los trabajadores a no ser discriminados (hoy directa o indirectamente) para el empleo o una vez empleados” entre otras cosas por razón de la edad, y el segundo prevé que se entenderán sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que contengan discriminaciones desfavorables por razón de la edad. Según el Tribunal Supremo, al amparo de estos preceptos,

recobra actualidad la jurisprudencia establecida en la Sentencia del Alto Tribunal de 30 de junio de 1966, bajo la vigencia de la Orden del Ministerio de Trabajo de 1 de julio de 1953 que vedaba a los convenios colectivos la imposición al trabajador de edades de jubilación, que atribuía al derecho subjetivo al trabajo, la naturaleza de “mínimo de derecho necesario absoluto”. Por lo que no es actualmente posible establecer en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa. Esta solución, según el Tribunal Supremo, no es de aplicación para las cláusulas de jubilación forzosa vigentes en la fecha de la derogación de la Disposición Adicional Décima, ya que éstas tenían amparo legal en esta norma. Y su derogación no supone la pérdida de su vigencia, dado que fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los convenios en cuestión, cuyo equilibrio interno, construido sobre mutuas renuncias entre los recíprocos derechos de las partes negociadoras debe salvaguardarse.

Siguiendo esta doctrina, las Sentencias referidas consideran, en primer lugar, que no es actualmente posible establecer en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa; en segundo lugar, que la solución debe ser diferente para las cláusulas de jubilación forzosa que se hallaban vigentes en la fecha de la derogación de la Disposición Adicional Décima, ya que tenían amparo legal en dicha norma y por ello la derogación de ésta no supone la pérdida de vigencia de las pactadas válidamente dado que fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los convenios en cuestión, cuyo equilibrio interno, construido sobre mutuas renuncias entre los recíprocos derechos de las partes negociadoras, debe salvaguardarse (ello es conforme, además, con la Disposición Transitoria Segunda del Código Civil).

### c) Dinámica de la protección

– Prescripción de prestaciones por jubilación

La STS de 22 de febrero de 2005, u.d., I.L. J 951, se pronuncia sobre la prescripción de unas prestaciones que han sido consideradas dentro de lo que se denomina genéricamente “materia de Seguridad Social”. Se trata, en efecto, de unas prestaciones por jubilación previstas en el régimen de previsión de los médicos de asistencia médico-farmacéutica y de accidentes de trabajo gestionadas por la Previsión Sanitaria Nacional, Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija. Este régimen, reconocido como régimen de previsión equivalente al sustitutorio del Régimen General de la Seguridad Social, se extinguió con efectos de 1 de enero de 2000 en que entró en vigor la Disposición Adicional Decimoctava de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. La Sentencia considera que, al considerarse integrado dicho régimen en lo que se considera “materia de Seguridad Social”, han de serle aplicadas en lo no previsto expresamente por sus propias disposiciones por el sistema de normas básicas de la Seguridad Social. De esta forma, se aplica el artículo 44.2 LGSS que establece que, cuando se trate de prestaciones periódicas, el derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de su respectivo vencimiento.

#### **d) Derecho transitorio**

– Pensión SOVI: Requisito de 1.800 días cotizados, sin que se pueda aplicar el coeficiente previsto para los contratos a tiempo parcial.

La **STS de 31 de mayo de 2005**, u.d., I.L. J 1056, recuerda la doctrina establecida por el mismo Tribunal Supremo en el sentido de que las prestaciones del SOVI forman actualmente parte de una situación residual para quienes no tengan acceso al Régimen General o a los Regímenes Especiales del Sistema de la Seguridad Social, por lo que sus prestaciones no pueden sobrepasar las establecidas en la normativa que regulaba este Régimen residual, ni en su contenido ni en los requisitos para acceder a las prestaciones, pues son bien acusadas las diferencias que separan a los afiliados al SOVI de los que lo están en otros regímenes, a quienes se les exigen superiores requisitos para ser beneficiarios de la pensión de jubilación. Por todo ello, en esta Sentencia se declara que el coeficiente de 1,5 que en el sistema de Seguridad Social se establece para los contratos a tiempo parcial no es aplicable al SOVI, régimen que tiene sus propias normas.

#### **e) Jubilación anticipada**

– Prejubilaciones

Numerosas sentencias siguen pronunciándose sobre la procedencia o no del reconocimiento a los trabajadores que pasaron a la situación de jubilación forzosa por virtud de un expediente de regulación de empleo, de una gratificación equivalente a una paga extraordinaria prevista en el convenio colectivo para los trabajadores que, por cualquier causa, pasen “a la situación de pasivos”. Cuestión que ha sido ya unificada por el Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 19 de enero de 2004, I.L. J 27, de 20 de enero de 2004, I.L. J 42, de 26 de marzo de 2004, I.L. J 166, de 22 de marzo de 2004, I.L. J 258, de 7 de abril de 2004, I.L. J 339, y de 5 de abril de 2004, I.L. J 448).

En relación a ello se declara por el Tribunal Supremo que el concepto de “situación pasiva”, dentro del contexto del Convenio, se reserva para aquellos trabajadores que cesaran en la empresa “por invalidez permanente o por jubilación”, por lo que no es de aplicación a los supuestos de estos trabajadores prejubilados, ya que en aquella expresión no es posible incluir a quienes vieron extinguida su relación laboral en el marco de un expediente de regulación de empleo en el que la autoridad laboral homologó los acuerdos previamente suscritos por las partes. Se considera que la prejubilación del trabajador constituye un cese o baja en la empresa de carácter voluntario, en el que el trabajador decide su retiro a cambio de la aceptación de las condiciones que le son ofrecidas por la empresa. Incluso en el caso de que la prejubilación pudiera considerarse una situación “pasiva” no sería posible reconocer a estos trabajadores la indemnización prevista en el convenio puesto que aquella superior voluntariamente pactada y aceptada debe estimarse que es sustitutoria y no complementaria de la prevista en la normativa legal. En este

## X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

mismo sentido se pronuncian las SSTS de 2 de diciembre de 2004, I.L. J 651; de 23 de diciembre de 2004, I.L. J 947; de 26 de enero de 2005, I.L. J 947, y de 10 de febrero de 2005, u.d., I.L. J 950.

También es cuestión controvertida en muchos casos la determinación del salario pensionable determinante de la prestación a abonar por la empresa, en relación con determinados complementos salariales, en los supuestos en que el trabajador se acoge a la prejubilación; a esta cuestión se refieren diversas Sentencias del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina (de 2 de febrero de 2004, I.L. J 73, de 3 de febrero de 2004, I.L. J 75, de 11 de marzo de 2004, I.L. J 236, 11 de mayo de 2004, I.L. J 415, de 6 de mayo de 2004, I.L. J 482 y de 7 de mayo de 2004, I.L. J 515, entre otras). En la misma línea, la **STS de 12 de mayo de 2005**, u.d., I.L. J 754, que en el cómputo de la retribución salarial que hubo de tenerse en cuenta para determinar la cantidad bruta de prejubilación necesariamente ha de ser incluida la parte proporcional de las dos pagas más de beneficio al año que estableció el Convenio Colectivo. Destaca la Sentencia que la prejubilación respondió a un ofrecimiento genérico llevado a cabo por la empresa con arreglo a unos términos que implicaban que cada uno de los trabajadores que aceptasen continuarían percibiendo el 100 por 100 de la retribución correspondiente al momento de dicha prejubilación, y aunque el Convenio Colectivo que establece las dos pagas de beneficio más al año se firmó después del acuerdo de prejubilación, sus efectos eran con fecha anterior, por lo que debe ser incluida la parte proporcional de las mismas en la cantidad que perciben en concepto de prejubilación.

### B) Jubilación no contributiva

#### b) Requisitos generales

– Rentas computables.

Sobre la concurrencia del requisito de “carencia de rentas o ingresos suficientes” para tener derecho a una prestación no contributiva de jubilación se pronuncia la **STS de 27 de enero de 2005**, u.d., I.L. J 655. El supuesto concreto planteado es determinar si debe computarse como renta el producto de la enajenación de unas acciones efectuadas por uno de los miembros de la unidad de convivencia en la que se halla situado el demandante de la prestación o únicamente deben computarse como rentas la diferencia entre lo percibido por aquella venta y lo que habían ellos abonado en su día por la adquisición de las mismas. De conformidad con lo previsto en la normativa fiscal (Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias), se considera en esta Sentencia que este último es el que habrá que tener en cuenta, pues “cuando se trata de valorar adquisiciones o pérdidas patrimoniales no se valora el producto obtenido por la venta de un bien, sino la diferencia entre lo obtenido por la venta y lo que costó el título comprado en su día”.

## D) Previsión social voluntaria

### a) Mejoras voluntarias

– Mejoras del empresario acordadas en convenio colectivo: posibilidad de ser modificadas o suprimidas por convenio posterior.

La STS de 8 de junio de 2005, u.d., I.L. J 764, se pronuncia sobre la naturaleza de las mejoras voluntarias acordadas por el de empresario en un convenio colectivo. El caso concreto es el de unos trabajadores que se jubilaron anticipadamente y, entre las condiciones pactadas a tal fin, figuraba la obligación de la empresa de abonar una pensión complementaria anual, de carácter vitalicio. Tales condiciones se incorporaron a los posteriores convenios colectivos de empresa, para todo el personal incorporado a la misma con anterioridad al año 1984. El convenio colectivo para los años 1999 y 2000, dado el cambio sustancial de las condiciones existentes en el momento en que se acordaron los complementos de pensión a cargo de la empresa, con efectos económicos a 1 de enero de 2000, derogó en todos sus términos los diferentes acuerdos, convenios o pactos que han dado lugar al percibo de complementos de pensión, sustituyéndolos por lo que establece la Disposición Adicional Segunda de dicho convenio (abono, a quienes venían percibiendo complementos de pensión a cargo de la empresa, de una sola vez del importe equivalente a 3 mensualidades del complemento anualizado que en julio de 1994 le venía abonando la empresa, una vez aplicadas una serie de reducciones que se prevén en dicha disposición).

Al respecto, en la Sentencia se declara que, de acuerdo con el artículo 192, la LGSS regula la posibilidad de que las empresas mejoren directamente las prestaciones, a su exclusivo cargo o, en determinadas condiciones, con una aportación económica a cargo de los trabajadores. De ello resulta que el convenio colectivo puede establecer mejoras como cargas adicionales para las empresas, en materia de previsión social de los trabajadores, complementando la acción protectora del sistema público de Seguridad Social. El artículo 192, párrafo segundo, dispone que, no obstante el carácter voluntario, para las empresas, de la implantación de las mejoras, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, este derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento. La Sentencia considera que, en este caso concreto, “la norma que reconoce y regula las mejoras cuestionadas es un convenio colectivo, que no contienen previsiones respecto de su permanencia en el tiempo o de su blindaje frente a pactos colectivos posteriores y el convenio colectivo último, es decir, una norma de rango idéntico a la que originó el beneficio, no es que eliminara por completo el derecho anteriormente reconocido, sino que lo sustituyó por otro de similar naturaleza, aunque de distinto alcance”. “De todo ello resulta que se trata de una mejora reconocida en convenio colectivo y que otro convenio colectivo posterior, es decir, una norma de igual rango y ámbito que la propia de su reconocimiento, ha disminuido el beneficio, lo que es posible a tenor de las normas que regulan la negociación colectiva (artículo 82.4 ET).

### 3. INVALIDEZ

#### A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

##### a) Concepto. Grados y baremos

##### c') Incapacidad permanente total

Para la determinación de este grado de incapacidad (inhabilitación al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta, ex artículo 137.4 LGSS de 1994) no cabe “llevar a cabo un análisis aislado de las lesiones que presente un trabajador, sino que las mismas han de proyectarse sobre las tareas habituales que el ejercicio de la profesión habitual comporta. Aunque en el caso concreto la limitación visual del trabajador por accidente de trabajo equivale –según la escala de Wecker– a una limitación del 36 por 100, la **STS de 21 de marzo de 2005**, u.d., I.L. J 729, considera que esta escala “es una herramienta de valoración indicativa y ofrece por ello valores aproximados, que han de completarse en cada caso con el análisis de la actividad habitual del trabajador”. Por ello, considerando que la profesión de picador minero requiere, por las condiciones en que se desarrolla y por el riesgo de producir accidentes propios y a terceros que comporta, del mantenimiento de unas condiciones de visión binocular para el cálculo de distancias y de una agudeza visual mayor que la que presenta el trabajador accidentado, se reconoce el grado de IPT para la profesión de picador minero.

La **STS de 28 de febrero de 2005**, u.d., I.L. J 952, resuelve la cuestión relativa a si la incapacidad para la “profesión habitual” [ex artículo 137.1.a) y 2 LGSS de 1994] ha de estar referida a la Categoría Profesional o al Grupo Profesional del trabajador. De la definición de Grupo Profesional que pertrecha el artículo 22.2 LET (“el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales”) extrae que –dado que el grupo puede incluir diversas categorías y distintas funciones– puede incluir diversas profesiones. Según este pronunciamiento: “Estimar que el concepto de profesión habitual equivale a Grupo Profesional, a los efectos de declaración de incapacidad, conduciría al absurdo de denegar la prestación a quien no quedando capacitado para una tarea propia de la profesión que requiere una formación específica, pudiera seguir siendo apto para cumplir las necesidades ergonómicas de una actividad por completo diferente de la suya y para la que no tuviera la formación profesional necesaria. Tesis que hemos de rechazar, sin que ello quiera decir que efectuemos una identificación entre profesión habitual con la aptitud para un preciso y determinado puesto de trabajo”. Así pues, el concepto de referencia “profesión habitual” para la determinación del grado de IP en los supuestos que procede, no se equipara con el de “grupo profesional” –por la excesiva amplitud de su concepto legal– ni con el muy limitado de “puesto de trabajo”.

Es doctrina consolidada que debe entenderse por “profesión habitual” (ex artículo 137.2 LGSS de 1994), a estos efectos, “la que el trabajador ejercía habitualmente en el momen-

to en que comienza la patología determinante de este grado de incapacidad, abstracción hecha de que, antes o después, haya realizado otra el trabajador incapacitado. Así pues, el precepto legal citado se refiere a las labores desarrolladas en el momento de sobrevenir la contingencia, que son el medio de vida del trabajador, para identificar la profesión habitual. En consecuencia, profesión habitual, “no es la desempeñada al tiempo de la emisión del dictamen del EVI (...) sino la desempeñada al sufrir las lesiones origen de la incapacidad permanente, y ello con independencia de que entre ambas fechas (del accidente y del dictamen del EVI) haya transcurrido un período de tiempo más o menos dilatado(...)” [STS de 8 de junio de 2005, u.d., I.L. J 1099].

### **b) Requisitos del beneficiario**

Por lo que respecta al período mínimo de carencia necesario para generar el derecho a la prestación, el TS sostiene que el período de IT no es computable a efectos de completar el período de carencia, cuando no precede de manera inmediata a la fecha del hecho causante de la IP [STS de 14 de febrero de 2005, u.d., I.L. J 600]. Se trata de una manifestación más de la línea jurisprudencial que interpreta literalmente el artículo 4.4 RD 1799/1985, en el sentido de exigir ineludiblemente la exigencia de encontrarse en situación de IT —o de prórroga de la misma— en el momento inmediatamente precedente a la situación de IP como condición previa para el cómputo de aquellas cotizaciones a efectos de tener derecho a la prestación por IP.

### **c) Prestaciones económicas**

#### **b') Base reguladora de las prestaciones**

Para el cálculo de la base reguladora una IPA, cuando han existido cotizaciones al Régimen General y al Régimen Especial Agrario por cuenta propia (mayor número de cotizaciones), se desestima la integración de la misma con las bases mínimas en los períodos no cotizados. Ello sobre la base de que el artículo 140.4 LGSS extiende exclusivamente esta posibilidad a los trabajadores por cuenta ajena del REA. Entiende el TS que, siendo la integración de lagunas de cotización (artículo 3.4 Ley 26/1985) una ficción jurídica que se aparta de las reglas generales de correspondencia de la cotización a la actividad de trabajo y de vinculación de las prestaciones económicas a la cotización acreditada, “su aplicación debe limitarse en exclusiva a los asegurados que en él se indican de manera expresa”, siendo una cuestión interpretativa donde encuentra plena aplicación la regla hermenéutica *inclusio unius, exclusio alterius*, de respeto estricto de la dicción literal del precepto [STS de 14 de abril de 2005, u.d., I.L. J 785].

En lo que se refiere a la forma de cálculo de la base reguladora de una IPT derivada de accidente no laboral del trabajador que al tiempo del hecho causante está en alta o en situación asimilada a la misma, las cotizaciones de los dos años elegidos entre los siete precedentes antes del hecho causante, que constituyen el dividendo de la base reguladora a calcular, ha de integrarse o no con las bases mínimas que previene el artículo 140.4 LGSS.

## **X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria**

Siguiendo una doctrina consolidada, la STS de 21 de marzo de 2005, u.d., I.L. J 730, sostiene que esta norma limita su alcance como regla de cálculo de la base reguladora de la IP derivada de enfermedad común [artículo 140.1 LGSS; artículo 3.1 Ley 26/1985] y a determinadas pensiones de invalidez absoluta y gran invalidez derivadas de accidente no laboral —las causadas por quienes no se encuentran en alta o situación asimilada— [artículo 140.3 LGSS, en relación con el artículo 138.3 LGSS de 1994; artículo 3.3 Ley 26/1985]. La única manera de extender el mecanismo de integración de lagunas a la situación de IP por accidente no laboral sería por extensión analógica, aplicación que no se considera adecuada en la resolución de esta cuestión interpretativa por no darse los presupuestos que justifican su utilización, que son la carencia de normas que contemplen el supuesto específico en litigio [dado que la situación se regula por el artículo 7 RD 1646/1972, al que remite el artículo 5.4 RD 1799/1985], y la identidad de razón entre el mismo y el regulado en la norma que se pretende aplicar por analogía (artículo 4.1 CC).

### **d) Dinámica de la protección**

Según la STS de 14 de abril de 2005, I.L. J 706, para la determinación de la contingencia determinante de una IPA, el órgano judicial se encuentra vinculado (efecto positivo de la cosa juzgada) por la sentencia firme que declara la IT como derivada de contingencia común. Sobre la base del artículo 222 LEC, relativo a la cosa juzgada material, apartado 4º: “Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos (...)”. Esta base jurídica se considera aplicable puesto que el proceso de incapacidad temporal (objeto del primero de los procedimientos judiciales) y la declaración de incapacidad permanente absoluta (la determinación de cuya contingencia es objeto del litigio actual) son consecutivos y se sustentan sobre los mismos hechos y lesiones; así pues, se considera que el objeto de ambos procesos es el mismo en cuanto a la determinación de la contingencia, aun cuando difieran en cuanto a las prestaciones y situaciones de incapacidad. En consecuencia, se declara la enfermedad común como contingencia determinante de la IPA.

### **e) Compatibilidad e incompatibilidades**

La suspensión de las prestaciones por IPT para la profesión habitual por incompatibilidad con la realización de trabajos u otras tareas en la misma u otra empresa, no puede acordarse de oficio por la Entidad Gestora, sino que debe acudir a la vía judicial [STS de 3 de mayo de 2005, u.d., I.L. J 752]. La regla general sobre revisión de incapacidades es la contenida en el artículo 145 LPL según la cual las Entidades Gestoras no podrán revisar por sí mismas los actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios. El artículo 143 LGSS remite al desarrollo reglamentario la fijación de los supuestos en que la revisión procede, el procedimiento a seguir, y las consecuencias jurídicas de dicha decisión. La normativa de desarrollo se contiene en la Orden de 18 de enero de 1996, en su artículo 18 se contempla expresamente la posibilidad de suspender la prestación de IP cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 LGSS, donde no se contempla la posibilidad de suspensión de prestaciones respecto del

beneficiario de una prestación de IPT sino solamente en los casos de IPA o Gran Invalidez. El principio legal —artículo 143 LGSS— establece la compatibilidad de las prestaciones por IPT con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre que la profesión no sea la misma; por ello, el problema se concreta en determinar cuando esa profesión es otra, si existe o no compatibilidad, lo que requiere hacer una compleja comparación de trabajos y de dolencias similares, que el INSS, como parte interesada que es, no está autorizada a hacer, puesto que para ello se requiere un proceso judicial previo ex artículo 145.1 LPL.

## **B) Incapacidad permanente (modalidad no contributiva)**

### **b) Requisitos del beneficiario**

En cuanto al requisito de carencias de rentas necesario para acceder a esta prestación no contributiva (artículo 144.5 LGSS), la **STS de 27 de enero de 2005**, u.d., I.L. J 655, establece que, en caso de venta de acciones, no es computable el precio de la venta, sino que solamente se computa la diferencia entre el precio de venta y el precio de compra de las mismas. Ello sobre la base de que, siendo necesario utilizar los criterios de valoración a efectos impositivos (artículos 15 y 31 Ley 40/1998) cuando se trata de valorar adquisiciones o pérdidas patrimoniales no se valora el producto obtenido por la venta de un bien, sino la diferencia entre lo obtenido por la venta y lo que costó el título comprado en su día.

## **4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA**

### **B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos**

#### **a) Viudedad**

En respuesta a la solicitud de que se compute, todo el período de convivencia *more uxorio*, transcurrido antes de haber contraído matrimonio con el causante —que tuvo lugar en 1984—, en virtud de la Disposición Adicional Décima, número 2, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, y solicitando la posibilidad de una lectura extensiva del ámbito material regido por dicha disposición y no meramente literal, la **STC 140/2005, de 6 de junio**, recurso de amparo 6777/2000, I.L. J 822, declara que, desde la perspectiva constitucional, la interpretación de aquel requisito temporal no puede hacerse al margen de la finalidad de la norma, porque no puede ignorarse que la transformación de la unión de hecho en vínculo matrimonial requiere unos trámites procedimentales que se prolongan en el tiempo, hasta la obtención de la resolución judicial de divorcio necesaria para la posterior celebración del matrimonio; lo que supone que la entrada en vigor de la Ley 30/1981, no determina automáticamente la posibilidad de convertir la unión extramatrimonial en

vínculo conyugal. Es pues, la imposibilidad, por impedimento legal, de contraer nuevas nupcias, la base de la protección dispensada por el legislador (FJ 4º de la STC 260/1988, de 22 de diciembre).

Ahora bien, en aquellas otras situaciones concretas, en las que ni los trámites de divorcio se iniciaron de forma inmediata, sino sólo después del transcurso de un dilatado período de tiempo tras el cambio normativo, ni se acreditó tampoco una imposibilidad física o material que justificara el lapso de tiempo transcurrido, en esos supuestos ya no se presenta la razón de ser que inspira la reforma recogida en la citada Disposición Adicional (SSTC 29/1992, de 9 de marzo, y 39/1998, de 17 de febrero). En este supuesto concreto, la Audiencia Nacional resolvió que, teniendo en cuenta los casi tres años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley, no hubo imposibilidad jurídica de contraer matrimonio, por lo que no es posible aplicar la reforma del Código Civil; sobre esa resolución el Tribunal Constitucional establece, que “tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva –artículo 24.1 CE–, si el razonamiento que la funda incurre en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación (por todas STC 195/2004, de 15 de noviembre, FJ 2º)”, lo que no ocurre en el caso, sin entrar a enjuiciar el Alto Tribunal el acierto o desacierto de la tesis de la Audiencia respecto del plazo de casi tres años transcurridos.

### c) Pensión en favor de familiares

En relación con la pensión en favor de familiares, en las que durante su percepción el beneficiario supera el límite del salario mínimo interprofesional, es decir, si procede o no la extinción de la pensión cuando con posterioridad al reconocimiento de la misma, el beneficiario viene a mejor fortuna, percibiendo ingresos superiores al salario mínimo interprofesional [artículo 176.2.d) de la LGSS –carecer de medios propios de vida–, en relación con el artículo 22.1.1.e) de la Orden de 13 de febrero de 1967, que regula las prestaciones por muerte y supervivencia –que los beneficiarios carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con la obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil–]. Sobre esta cuestión la **STS de 4 de mayo de 2005**, recurso de casación para la unificación de doctrina 1874/2004, I.L. J 929, establece acertadamente que, aunque la situación de “mejor fortuna” no se halle expresamente prevista, no quiere decir que no sea causa de extinción de la pensión a favor de familiares, pues “una interpretación racional y lógica de aquél obliga a considerar implícita la mejora en la situación económica del beneficiario como causa justa de extinción de la pensión, ya que la carencia de medios de subsistencia debe concurrir no sólo en el momento de la concesión de la prestación, sino durante todo el tiempo de percepción (...) en tanto que cualquier otra interpretación podría dar lugar a situaciones abusivas que pugnarían con el verdadero sentido y alcance de su reconocimiento”. Requisito que es interpretado por el TS, en el sentido de que los ingresos del beneficiario no superen el salario mínimo interprofesional (SSTS de 9 de diciembre de 1998, 25 de junio de 1999 y 27 de marzo de 2000). Es de destacar que esta sentencia considera la naturaleza de esta pensión “cuasi benéfica”, motivada por la carencia de medios propios de vida.

**C) Cuantía de las pensiones**

Sobre la aplicación del complemento a mínimos (la diferencia entre la pensión reconocida y la cuantía mínima de la pensión fijada anualmente por el legislador) de las pensiones de Seguridad Social en el caso de una pensión de viudedad calculada en función de un tiempo limitado de convivencia del cónyuge supérstite con el cónyuge fallecido, la **STS de 31 de mayo de 2005**, I.L. J 1081, confirma la doctrina de que tanto en el caso de pensión de viudedad repartida entre cónyuge y ex cónyuge, como en el caso de reducción de la pensión de viudedad para una sola beneficiaria por limitación del tiempo de convivencia derivado de separación legal, “la cuantía del complemento de mínimos de la pensión de viudedad (...) debe abonarse en igual porcentaje que el fijado para la pensión” (véase el artículo 174.2 de la LGSS), doctrina que presupone que el complemento a mínimos no corresponde cuando la cuantía de la pensión teórica completa supera el mínimo establecido. La aplicación de este principio de “proporcionalidad al tiempo de convivencia” rige también en el régimen de clases pasivas (artículo 45 de la Ley 13/2000) (en este mismo sentido se manifiestan las SSTs de 30 de marzo de 1994 y 27 de septiembre de 1994). Siendo acertada esta interpretación sobre los términos actuales de la LGSS, sobre este aspecto sería deseable la actuación del legislador estableciendo en todo caso unos mínimos “absolutos” en determinados supuestos –beneficiarios de pensiones de viudedad– en los que se acreditase la situación de necesidad.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

M<sup>a</sup>. NIEVES MORENO VIDA

ÁNGEL J. GALLEGO MORALES

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

SUSANA DE LA CASA QUESADA

**XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL**

## Sumario:

**1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social. Organización. 3. Derecho Administrativo Sancionador.** A) Procedimiento sancionador. B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias: Salud laboral.

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Desde la última crónica publicada, la principal novedad normativa que ha aparecido en relación al Derecho Administrativo Laboral es el RD 1041/2005, de 5 de septiembre, por el que se reforman varias disposiciones reglamentarias relativas fundamentalmente a la gestión y recaudación de Seguridad Social: en primer lugar, se modifican diversos preceptos del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social; en segundo término, también se introducen variaciones en el RD 2064/1995, de 22 de diciembre, regulador del reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social; en tercer lugar, se modifica el RD 1415/2004, de 11 de junio, que aprueba el reglamento general de recaudación de la Seguridad Social; en cuarto término, se introducen asimismo cambios en el RD 1221/1992, de 9 de octubre, sobre el patrimonio de la Seguridad Social; y finalmente, se reforma el RD 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se regula el reglamento sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

Ya en relación a los pronunciamientos judiciales, en esta crónica se da cuenta de las sentencias que en materia de Administración Laboral aparecen publicadas en los números 5, 6, 7 y 8 de 2005 de la revista *Información Laboral-Jurisprudencia*. Aun cuando se abordan otras cuestiones, la mayoría de estos pronunciamientos giran en torno a dos temas concretos: de un lado, la interconexión y consiguientes efectos en caso de que el procedimiento administrativo sancionador se tramite de forma simultánea al proceso penal o al proceso laboral [*infra*, 3.A)]; y de otro, la delimitación del tipo infractor por el que se impone responsabilidad solidaria al empresario principal en caso de producirse un incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos durante el desarrollo de una contrata [*infra*, 3.B)].

## 2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. ORGANIZACIÓN

En esta materia tan sólo cabe mencionar dos pronunciamientos relativos a la contabilidad y auditorías practicadas a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Uno de ellos es la **STS de 5 de mayo de 2005**, Sala Tercera, I.L. J 749, en la que se aplica el criterio —ya sentado en sentencias anteriores— de que las cuotas de Seguridad Social (sin distinción entre las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y las demás) deben contabilizarse en la fecha de su ingreso efectivo y no en la fecha de su devengo.

En el caso de la **STS de 27 de febrero de 2004**, Sala Tercera, I.L. J 711, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre los distintos ajustes de asientos contables que se ordenaron practicar a una Mutua tras la auditoría a la que fue sometida. De un lado, la Sentencia declara una serie de gastos que no deben ser soportados por el patrimonio de la Seguridad Social: es el caso de una indemnización abonada a un trabajador jubilado, en la medida en que tal derecho a la indemnización no deriva del convenio colectivo, sino que es fruto de un pacto individual entre la Mutua y el trabajador; idéntica conclusión se alcanza respecto a las cantidades en concepto de complementos de pensiones que la Mutua se comprometió a abonar por encima de la cuantía máxima fijada por la Ley de Presupuestos; el mismo criterio se mantiene en relación a los honorarios pactados con un trabajador de plantilla, en tanto se trata de un complemento retributivo por el ejercicio de las mismas funciones profesionales —asesoramiento jurídico— que son remuneradas por el contrato laboral y que, en consecuencia, se entiende que deben ser asumidas por el patrimonio propio de la Mutua; y asimismo, tampoco se admite como gasto a soportar por la Seguridad Social la cantidad derivada de unos contratos de arrendamiento de servicios de carácter administrativo general para realizar funciones equiparables a las que llevan a cabo los colaboradores habituales de la Mutua, existiendo así una duplicación de remuneraciones. De otro lado, la Sentencia declara que también resulta procedente la orden de ajuste referida a los pagos realizados al personal de la Mutua en concepto de plus de actividad y complementos de puesto específico, puesto que estos pagos vulneran la Orden de 2 de abril de 1984, en la que se prohíbe abonar contraprestaciones económicas por actuaciones de mediación o de captación de asociados. Finalmente, en cambio, la Sentencia sí acoge la reclamación de la Mutua, en el sentido de considerar improcedente la orden de incluir en las provisiones para contingencias en tramitación fondos destinados a hacer frente a las eventuales obligaciones derivadas de procesos judiciales pendientes de resolución. En relación a esta última cuestión, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina establecida en la STS de 24 de febrero de 2004 —ya comentada en *Justicia Laboral*, núm. 19—, en la que apoya su afirmación de que cuando el artículo 65.2 del RD 1993/1995 prescribe que la provisión debe comprender la parte no reasegurada del importe presunto de las prestaciones se está refiriendo a las reconocidas en vía administrativa y no a las que pudieran resultar de un recurso judicial en tramitación:

“la consignación por costes de la contingencia final ha de excluir previsiones futuras fundadas en circunstancias aún no constatadas. Por ello sólo cabe reconocer como prestaciones presuntas las que han sido objeto de reconocimiento por parte de la Administración, pero no otras que pudieran resultar de la eventual estimación posterior de un recurso jurisdiccional, no sólo cuando las prestaciones hayan sido denegadas, sino también cuando se trata de supuestos en que se solicita una prestación mayor”.

### 3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

#### A) Procedimiento sancionador

En relación a la fase inmediatamente previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador, las sentencias del período recuerdan que la garantía de indemnidad comprendida en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) alcanza a las denuncias que los trabajadores interpongan ante la Inspección de Trabajo para requerir la exigencia administrativa de sus derechos. En cierto modo, esta idea puede entreverse en la **STC 144/2005, de 6 de junio**, I.L. J 821, si bien, en este caso la vulneración del derecho fundamental se aprecia con ocasión del cese de un trabajador comunicado con posterioridad no sólo a la denuncia ante la Inspección, sino también después de haber interpuesto además una demanda ante la jurisdicción laboral. Más rotunda, por ello, es la **STSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2005**, I.L. J 624, donde expresamente se manifiesta esta garantía en un supuesto en que el despido de unas trabajadoras se vincula a la previa presentación de una denuncia ante la Inspección de Trabajo, sin haber mediado aún demanda ante los tribunales. En este caso, la inmediatez temporal entre la denuncia y la decisión extintiva hace que el órgano judicial aprecie una sospecha razonable de que la resolución de los contratos responde a la voluntad empresarial de adoptar represalias frente a los trabajadores, de ahí que, al no presentar el empresario una justificación objetiva y razonable de la extinción que resulte ajena a todo propósito vulnerador del derecho, el TSJ del País Vasco acaba confirmando la nulidad del despido en virtud del artículo 55.5 ET. Según razona la Sentencia, no impide esta declaración el hecho de que la denuncia fuera interpuesta por los representantes de los trabajadores y no directamente por las trabajadoras despedidas:

“Las circunstancias expuestas son reveladoras indiciariamente de una relación de causalidad entre la denuncia de la existencia de una cesión ilícita de los trabajadores (...) por parte de los representantes sindicales de los trabajadores (...) y la decisión de cese (...). A ello no es óbice que la denuncia fuese formulada por los representantes sindicales de la empresa cesionaria en ejercicio de las facultades reconocidas (...), al tratarse de un acto preparatorio para el ejercicio de la acción judicial, del que no pueden seguirse consecuencias perjudiciales para los trabajadores afectados por la denuncia, aunque no sean los firmantes.”

Ya en relación a la tramitación del procedimiento administrativo sancionador propiamente dicho, hay que hacer mención a tres sentencias que se detienen a analizar las posibles implicaciones que pueden producirse cuando unos mismos hechos dan lugar a la incoación de un procedimiento administrativo sancionador y a la iniciación de un

proceso penal o de un proceso laboral. El primero de estos pronunciamientos es la **STS de 7 de febrero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 712, dictada en recurso de revisión, cuyo origen está en la imputación de una infracción en materia de prevención de riesgos, que en un principio genera una sentencia de la jurisdicción social que condena al abono del recargo de prestaciones, y que con posterioridad –tras la firmeza de la sentencia laboral– da lugar, por el contrario, a una sentencia contencioso-administrativa que anula la resolución sancionadora impuesta en vía administrativa. Al margen de señalar que, por su carácter posterior, esta sentencia contencioso-administrativa no constituye documento hábil para estimar la revisión de la sentencia laboral, el mayor interés de la Sentencia reside en su afirmación –ya expuesta en la STS de 17 de mayo de 2004– de que ni la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador ni el desarrollo de un procedimiento penal sobre el presunto incumplimiento de las medidas de seguridad provocan la obligación del juzgado de lo social de suspender el proceso laboral que pudiera estar sustanciándose de forma simultánea. A favor de esta aseveración, la Sentencia aduce el artículo 123 LGSS –que declara expresamente la compatibilidad del recargo de prestaciones con las demás responsabilidades derivadas de un hecho punible–, y también el artículo 86.1 LPL –que no admite la suspensión del proceso laboral por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos–. En contra, no obstante, la Sentencia reconoce que la OM de 18 de enero de 1996 –dictada en desarrollo del RD 1300/1995, sobre incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social– dispone en su artículo 16.2 que “cuando se conozca la existencia de algún procedimiento judicial en la vía penal por los hechos relativos a la declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad, se suspenderá el expediente en este solo aspecto, hasta que recaiga sentencia firme por resolución que ponga fin al procedimiento”. Sin embargo, a juicio del Tribunal, esta previsión no encuentra apoyo legal ni en el RD 1300/1995 que desarrolla, ni en el artículo 3.2 LISOS, que para el caso de que los hechos estén siendo conocidos por la jurisdicción penal, tan sólo impone la obligación de suspensión al procedimiento administrativo sancionador –naturaleza que no cabe atribuir al procedimiento de recargo de prestaciones–:

“(…) artículo 3.2 del RD-L 5/2000, (...) . Como se ve la orden de paralización afecta exclusivamente al procedimiento sancionador, que es el regulado en dicha norma, y el de imposición de medidas de seguridad no tiene esta consideración. Ciertamente es que la naturaleza jurídica del recargo por falta de medidas de seguridad es un tanto compleja teniendo algunos matices propios de la sanción, aunque, acaba teniendo una consideración *sui generis* que le aparta de la sanción propiamente dicha al ser beneficiarios de su cuantía el trabajador o sus causahabientes”.

También la **STS de 7 de junio de 2005**, u.d., I.L. J 1006, Sala Tercera, se pronuncia sobre los efectos que genera la simultánea tramitación de un procedimiento administrativo sancionador y de un proceso penal por los mismos hechos, si bien en este caso para analizar algunos aspectos del régimen jurídico de la suspensión del expediente administrativo: la determinación del momento de su reanudación y la incidencia sobre los plazos de caducidad del procedimiento administrativo. Los hechos debatidos en este litigio se desarrollan conforme a la siguiente cronología: el 29 de junio de 1994 se extiende el acta de infrac-

ción; el 19 de diciembre de 1994 –cuando aún faltaban diez días para el transcurso de los seis meses que tiene la Administración para dictar la resolución sancionadora– se elabora el informe de la Inspección de Trabajo por el que se comunica la existencia de causa penal por los mismos hechos; con posterioridad, debido a la tardanza de la jurisdicción penal en confirmar la tramitación de diligencias penales, no es hasta el 20 de noviembre de 1995 cuando se dicta formalmente la resolución administrativa de suspensión del procedimiento sancionador; a continuación, tras varias peticiones al juzgado de instrucción requiriendo información sobre el estado de las diligencias previas, el 23 de febrero de 1999 se comunica la firmeza del auto de sobreseimiento; en ese momento, se reanuda el procedimiento administrativo sancionador hasta que el 9 de marzo de 1999 se dicta resolución sancionadora –notificada el 15 de marzo de 1999–, siendo obvio a juicio de la sentencia recurrida que en esa fecha aún no había transcurrido el plazo de caducidad dispuesto en el artículo 20.6 del RD 1398/1993 en relación con la redacción entonces vigente del artículo 43.4 Ley 30/1992 –seis meses más treinta días desde el vencimiento del plazo para resolver– (recuérdese que la normativa vigente lo fija ahora estrictamente en seis meses). A la vista de estos hechos, la **STS de 7 de junio de 2005**, u.d., declara no haber lugar al recurso planteado, no sólo por falta de contradicción con la sentencia de contraste, sino porque además insiste en la idea de que, tras haber quedado suspendido por la apertura de diligencias penales, el procedimiento administrativo sancionador no puede ser reanudado hasta que se conozca la “firmeza” de la resolución que ponga fin a las actuaciones penales:

“no cabe apreciar la infracción que el recurrente refiere, de los artículos que cita, pues el artículo 7º del Real Decreto 1398/1993, –que el recurrente señala como infringido en su artículo 20–, expresamente dispone que el procedimiento sancionador debe entenderse interferido por la existencia de causa penal, como es el supuesto de autos, y la reiniciación del expediente sancionador, suspendido por la existencia de causa penal por los mismos hechos, no puede producirse hasta que la Administración tenga noticia de la firmeza de la resolución que pone fin a esa causa penal, que es la que valoró la sentencia recurrida, adecuadamente. Sin que a lo anterior obste, el que se tardara más o menos en emitir las oportunas certificaciones, pues por un lado, la sentencia valora que la Administración reiteró sus peticiones, y, por otro, el que el hoy recurrente, que era parte en el procedimiento penal no hiciera comunicación alguna a la Administración”.

Desde una perspectiva diferente, la **STSJ de Cantabria de 28 de abril de 2005**, I.L. J 976, se centra en otra de las causas de suspensión del procedimiento administrativo sancionador: se trata en este caso de la iniciación de oficio del proceso laboral con ocasión de un acta de infracción extendida por alguna de las materias que cita el artículo 149.2 LPL, siempre que el inculpado la haya impugnado con base en alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento de fondo de la cuestión está atribuido a la jurisdicción social. Reiterando la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta modalidad procesal, la Sentencia se limita a recordar que la finalidad de la apertura de este proceso laboral y la consiguiente paralización del expediente administrativo sancionador no es otra que la de establecer una especie de prejudicialidad devolutiva respecto a la resolución administrativa:

“de lo que se trata es de que los Tribunales de este orden jurisdiccional clarifiquen si ha existido o no la situación jurídica, (...), como cuestión prejudicial a efectos de que la Autoridad administrativa pueda resolver, con base en ello, si procede o no la sanción, propuesta por la Inspección de Trabajo.

Con ello se trata de evitar el planteamiento del conflicto de competencia al que alude el artículo 12 de la LPL, en el caso de que los Tribunales del orden contencioso-administrativo hubieran de resolver un recurso de esta última clase contra la resolución que en el expediente de infracción adoptara en su día la Autoridad administrativa laboral”.

## **B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias: Salud laboral**

Todas las sentencias a comentar en esta materia concentran su atención en un mismo ilícito: la responsabilidad solidaria que el artículo 42.3 LISOS atribuye al empresario principal por infracciones sobre prevención de riesgos cometidas en el marco de una contrata.

Un repaso general a los elementos que configuran este tipo infractor puede verse en la **STS de 7 de diciembre de 2004**, u.d., I.L. J 709, Sala Tercera. En realidad, esta Sentencia no llega a pronunciarse sobre el fondo del conflicto por no apreciar contradicción entre las resoluciones comparadas. Sin embargo, su texto resulta de interés por cuanto reproduce la doctrina de la STS de 10 de diciembre de 2001 —alegada como sentencia de contraste y ya referida en *Justicia Laboral* núms. 10 y 11—, especialmente a efectos de remarcar la exigencia de culpabilidad y la independencia de la responsabilidad del empresario principal respecto a la del empresario contratista. Concretamente, en este pronunciamiento el Tribunal Supremo recordó que la responsabilidad solidaria que el ordenamiento atribuye al empresario principal por incumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene sólo se genera cuando concurren dos presupuestos: que la contrata o subcontrata sea de propia actividad y que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal, debiendo entenderse que dicha responsabilidad no es una responsabilidad objetiva o automática que nace por el mero hecho de la subcontratación, sino que se trata de una responsabilidad fundada en el principio de culpabilidad por haber incurrido el empresario principal en un incumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos que derivan de sus facultades de organización del centro de trabajo. En este último sentido, la STS de 10 de diciembre de 2001 insistió en que la responsabilidad solidaria imputada al empresario principal tiene carácter directo y resulta independiente y distinta de la responsabilidad en la que haya podido incurrir el empresario contratista, de ahí que, al quedar vinculada la responsabilidad de cada empresario a la inobservancia de sus respectivas obligaciones, es por lo que en cada caso se hace necesario examinar el incumplimiento de uno y de otro, razón por la que se justifica la posibilidad de que puedan imponerse sanciones diferentes a una u otra empresa sin vulnerar el principio de igualdad. Pues bien, tras recordar estas ideas, el pronunciamiento ahora comentado —la **STS de 7 de diciembre de 2004**, u.d., — considera que la doctrina sentada por la STS de 10 de diciembre de 2001 no resulta contradicha por la fundamentación de la sentencia recurrida:

## XI. Administración Laboral

en esta última también se parte de que la imputación de la responsabilidad solidaria del empresario principal en caso de contratas no juega en todo caso, sino que depende de los requisitos ya indicados —entre ellos, la exigencia del principio de culpabilidad—, de ahí que la **STS de 7 de diciembre de 2004**, u.d., aprecie que la conclusión alcanzada por el pronunciamiento recurrido de no atribuir responsabilidad solidaria resulta perfectamente compatible con el precepto legal y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por su parte, y aun cuando en litigios sobre recargo de prestaciones ex artículo 123 LGSS, las **SSTS de 26 de mayo de 2005**, u.d., I.L. J 990, y **de 11 de mayo de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 1080, permiten perfilar el alcance de uno de los elementos necesarios del tipo infractor que comentamos: la exigencia de los artículos 24.3 LPRL y 42.3 LISOS de que la infracción se produzca en el “centro de trabajo del empresario principal”. De entrada, respecto a la interpretación de este requisito, ambas Sentencias empiezan recordando que la clave para aplicar la responsabilidad solidaria reside en que el accidente se produzca en un ámbito situado bajo el control e inspección de la empresa principal —o contratista, en caso de subcontrata—. En este sentido, la **STS de 26 de mayo de 2005**, u.d., I.L. J 990 —reiterada en algunos puntos por la **STS de 11 de mayo de 2005**, u.d., I.L. J 1080—, recuerda que:

“(…) el substrato fáctico y legal en este tipo de situaciones viene dado por el hecho de que el trabajo en cuyo desarrollo se produce el accidente, tiene o debe tener lugar bajo el control y la inspección de la empresa principal o de la contratista —en caso de subcontrata— o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de éstas, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ellas, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados de las distintas empresas implicadas en la cadena de contratas (...) Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control”.

A partir de esta premisa, cada una de las Sentencias referidas se pronuncia sobre el concepto de “centro de trabajo del empresario principal” en los respectivos supuestos a resolver. En el caso de la **STS de 11 de mayo de 2005**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1080, la determinación de “centro de trabajo” se produce en una “contrata” concertada entre dos empresas dedicadas al suministro de electricidad, habiendo acaecido el accidente del trabajador perteneciente a la empresa contratista durante el desarrollo de unos trabajos al aire libre realizados en la carretera. En estas circunstancias, no tiene duda el Tribunal Supremo de que el ámbito en que se produjo el accidente puede equipararse a un centro de trabajo de la empresa principal, por lo que ratifica su responsabilidad solidaria sobre el recargo de prestaciones:

“ha de concluirse que la instalación en donde se produjo el accidente laboral puede equipararse a lo que es un centro de trabajo. A tal conclusión no obsta el que tal instalación

esté en el campo y al aire libre, pues se trata del área geográfica de la propia actividad de la empresa, en donde se hallan los materiales (postes, conductores, cables) que son de su propiedad o están a su disposición, mediante los cuales realiza aquélla y cuya conservación y mantenimiento le corresponde (...) En este sentido es oportuno recordar que el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, que desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales, define el centro de trabajo en el artículo 2.a) como ‘cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo’”.

En el conflicto resuelto en la **STS de 26 de mayo de 2005**, u.d., I.L. J 990, el litigio ya no se plantea en relación a una “contrata”, sino en relación a una “subcontrata”, poniéndose aquí el acento sobre el alcance del requisito de que el centro de trabajo corresponda al “empresario principal” —o al contratista en caso de subcontratación—. Concretamente, los hechos discutidos en este pleito se refieren a un accidente laboral producido en las obras de un jardín municipal que habían sido adjudicadas a una empresa de construcción, que a su vez había subcontratado su realización con otra empresa constructora, a cuya plantilla pertenecía el trabajador accidentado. A partir de estos hechos, la cuestión se centra en decidir si el accidente sufrido por un trabajador de la empresa subcontratista puede hacer que la empresa contratista de la propia actividad quede afectada por la responsabilidad solidaria a que se refieren los artículos 24.3 LPRL y 42.3 LISOS, a pesar de que el accidente se produce en un centro de trabajo perteneciente a la empresa principal. A este respecto, la Sentencia razona que la referencia al “centro de trabajo” incluida en estos preceptos no debe interpretarse de forma estricta conforme a la definición del artículo 1.5 ET, sino que debe ser equiparada a “lugar de trabajo”, al que debe extenderse la responsabilidad de la empresa adjudicataria de una obra que decide subcontratar su desarrollo con otra empresa de su misma actividad. Por ello, rechazando el recurso de la empresa contratista, el Tribunal Supremo acaba confirmando la imposición solidaria del recargo de prestaciones a la empresa contratista y a la subcontratista:

“El problema que ha de resolverse surge a la hora de determinar la extensión de esa responsabilidad para lo que en primer término deberá analizarse si el accidente se produjo en un ‘centro de trabajo’ de la contratista o adjudicataria, una vez admitido también que en ese lugar, el Jardín de la Concepción, no había ningún trabajador de aquélla y los cinco operarios eran de la subcontratista. La doctrina científica y la jurisprudencia (...) vienen entendiendo que el estricto concepto de centro de trabajo previsto en el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores no resulta aplicable a los efectos previstos en las normas ahora examinadas, sino que la referencia legal equivale más bien a la expresión ‘lugar de trabajo’, lo que aplicado al caso que aquí se resuelve significa que si la empresa que ahora rechaza su responsabilidad se ha adjudicado una obra para su ejecución, y decide libremente subcontratarla a otra empresa de su misma actividad, lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es en absoluto ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir, lo mismo que los beneficios, con la contrata, de forma que su responsabilidad deriva de la falta de información, control que le era exigible en

## **XI. Administración Laboral**

relación con los trabajadores de la empresa subcontratista en relación con una obra de la que era adjudicatario.

Al producirse por tanto el accidente que dio origen a estas actuaciones en ‘lugar de trabajo’ de la empresa hoy recurrente, y haber concurrido infracción de los deberes que le incumbían sobre información e instrucción sobre los riesgos existentes, la sentencia recurrida aplicó correctamente los preceptos cuya infracción se denuncia en el recurso, que por ello debe ser desestimado.”

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) Demanda de tutela de derechos fundamentales e indemnización por daños frente a la Administración Pública. B) Relación laboral. Veterinarios y Administración autonómica. C) Expediente de Regulación de Empleo. Trabajadores afectados. D) Personal estatutario al servicio de entidades gestoras de la Seguridad Social. Asignación de funciones. E) Competencia de Tribunales españoles. Trabajo en buque. Extinción del contrato al amparo de lo establecido por legislación extranjera. F) Elecciones sindicales. Funcionarios. Impugnación de preaviso. G) Reconvención. Reclamación de daños y perjuicios a un trabajador. H) Administrador único. Extinción de contrato mercantil. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Accidentes de trabajo. a) Aseguramiento de riesgos profesionales. b) Indemnización reclamada por herederos. B) Cotización a la Seguridad Social: obligación y cuantía. C) Inexistencia de relación laboral. Contratos administrativos. D) Futbolista profesional. Derechos de imagen. **4. Conciliación extrajudicial. Incomparecencia del demandado. 5. Demanda. 6. Acumulación.** A) Acciones. B) Autos. **7. Excepciones.** A) Inadecuación de procedimiento. B) Falta de legitimación. a) Activa. b) Pasiva. C) Litisconsorcio pasivo necesario. D) Falta de acción. E) Prescripción. F) Caducidad. G) Cosa juzgada. **8. Práctica de la prueba.** A) Denegación de prueba testifical. B) Prueba documental. C) Carga de la prueba. a) Extinción del contrato por causas objetivas. Situación de iliquidez de la empresa. b) Inversión. D) Valoración de la prueba. **9. Sentencia.** A) Incongruencia. a) Existencia. b) Inexistencia. B) Hechos probados. **10. Despido. Salarios de tramitación.** A) Limitación temporal. Requisitos. B) Reclamación al Estado. **11. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso. a) Afectación general. b) Cuantía litigiosa. B) Legitimación para recurrir. C) Modificación de hechos probados. **12. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Contradicción. Requisitos materiales. B) Escrito de interposición. C) Infracción

de ley. D) Cuantía litigiosa. Cuotas por débitos a la Seguridad Social. **13. Recurso de casación. Defectos en la formalización. 14. Recurso de revisión.** A) Sentencia recaída en el orden penal. B) Maquinación fraudulenta. C) Documentos que habilitan el recurso. **15. Ejecución de sentencia. Intereses. 16. Costas.**

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones del proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 5 a 8 (ambos inclusive) del año 2005 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*. Destacan de nuevo varias sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que consideran inhábiles los sábados, al amparo de la modificación de la LOPJ, a los efectos de computar el plazo de caducidad para interponer la acción de despido.

## 2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

### A) Demanda de tutela de derechos fundamentales e indemnización por daños interpuesta frente a la Administración Pública

La STS de 10 de febrero de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 661, analiza si la jurisdicción laboral es competente para conocer de la demanda de tutela de derechos fundamentales interpuesta por una empleada frente al Organismo Autónomo Museos y Centros del Cabildo Consular de Tenerife. El TS concluye que dicho orden es competente porque, aunque la demanda se interpuso frente a un órgano de la Administración, dicho órgano actuaba en el marco de una relación laboral, en una acción de tutela de derechos fundamentales.

### B) Relación laboral. Veterinarios y Administración autonómica

Según la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de marzo de 2005, I.L. J 693, la relación entre una serie de veterinarios y la Consejería de Agricultura de la Junta de Castilla y León es de naturaleza laboral ya que era ésta la que organizaba las visitas, proporcionaba el material y ejercía labores de inspección y vigilancia del trabajo, y ello, aunque el contrato formalizado entre las partes fuera administrativo de arrendamiento de servicios.

### C) Expediente de regulación de empleo. Trabajadores afectados

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 16 de febrero de 2005, I.L. J 816, analiza una demanda interpuesta por un trabajador frente a la decisión de la empresa de incluirle entre los afectados por el ERE. Según el TSJ, lo que se debate aquí no es la legalidad de la deci-

## **XII. El Proceso Laboral**

sión administrativa, ya que el demandante acepta la autorización del ERE y no se opone a las extinciones, sino la validez de la decisión empresarial de incluirle entre los afectados. El TSJ declara que, en la medida en que la resolución administrativa no había establecido el listado de los trabajadores afectados, los litigios relativos a la determinación de dichos afectados corresponden al orden social.

### **D) Personal estatutario al servicio de entidades gestoras de la Seguridad Social. Asignación de funciones**

La competencia para determinar la procedencia o improcedencia de la asignación de funciones al personal estatutario de las entidades gestoras de la Seguridad Social corresponde al orden social, por así establecerlo el artículo 45 LGSS. Éste es el criterio mantenido por la STS de 5 de mayo de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 849.

### **E) Competencia de Tribunales españoles. Trabajo en buque. Extinción del contrato al amparo de lo establecido por legislación extranjera**

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 7 de marzo de 2005, I.L. J 874, establece que la jurisdicción laboral de los Tribunales españoles es competente para conocer de la extinción del contrato de un trabajador que había sido contratado por una empresa española pero que prestaba servicios en barcos de bandera marroquí y cuya relación laboral había sido extinguida de conformidad con la legislación marroquí. Para llegar a esa conclusión, el TSJ se remite a la STS de 21 de marzo de 2003, según la cual la competencia del orden social deriva de lo dispuesto en el Reglamento de la Comunidad Europea 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y, subsidiariamente, de lo dispuesto en la LOPJ, al tener uno de los codemandados su domicilio en un país de la UE.

### **F) Elecciones sindicales. Funcionarios. Impugnación de preaviso**

La STSJ de Valencia de 22 de febrero de 2005, I.L. J 889, concluye que el orden competente para conocer de controversias relativas al preaviso de celebración de elecciones sindicales entre el personal funcional es el social. Ello es así por cuanto la Ley 18/1994 de 30 de junio, por la que se modifica la normativa de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas de la Ley 9/1987, de 12 de junio –modificada por Ley 7/1990– atribuye a dicho orden las controversias suscitadas en materia de elecciones sindicales. A la vista de lo anterior y puesto que, a juicio del TSJ, la promoción de elecciones viene a constituir el primer acto por el que se comunica el propósito de su celebración y pertenece a la propia materia electoral, no cabe remitir el conocimiento de las controversias relacionadas con el mismo a un orden distinto del social.

### **G) Reconversión. Reclamación de daños y perjuicios a un trabajador**

La STS de 31 de mayo de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 985, analiza la naturaleza de la demanda reconventional en reclamación de indemnización por daños y perjuicios formulada por una empresa en el acto de conciliación por despido instado por el trabajador. La

sentencia impugnada había declarado que la demanda reconventional tenía su base en el artículo 1101 CC, lo que la configura como una indemnización de daños y perjuicios de naturaleza civil, estableciendo asimismo que la compensación no podía operar por cuanto no se habían objetivado y cuantificado los daños y perjuicios. No obstante, el TS entiende que la acción entablada es de responsabilidad contractual derivada de contrato de trabajo y concluye por tanto que la jurisdicción social es competente para conocer de la misma.

#### **H) Administrador único. Extinción de contrato mercantil**

La STSJ de Madrid de 5 de abril de 2005, I.L. J 1051, declara la competencia del orden social para conocer de las controversias surgidas a raíz de la extinción de la relación existente entre el administrador único de una sociedad y ésta. El TSJ de Madrid se basa para ello en que la absorción de la relación laboral por la mercantil sólo puede predicarse respecto a aquellos supuestos en que exista una absoluta indiferenciación funcional entre el cargo mercantil y el laboral de forma que “(...) la simetría directiva sea jurídicamente perfecta (...)”. No obstante, dicha absorción no se produce en aquellos casos en que, como el enjuiciado, la “mercantilización” de la relación laboral del actor (que había prestado servicios bajo un contrato de alta dirección con anterioridad a su nombramiento como administrador) “(...) se produce como consecuencia de un proceso de promoción profesional (...)” ya que, de otra forma, dicha promoción constituiría, en la práctica, una “(...) degradación laboral a través de la pérdida del contrato de trabajo (...)”. En consecuencia, el TSJ declara que el contrato de alta dirección y las cláusulas indemnizatorias contenidas en el mismo son válidas.

### **3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA**

#### **A) Accidentes de trabajo**

##### **a) Aseguramiento de riesgos profesionales**

La STS de 27 de enero de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 591, determina que la jurisdicción social es incompetente para resolver un litigio relativo al aseguramiento de accidentes de trabajo. En este supuesto, los accidentes se habían producido como consecuencia de la actividad laboral de los tripulantes de embarcaciones pesqueras. Si bien, con carácter general, dichos accidentes deben ser considerados como accidentes de trabajo, el TS entiende que en el presente supuesto el mencionado orden no es competente por cuanto la póliza de seguros no había sido suscrita por la empresa empleadora sino por la Xunta de Galicia, que intervenía en su condición de poder público y que, por tanto, se trata de una protección social complementaria que no deriva de contrato de trabajo ni de convenio colectivo y no constituye una mejora voluntaria de la Seguridad Social.

### **b) Indemnización reclamada por herederos**

Según la STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de marzo de 2005, I.L. J 858, el orden social no es competente para conocer de la reclamación de indemnización por accidente laboral interpuesta por los herederos de la víctima. El TSJ se basa, por una parte, en que no existía relación laboral entre el accidentado y dos de los demandados y, por otra, respecto a la entidad que efectivamente desempeñaba las funciones de empleador del fallecido, en la que los demandantes no especificaban cuál era el ilícito laboral en que podía fundamentarse su responsabilidad. Además, los demandantes habían declarado previa y expresamente que la cantidad que habían percibido en compensación a la renuncia a interponer acciones civiles o penales resarcía plenamente los daños sufridos.

### **B) Cotización a la Seguridad Social: obligación y cuantía**

La STS de 20 de mayo de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 755, reafirma el criterio general de la Sala que considera que corresponden al orden administrativo todas las cuestiones relativas a la cotización. Así, la gestión recaudatoria que el artículo 3.1.b) LPL excluye de la competencia del orden social, alcanza no sólo a las operaciones materiales de cobro de las cotizaciones sino también a la declaración de la existencia de su obligatoriedad y a la determinación de su importe. Ello es así, porque (i) el mencionado artículo de la LPL muestra que la actividad recaudatoria debe entenderse en sentido amplio, y (ii) la noción de recaudación comprende tanto la recaudación en vía ejecutiva como voluntaria y esta última incluye las operaciones típicas de declaración de deuda, etc.

### **C) Inexistencia de relación laboral. Contratos administrativos**

Según la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de marzo de 2005, I.L. J 877, la jurisdicción laboral sólo es competente para conocer de supuestos en que la apariencia formal de un contrato administrativo evidencia claramente la realidad subyacente de relación laboral. Por ello, este orden es incompetente para conocer de una demanda interpuesta frente al Servicio Canario de Salud: en ese supuesto, no subsistía una relación laboral: no se habían prestado servicios de forma ininterrumpida ni asignada de forma permanente a un departamento, el salario era fijado a tanto alzado sin sujeción al convenio colectivo y no había sometimiento a instrucciones ni horario.

### **D) Futbolista profesional. Derechos de imagen**

Según la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de marzo de 2005, I.L. J 957, el orden social no es competente para conocer de la reclamación de cantidad en concepto de compensación por la cesión de derechos de imagen de un futbolista profesional. El TSJ concluye en el sentido expuesto por cuanto como quiera que los derechos habían sido cedidos a una sociedad mercantil (y ésta, a su vez, al Club de Fútbol) por el futbolista, el sujeto contra quien corresponde la reclamación en cuestión no es ya el jugador sino la

sociedad mercantil, y ello, además, en virtud de un acuerdo también de naturaleza mercantil firmado entre dicha sociedad y el jugador.

#### **4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. INCOMPARECENCIA DEL DEMANDADO**

Según la **STSJ de Extremadura de 9 de marzo de 2005**, I.L. J 638, en aquellos supuestos en que el empresario no hubiera acudido al acto de conciliación sin justificación alguna para ello y la sentencia coincida esencialmente con la pretensión deducida en la papeleta, “(...) el Juez o Magistrado se encuentra compelido (...)” por los términos del artículo 66.3 LPL, quedando obligado a imponer la sanción pecuniaria prevista en el mismo.

#### **5. DEMANDA**

La **STSJ de Cantabria de 16 de marzo de 2005**, I.L. J 690, dispone que una pretensión no puede hacerse valer por primera vez en el trámite de conclusiones puesto que en éstas no es posible alterar los puntos fundamentales y pedimentos de la demanda. La **STSJ de Cantabria de 28 de abril de 2005**, I.L. J 976, desestima la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, por entender que es correcta la remisión que hace uno de los hechos de la demanda al acta de infracción de la Inspección de Trabajo, en la que se exponen con claridad los hechos necesarios para el análisis judicial de la cuestión debatida. Por contra, la **STS de 29 de abril de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 697, entiende que es defectuosa, por no contener hechos claros y precisos, aquella demanda en la que se pide una cantidad global, sin desglosar las cantidades que por cada concepto salarial y período se reclaman.

#### **6. ACUMULACIÓN**

##### **A) Acciones**

La **STSJ de Cantabria de 3 de marzo de 2005**, I.L. J 691, dispone que fundamentar en la existencia de cesión ilegal entre dos empresas la condena solidaria en una acción de despido, no implica acumulación indebida de acciones porque no cabe ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente.

##### **B) Autos**

La **STS de 25 de abril de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 738, recuerda que, desde la fecha de entrada en vigor de la actual LPL, si un trabajador plantea, en base a unos mismos hechos, demanda de despido y de extinción del contrato ex artículo 50 ET, la demanda posterior deberá acumularse a la anterior y debatirse todo en un solo juicio.

### 7. EXCEPCIONES

#### A) Inadecuación de procedimiento

La STSJ de Valencia de 11 de febrero de 2005, I.L. J 808, declara que es inadecuado el proceso de despido cuando se impugna la negativa de la empresa al reingreso del trabajador tras una excedencia por inexistencia de vacante, siendo lo correcto interponer una acción declarativa a través del proceso ordinario. De otro lado, la STSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2005, I.L. J 629, estima la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo cuando nos hallamos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo tramitada de forma colectiva (comunicaciones, reuniones y negociaciones con el Comité de Empresa) y que afecta a una práctica empresarial (el horario de un conjunto de trabajadores en una empresa en la que hay distintas bandas horarias en razón de las distintas necesidades empresariales). En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Madrid de 7 de marzo de 2005, I.L. J 903, respecto del sistema de determinación de la jornada de un colectivo indiferenciado. Por su parte, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 15 de marzo de 2005, I.L. J 1024, recuerda la jurisprudencia del TS relativa a la inadecuación del procedimiento de despido en los casos de cese de personal interino de las Administraciones Públicas, ya que dichos supuestos deben tramitarse por el procedimiento ordinario. De acuerdo con la STSJ de Cantabria de 16 de marzo de 2005, I.L. J 690, es inadecuado el procedimiento de conflicto colectivo cuando únicamente existe un conflicto de intereses y no un conflicto jurídico (es decir, una discusión sobre la interpretación o aplicación de una norma estatal, convenio colectivo o práctica empresarial). Según la STS de 13 de abril de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 701, es inadecuado el proceso de conflicto colectivo cuando, para el reconocimiento del derecho invocado, sea necesario entrar a examinar las particulares condiciones de trabajo de cada uno de los trabajadores, circunstancia que fracciona el interés general que el conflicto colectivo pretende proteger. Por contra, la STS de 14 de abril de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 705, entiende que es adecuada dicha modalidad procesal si, en un origen, existía un “colectivo”, sin que su reducción numérica posterior le haga perder la cualidad de “grupo” con intereses propios independientes del de los demás trabajadores. Por su parte, la STS de 21 de abril de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 737, declara ajustada a Derecho la tramitación a través de un conflicto colectivo de la reclamación contra la modificación unilateral del horario, por afectar esta medida a más del diez por ciento de los trabajadores en una plantilla de entre cien y tres cientos empleados. La STS de 25 de abril de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 913, recuerda la doctrina unificada de la Sala relativa a la necesidad de usar el cauce del proceso ordinario, y no la modalidad de clasificación profesional, cuando, para la resolución del conflicto, no sea clave el análisis de hechos y circunstancias del trabajo (es decir, de las funciones desempeñadas por los trabajadores en relación con las propias de las categorías discutidas) sino la interpretación de preceptos. Por otro lado, la STS de 17 de mayo de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1064, declara adecuado el procedimiento de tutela de la libertad sindical para enjuiciar pretendidas vulneraciones que ya no persistan en el momento de interponerse la demanda, ya que subsistirá la tutela resarcitoria de las consecuencias derivadas del acto lesivo. Finalmente, la STS de 31 de mayo de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 996, desestima la excepción de inadecuación de procedimiento opuesta por haberse tramitado una reclamación por vulneración del derecho de huelga por la modalidad de conflicto colectivo (en lugar de por la vía

prevista para los derechos fundamentales en los artículos 175 y siguientes LPL). A tal fin, el TS razona que: (i) el recurrente no impugnó la providencia de admisión a trámite; (ii) no se le causó indefensión en ningún momento, puesto que se cumplieron los requisitos esenciales de dicha modalidad procesal, y (iii) no se aportaron indicios de vulneración del derecho fundamental que justificaran la inversión de la carga probatoria.

## **B) Falta de legitimación**

### **a) Activa**

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de marzo de 2005, I.L. J 878, recuerda que los defectos advertidos en los actos de postulación o representación procesal de las partes son de carácter subsanable y, en consecuencia, desestima la alegación de indefensión que según el recurrente se dio cuando el juzgador *a quo* rechazó la excepción de falta de legitimación activa alegada en el acto de juicio por no estar acreditada la representación del actor, al haberse acreditado dicha representación tras el juicio. Asimismo, la STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2005, I.L. J 1036, reconoce legitimación activa para impugnar un convenio colectivo a la Delegación del Gobierno: se trata de un tercero titular de un interés legítimo, aunque no tenga la condición de autoridad laboral. Por último, la STSJ de Cantabria de 4 de abril de 2005, I.L. J 881, reconoce el derecho de la actora que, en su condición de heredera, acciona en beneficio de la comunidad hereditaria para reclamar una indemnización por accidente de trabajo, de manera que la legitimación no corresponde sólo al perjudicado.

### **b) Pasiva**

La STSJ de Galicia de 31 de marzo de 2005, I.L. J 966, confirma la sentencia de instancia que desestima la falta de legitimación pasiva de la empresa que controla a otra que emplea a los trabajadores que interponen la reclamación. La STS de 28 de abril de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 846, declara que, aunque el FOGASA no sea ni parte principal ni interviniente litisconsorcial en las reclamaciones de los trabajadores frente al empresario, tiene la condición de parte procesal con todos los derechos que a tales les reconoce el ordenamiento y, en consecuencia, dispone de plenas facultades de actuación en atención a la singular función que desempeña.

## **C) Litisconsorcio pasivo necesario**

La STS de 19 de abril de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 735, acoge esta excepción por ser necesario demandar no sólo a la Administración Educativa correspondiente (empresario formal) sino también al Obispado de la Diócesis en cuestión (empresario real) cuando un profesor de religión católica en un centro de enseñanza pública impugna la decisión de no volverle a contratar.

### D) Falta de acción

La STSJ de Madrid de 7 de marzo de 2005, I.L. J 903, desestima la falta de acción opuesta y fundamentada en el cumplimiento de la empresa respecto de lo reclamado. La sentencia aclara que la falta de acción sólo puede entenderse como el ejercicio de una pretensión que se refiere a una situación que no encierra un conflicto real entre las partes, lo que nada tiene que ver con la hipotética falta de razones jurídicas que dan soporte a la pretensión.

### E) Prescripción

La STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2005, I.L. J 599, no aprecia la prescripción de la sanción de despido cuando el período que media entre el momento en que el despido se produce y el momento en que el mismo tiene efectos (por haber llegado a conocimiento del trabajador) provoca que la carta de despido se reciba transcurridos los 60 días. Tampoco acoge dicha excepción la STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2005, I.L. J 594, por entender que el derecho a reclamar durante un año las cantidades establecidas en un convenio colectivo nace con la entrada en vigor de cada nuevo convenio que prevea el pago de las mencionadas cantidades. Por su parte, la STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 2005, I.L. J 719, estima que el derecho a reclamar las cantidades derivadas de una sentencia declarativa dictada en un procedimiento de conflicto colectivo está prescrito aunque esta modalidad procesal interrumpa el plazo de prescripción en estos casos, ya que las cantidades reclamadas en el proceso individual no guardan relación directa con el objeto de dicho conflicto, al corresponder a un período posterior. La STSJ de Aragón de 2 de marzo de 2005, I.L. J 879, desestima la excepción de prescripción opuesta por considerar que, si el incumplimiento empresarial lo es de una obligación de tracto sucesivo que se prolonga en el tiempo, nada impide a los trabajadores accionar contra esa vulneración de las normas jurídicas que, a su juicio, todavía subsiste. A su vez, la STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2005, I.L. J 859, admite la posibilidad de examinar la excepción de prescripción en sede de recurso, cuando dicha excepción ya fue alegada en la instancia y reiterada en la impugnación del recurso. La misma sentencia recuerda que la prescripción nunca puede apreciarse de oficio, de lo que se colige que, en el supuesto en que no se alegase dicha excepción por la parte demandada, la cantidad a abonar, de estimarse el fondo de la cuestión, sería el total reclamado, aunque correspondiese a más de un año. Por su parte, la STSJ de Madrid de 19 de abril de 2005, I.L. J 1047, no estima la prescripción de parte de los hechos sobre los que se fundó el despido de la actora, al tratarse de una falta continuada. Finalmente, la STS de 12 de mayo de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 788, establece que la acción para reclamar contra la decisión empresarial de ceder los contratos de trabajo a otra empresa sin la voluntaria aceptación de los trabajadores afectados no es imprescriptible sino que está sujeta a plazo de prescripción del artículo 59.1 ET, al no ser tal decisión un acto nulo sino anulable.

### F) Caducidad

La STSJ del País Vasco de 15 de febrero de 2005, I.L. J 727, considera que caduca el derecho a impugnar un despido cautelar (aquel efectuado tras otro despido previo por

motivos distintos, cuyos efectos no han adquirido todavía firmeza por estar sometido a las resultas del litigio seguido para la calificación del anterior despido) si la acción contra el mismo no se interpone dentro del plazo de caducidad del despido, ya que su naturaleza no supone que los efectos del segundo despido vayan a diferirse al momento del resultado de la sentencia firme del despido precedente. Por otro lado, la **STSJ de Valencia de 16 de febrero de 2005**, I.L. J 804, estima que no está caducado el derecho a reclamar contra la alteración horaria practicada por la empresa, puesto que en dicha modificación no se han seguido las exigencias formales del artículo 41 ET. Sin embargo, la **STS de 22 de febrero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 951, declara caducado el derecho a reclamar las diferencias de pensión por jubilación no abonadas ya que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 44.2 LGSS, ha transcurrido más de un año desde su vencimiento y el momento en que se reclaman por vez primera. La **STSJ de Galicia de 7 de marzo de 2005**, I.L. J 862, acoge la excepción de caducidad de la acción de despido que se amplió frente a la empresa que se subroga en la posición de la empresa cedente que despidió al trabajador, por entender que la acción contra la cesionaria también debió ejercitarse dentro de dicho plazo de caducidad. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 29 de marzo de 2005**, I.L. J 1034, aclara que el hecho de tener que plantear determinadas actuaciones administrativas (conciliación o reclamación previa) antes de acudir propiamente al proceso judicial por despido no excluye la calificación de “procesal” del plazo de caducidad de la acción de despido y, en consecuencia, queda afectado por la inhabilidad de los sábados prevista en el artículo 182 LOPJ. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Cataluña de 13 de abril de 2005**, I.L. J 916. Finalmente, la **STS de 10 de mayo de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 932, entiende que la acción de despido está caducada ya que las actuaciones de un proceso inicial no suspenden el plazo de caducidad a efectos de un segundo ejercicio de la acción de despido (ocasionado por el hecho de haberle sido notificada resolución administrativa expresa denegatoria de su reclamación previa), dándose tal suspensión únicamente en los casos taxativamente previstos en la Ley (como es la presentación de la preceptiva reclamación previa o solicitud de conciliación extrajudicial).

### G) Cosa juzgada

La **STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2005**, I.L. J 1028, entiende que la sentencia de instancia que no reconoció el derecho del actor a percibir el complemento de antigüedad no vulnera el efecto positivo de la cosa juzgada, aunque una sentencia anterior hubiese declarado el carácter indefinido de la relación laboral y hubiese fijado la fecha de antigüedad de la misma, puesto que tal reconocimiento no supone, sin más, el derecho a devengar el plus de antigüedad que, por regla general, se anuda al tiempo de permanencia en la empresa pero, en ocasiones, se hace depender también de otras circunstancias. De otro lado, la **STS de 14 de abril de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 706, establece que es aplicable el efecto positivo de la cosa juzgada para determinar la contingencia de una incapacidad permanente absoluta cuando medie una resolución judicial firme estableciendo que la incapacidad temporal que la precede deriva de enfermedad común, si los hechos y lesiones son los mismos.

## **8. PRÁCTICA DE LA PRUEBA**

### **A) Denegación de prueba testifical**

En la instancia se denegó la prueba testifical propuesta por la actora. En suplicación, la **STSJ de Valencia de 28 de febrero de 2005**, I.L. J 887, estima que ello fue ajustado a derecho, pues la testifical que solicitó la parte demandante lo fue en la persona del representante de la demandada, cuando las partes en litigio sólo pueden ser objeto de prueba de confesión.

### **B) Prueba documental**

Según la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de marzo de 2005**, I.L. J 957, “(...) la falta de aportación de la prueba solicitada deja al arbitrio judicial la valoración de la conducta de la parte incumplidora a los efectos de que se entiendan probados o no los hechos correspondientes, pero no le obliga a una afirmación fictia documentatio (...)”. En el mismo sentido, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de marzo de 2005**, I.L. J 962.

### **C) Carga de la prueba**

#### **a) Extinción del contrato por causas objetivas. Situación de iliquidez de la empresa**

En un despido por causas objetivas corresponde al empresario la carga de probar su situación de iliquidez, a fin de justificar el retraso en el pago de la indemnización. Así lo ha declarado la **STS de 25 de enero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 658.

#### **b) Inversión**

La **STC 144/2005, de 6 de junio** (recurso de amparo 6424/2001), I.L. J 821, analiza la vulneración del derecho fundamental de indemnidad en un supuesto de despido. Al actor, que formalmente estaba contratado por la empresa demandada bajo una relación mercantil, se le comunicó la extinción de dicho contrato tras haber reclamado el reconocimiento de existencia de relación laboral. Entiende el TC que, existiendo indicios razonables de dicha vulneración por parte de la empresa, ésta no llegó a probar en ningún momento que su decisión estuviera basada en hechos o criterios legítimos o razonablemente ajenos al móvil atentatorio del derecho fundamental alegado. En idéntico sentido se pronuncia la **STC 171/2005, de 20 de junio**, recurso de amparo 4600/2003, I.L. J 1001. La **STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2005**, I.L. J 597, analiza un supuesto en el que resulta de aplicación la doctrina constitucional sobre inversión de la carga de la prueba, al tratarse de un procedimiento de tutela de un derecho fundamental. Así, no resulta aplicable la regla general según la que corresponde al demandante acreditar los hechos en los que fundamenta su pretensión, sino que, debiendo aportar indicios de la conducta empresarial vulneradora del derecho fundamental, corresponde a la demandada “(...) aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (...)”. Igualmente, la **STSJ de Castilla**

y León (Valladolid) de 21 de marzo de 2005, I.L. J 692, con cita de varias sentencias del TC, razona sobre la prueba indiciaria y la inversión de la carga probatoria, señalando que “(...) el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse (...)”. En consecuencia, sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber del demandante, se produce la inversión de la carga probatoria, quedando el demandado obligado a acreditar que su actuación es absolutamente extraña a la vulneración alegada. Cuando se alega la existencia de un despido por represalia (en este caso, el ejercicio del derecho de huelga), entra en juego la inversión de la carga de la prueba, lo que implica que, una vez verificada la existencia de indicios de dicha conducta, compete al demandado la justificación objetiva y razonable, así como una prueba suficiente, de la proporcionalidad de la medida adoptada. Éste es el criterio de la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 2 de marzo de 2005, I.L. J 818. Por su parte, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 15 de marzo de 2005, I.L. J 895, abunda sobre la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo ésta a la empresa demandada, al alegarse y aportarse por la actora indicios de móvil discriminatorio en su despido y concluirse que el mismo estuvo motivado por la militancia política de la misma.

#### **D) Valoración de la prueba**

Las SSTSJ de Madrid de 22 de marzo y 5 de abril de 2005, I.L. J 1032 y 1052, declaran que, en virtud del principio de inmediación, corresponde al Juez *a quo* la valoración de la prueba y la apreciación de los elementos de convicción para establecer la verdad procesal, salvo que el juzgador haya olvidado por completo las reglas de la sana crítica de una forma manifiesta y perceptible, es decir, que esa labor hermenéutica sea ilógica, desorbitada o arbitraria. Éste es igualmente el criterio que expone la STS de 31 de mayo de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 996.

### **9. SENTENCIA**

#### **A) Incongruencia**

##### **a) Existencia**

Interesante resultan los razonamientos y las citas de la consolidada jurisprudencia constitucional a los que alude la STC 103/2005, de 9 de mayo, recurso de amparo 467/2001, I.L. J 646. Dicha sentencia acoge el amparo por entender que la sentencia recurrida incurrir en un supuesto de incongruencia omisiva vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva. Otro ejemplo de incongruencia omisiva “por error” se encuentra en las SSTS de 27 y 29 de abril de 2005, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 826 y 747; en los supuestos enjuiciados, aun cuando se pedía en la demanda de forma subsidiaria el reconocimiento de una incapacidad permanente parcial, el tribunal no entró a su examen, causando indefensión al demandante.

### b) Inexistencia

Que la respuesta jurídica de una sentencia sea o no acertada, no implica que incurra en incongruencia si da respuesta motivada a la pretensión deducida por la parte actora y a las excepciones que hubiera opuesto la parte demandada; y ello, según declara la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 31 de marzo de 2005, I.L. J 696.

### B) Hechos probados

El Juzgador *a quo*, no sólo queda obligado a declarar expresamente en la sentencia los hechos que estime probados, sino todas aquellas circunstancias que sean necesarias para que, en su caso, el Tribunal *ad quem* pueda pronunciar su sentencia; y ello, al ser éste el único que está facultado de forma exclusiva para revisar el relato fáctico de la sentencia de instancia. Éste es el criterio de la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de marzo de 2005, I.L. J 959.

## 10. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

### A) Limitación temporal. Requisitos

La STSJ de Cataluña de 7 de febrero de 2005, I.L. J 720, reitera que la existencia de una diferencia menor en la cuantía de la indemnización por despido depositada debe interpretarse como error excusable a los efectos de limitar el devengo de los salarios de tramitación. Sin embargo, no puede aplicarse esta flexibilidad cuando se está “(...) ante una indebida aplicación, negligente o intencionada, por parte de la empresa de los conceptos jurídicos que determinan los aspectos básicos de la relación laboral a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización (...)”. La STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2005, I.L. J 904, declara que, además del depósito correspondiente, cualquier modo de expresar que se reconoce la improcedencia del despido, como es el ofrecimiento de la indemnización legal en tal concepto, es válida para limitar el devengo de los salarios de tramitación, no siendo estrictamente necesario que exista “(...) acto formal de expresión de dicha voluntad (...)”. La STS de 12 de mayo de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 993, declara que no se cumple la norma a los efectos de limitar el devengo de los salarios de trámite, cuando en vez de especificarse la cantidad ofrecida y depositada como indemnización, se ofrece y deposita otra que incluye distintos conceptos sin el indispensable desglose. La STS de 25 de mayo de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 1074, declara la obligación del empresario de abonar al trabajador los salarios de tramitación hasta la fecha de notificación de la sentencia. El TS entiende incumplido el requisito legal condicionante de la limitación de dichos salarios, ya que no se procedió a depositar la indemnización en el Juzgado de lo Social como la ley exige, sino que ésta fue transferida a la cuenta corriente de la actora.

### B) Reclamación al Estado

No procede la reclamación al Estado por cuanto la sentencia de instancia que reconoció la improcedencia del despido se dictó dentro de plazo de los 60 días hábiles desde la pre-

sentación de la demanda, y ello, aun cuando la sentencia dictada en suplicación declarara la nulidad del despido, con las consecuencias inherentes a tal pronunciamiento. Tal es el razonamiento de la **STSJ de Cataluña de 10 de enero de 2005**, I.L. J 595. De otro lado, la **STSJ de Madrid de 8 de marzo de 2005**, I.L. J 905, resulta contundente al declarar que del período computable que debe tomarse para determinar la responsabilidad del Estado, debe descontarse el plazo de los 60 días hábiles que ha sido superado, por cuanto no puede admitirse en modo alguno que la responsabilidad del Estado abarque todo el periodo de la tramitación por el simple hecho de haberse superado el plazo que establece la norma.

## 11. RECURSO DE SUPLICACIÓN

### A) Acceso al recurso

#### a) Afectación general

La **STS de 26 de abril de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 743, afirma que para apreciar la afectación general o múltiple regulada en el artículo 189.1.b) LPL no es necesario que se hayan incoado muchos procesos judiciales en relación con una determinada cuestión, sino que basta con la existencia de una situación de conflicto generalizado que alcance a un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social, aunque los procedimientos judiciales no se hayan iniciado. Esta sentencia precisa que uno de los objetivos perseguidos por el legislador al establecer esta vía especial de acceso al recurso de suplicación es “(...) evitar que queden sin recurso reclamaciones de escasa entidad económica desde una consideración meramente individual, pero que pueden trascender esta dimensión al multiplicarse o extenderse a numerosos supuestos de hecho idénticos y requerir, por ello, una actividad uniformadora de los Tribunales de rango superior (...)”. Por otra parte, se señala que la notoriedad regulada en el artículo 189.1.b) LPL no puede ser la “notoriedad absoluta y general” regulada en el artículo 281.4 LEC, pues mantener esa idea rigurosa y extrema de la notoriedad equivaldría a convertirla en una exigencia inútil que vaciaría de contenido el concepto, convirtiéndolo en inoperante. Así, la idea de notoriedad que ha de tomarse en cuenta a efectos de la afectación general debe ser más flexible y matizada, bastando que por la propia naturaleza de la cuestión debatida, por las circunstancias concurrentes o por la existencia de otros procesos con iguales pretensiones, sea calificable como notoria. Finalmente, la sentencia explica y sintetiza los modos o sistemas que deben seguir los Tribunales para poder apreciar la concurrencia de la afectación general en cada proceso concreto.

#### b) Cuantía litigiosa

La **STS de 15 de febrero de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 663, declara que la cuantía que ha de tenerse en cuenta a efectos de determinar si una sentencia es recurrible en suplicación

## XII. El Proceso Laboral

viene determinada por la cuantía solicitada por los actores en la demanda y no por la concedida en la sentencia de instancia.

### B) Legitimación para recurrir

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de marzo de 2005, I.L. J 692, declara que el trabajador al que la sentencia de instancia desestima su pretensión principal pero estima su pretensión subsidiaria, tiene un interés actual en defender su pretensión principal, por lo que se encuentra legitimado para recurrir en suplicación.

### C) Modificación de hechos probados

La STSJ de Navarra de 17 de enero de 2005, I.L. J 813, manifiesta que la revisión de los hechos probados de una sentencia dictada en el proceso laboral es únicamente posible cuando: (i) la equivocación que se imputa al juzgador *a quo* resulte patente de los documentos o pericias obrantes en los autos, sin necesidad de llevar a cabo conjeturas o razonamientos; (ii) se señalen los párrafos a modificar, ofreciendo una redacción alternativa en la que el recurrente exprese cuáles son los hechos impugnados y cómo pretende que se tengan por rectificadas o ampliadas; (iii) el resultado postulado no quede desvirtuado por otras pruebas practicadas en autos, y (iv) las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para la resolución de las cuestiones planteadas en el recurso.

## 12. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

### A) Contradicción. Requisitos materiales

La STS de 24 de mayo de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 919, afirma que el requisito de la contradicción de sentencias que regula el artículo 217 LPL exige que las resoluciones que se comparen contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales. Aunque no se exija una identidad absoluta, sí se requiere una diversidad de decisiones pese a tratarse de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.

### B) Escrito de interposición

La STS de 20 de enero de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 653, declara que de conformidad con el artículo 222 LPL, el escrito de interposición de este recurso debe contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción que se alega: la parte recurrente debe establecer la identidad de los supuestos a partir de los que afirma la existencia de contradicción, mediante una argumentación y un examen que sean suficientes para ofrecer a la parte recurrida y a la Sala los términos en que el recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos.



**C) Infracción de ley**

La STS de 10 de mayo de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 932, considera que el fundamento de la infracción de ley, como uno de los requisitos esenciales del recurso de casación para la unificación de doctrina, exige la denuncia razonada de los preceptos que se entienden infringidos por la sentencia recurrida. Asimismo, esta sentencia destaca que la obligación legal de fundamentar en el recurso la infracción legal denunciada no se cumple con la mera exposición de la contradicción, ni con indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que es requisito ineludible para su correcta observancia razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia.

**D) Cuantía litigiosa. Cuotas por débitos a la Seguridad Social**

La STS de 1 de febrero de 2005, Sala Tercera, I.L. J 710, declara que la casación contencioso-administrativa, tanto en su versión común como para la unificación de doctrina, es un recurso extraordinario y limitado por razón de la cuantía. Así, en virtud del artículo 99.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sólo son susceptibles de recurso de casación para la unificación de doctrina las sentencias contra las que no quepa el recurso de casación ordinario, siempre que su cuantía exceda de 18.030,36 euros. En este sentido, y según el artículo 42.1.a) de dicha norma, el valor de la pretensión debe fijarse teniendo en cuenta el débito principal de las cuotas adeudadas a la Seguridad Social pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad. Finalmente, la sentencia desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina al entender que la cuantía no excedía la cantidad de 18.030,36 euros, teniendo en cuenta que en los supuestos de cuotas por débitos a la Seguridad Social las cifras que deben tomarse en consideración para analizar la cuantía litigiosa son las cuotas mensuales, en atención a que tales cuotas se autoliquidan e ingresan mes a mes por el sujeto obligado. Éste es igualmente el criterio de la STS de 6 de junio de 2005, Sala Tercera, I.L. J 1008.

**13. RECURSO DE CASACIÓN. DEFECTOS EN LA FORMALIZACIÓN**

La STS de 21 de febrero de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 673, desestima el recurso de casación tanto por suscitar cuestiones no planteadas en la instancia como por no fundamentar y razonar las supuestas infracciones cometidas. Éste es asimismo el criterio de la STS de 23 de junio de 2005, Sala Tercera, I.L. J 1007. Por su parte, la STS de 30 de mayo de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 995, recuerda que según el artículo 205.e) LPL, es requisito ineludible fundamentar el recurso de casación en la infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. En este supuesto, se desestima el recurso de casación por fundamentarse en la infracción de preceptos contenidos en los estatutos de un sindicato.

### 14. RECURSO DE REVISIÓN

#### A) Sentencia recaída en el orden penal

Declara la STS de 12 de abril de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 763, que procede la revisión de la sentencia de instancia cuando ésta tuvo su origen directo y único en el testimonio de un testigo que después fue declarado falso en una causa penal tramitada *ad hoc*, cumpliéndose con ello todos los requisitos exigidos por el artículo 510.3 LEC.

#### B) Maquinación fraudulenta

Al no probarse la concurrencia del elemento subjetivo, la STS de 13 de abril de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 700, desestima el recurso de revisión. La Sala afirma que la maquinación fraudulenta requiere un concierto de voluntades para defraudar los posibles derechos del demandado, que en el supuesto enjuiciado no se produjo por cuanto el demandante aportó en el escrito de demanda el domicilio de la empresa que aparecía en las dos cartas de despido que recibió. De otro lado, la STS de 22 de abril de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 833, también desestima el recurso de revisión planteado y declara que no cabe reprochar al actor no acudir al Registro Mercantil para localizar el domicilio social de la empresa, tras haber sido partícipe de una fusión con otra sociedad.

#### C) Documentos que habilitan el recurso

En la STS de 27 de enero de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 948, se desestima el recurso de revisión puesto que los documentos que se invocan, unos certificados de la TGSS, son posteriores a la sentencia que se pretende rescindir y podían haber sido obtenidos con anterioridad a dicha sentencia. La STS de 5 de abril de 2005, Sala Cuarta, I.L. J 823, resulta interesante por contener un resumen de los requisitos exigidos para que se aprecie la revisión de una sentencia en base a la invocación de un determinado documento.

### 15. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. INTERESES

La STSJ de Madrid de 29 de marzo de 2005, I.L. J 1029, declara que para determinar el *dies a quo* del devengo de intereses cuando se está ejecutando una sentencia por despido es necesario determinar el momento en el que la cantidad objeto de condena queda fijada y, en consecuencia, adquiere la condición de líquida y exigible. En el supuesto concreto enjuiciado en esta sentencia, el momento a partir del cual se devengan los intereses es la fecha en que se dicta el auto que condena a la empresa al pago de una cantidad líquida, tras declarar extinguida la relación laboral habida entre las partes.

## 16. COSTAS

No cabe la condena en costas, según la **STS de 31 de mayo de 2005**, Sala Cuarta, I.L. J 936, cuando no hay pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión litigiosa en un recurso, por cuanto la Sala entiende que ello impide que pueda apreciarse que una parte haya sido “vencida” en el recurso.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

GLENDA CASTELLÁ BLASCO

PAZ DE LA IGLESIA ANDRÉS

ÁLVARO NAVARRO CUELLAR

**XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**

## Sumario:

**Consideración preliminar. 1. Responsabilidad empresarial por daños y perjuicios.**

A) La obligación preventiva del empresario. B) El nivel de vigilancia exigible al empresario de las medidas preventivas. C) Requisitos para exigir la responsabilidad por daños en caso de imprudencia del trabajador. D) Cuantía indemnizatoria. E) Plazo de prescripción para el ejercicio de la acción indemnizatoria. F) Responsabilidad solidaria en los supuestos de subcontratación **2. El recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad.** A) Porcentaje de recargo: racionalidad y proporcionalidad. B) Responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y subcontratista.

**CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

En esta ocasión, lo examinado por los Tribunales se circunscribe exclusivamente a los efectos derivados de la existencia de un accidente de trabajo, y en concreto, a las distintas responsabilidades a que el mismo puede dar lugar. Las sentencias relativas a Seguridad y salud laboral publicadas en los números 5 (agosto de 2005), 6 (septiembre de 2005), 7 (octubre de 2005) y 8 (noviembre de 2005) de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia, se ocupan, así, de analizar las distintas pretensiones de responsabilidad civil y de recargo de prestaciones.

Al margen de la interpretación un tanto extravagante, o por lo menos discutible, realizada por el TSJ de Cataluña en la Sentencia de 8 de febrero de 2005, I.L. J 722, sobre la pervivencia de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en cuanto a la posibilidad de realizar los trabajos en líneas eléctricas de baja tensión sin corte previo de tensión, si se dispone de elementos personales de protección, y su compatibilidad con lo preceptuado con carácter general en la LPRL, señaladamente con la obligación de combatir los riesgos en origen, lo más interesante se encuentra en la apreciación de la responsabilidad solidaria del empresario principal por el actuar culpable del contratista. Definitivamente, el TS, en sus dos Sentencias de 26 de mayo de 2005, I.L. J 990, y de 31 de mayo de 2005, I.L. J 108, acoge la idea de que el elemento decisivo para la imputación de la responsabilidad por el recar-

go al empresario principal es que la producción del accidente ocurra dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene.

## **1. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

### **A) La obligación preventiva del empresario**

En la STSJ de Cantabria de 4 de abril de 2005, I.L. J 881, se reflexiona sobre el alcance de la obligación preventiva que pesa sobre el empresario. Como se sabe el artículo 14.2 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales obliga al empresario a adoptar “cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores”. El problema estriba en determinar la extensión de esa obligación, a los efectos de apreciar una posible responsabilidad civil del empresario por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo. La posición dogmática que adopta esta sentencia es que no basta con cumplir con concretas prescripciones reglamentarias si se acredita que con ello el nivel de protección resulta insuficiente. En este sentido, se afirma que “las normas reglamentarias de seguridad no deben ser interpretadas de forma que su mero cumplimiento exima de toda responsabilidad al empresario, al menos en orden indemnizatorio, cuando en las concretas condiciones de trabajo, a pesar del cumplimiento de la prescripción reglamentaria, el nivel de riesgo asumido para la vida, la seguridad de los trabajadores exceda de lo tolerable”.

### **B) El nivel de vigilancia exigible al empresario de las medidas preventivas**

Uno de los problemas debatidos en sede judicial es el grado de vigilancia exigible al empresario en el cumplimiento de las medidas de seguridad, a los efectos de atribuirle la responsabilidad en virtud de daños producidos por culpa o negligencia del trabajador. En la STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2005, I.L. J 722, se considera que el nivel de vigilancia que se impone a los empleadores “ha de valorarse con criterio de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinaria”, sin que pueda “concebirse el deber de vigilancia del empleador como una fiscalización constante, minuto a minuto, de todas las operaciones ejecutadas en el seno de su ciclo productivo, para obligar al empleo de cuantas medidas de seguridad están indicadas en cada caso”, “no pudiendo tal deber, a efectos de responsabilidad extenderse hasta el punto que deba ser realizado por el empleador en todas y cada una de las operaciones que encierra la actividad profesional, (...) control, quasi policial, permanente y exhaustivo”.

Llama la atención que se haya hecho esta afirmación general de la obligación de vigilancia del empresario en un caso de accidente ocurrido cuando el trabajador realizaba trabajos en líneas eléctricas de baja tensión, en que, si bien el trabajador cometió la imprudencia de quitarse el cinturón y de no usar guantes de goma que tenía a su disposición, el empresario debió combatir el riesgo en origen, mediante un corte previo de tensión, al

### **XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo**

margen de que debió prever una conducta imprudente o distracción de éstas, según lo previsto en el artículo 15.1.a) y c) y 4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Esta sentencia restaura el valor normativo de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971, sosteniendo, frente a obligaciones tan meridianamente claras, su vigencia en lo que hace referencia a la no necesidad de llevar a cabo cortes de energía eléctrica cuando se realizan trabajos en líneas de baja tensión.

No obstante, tiene razón el Tribunal en desestimar la pretensión de indemnización de daños y perjuicios porque, en todo caso, a quien correspondía desplegar ese conjunto de actuaciones de seguridad era al propio trabajador accidentado que no era un mero trabajador, sino uno de los dos socios de la cooperativa que a su vez tenía trabajadores por cuenta ajena, y que además, tenía todos los medios de seguridad, que él mismo y su socio se ponían a disposición, de forma que eran los responsables de su uso para sí mismos.

#### **C) Requisitos para exigir la responsabilidad por daños en caso de imprudencia del trabajador**

A propósito de los criterios para identificar las conductas del trabajador que pueden romper el nexo causal entre la conducta infractora de la empresa y el resultado accidental, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 31 de marzo de 2005**, I.L. J 956, reitera, *obiter dicta*, una antigua doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta de 28 de febrero de 1969 y Sala Cuarta, de 26 de marzo de 1999), según la cual ese nexo causal “sólo puede ser interferido o anulado por una conducta del trabajador que, sin precisar ser temeraria, debe, en cambio, manifestarse como eficiente, es decir, como causa única del evento, de manera que éste no se habría producido, pese a la falta de medidas de seguridad, de no concurrir aquel comportamiento del accidentado que además ha de reunir las características de ilícito civil, no necesariamente temerario pero sí —sin prescindir de su esencial efectividad o eficiencia— irregular, inadecuado a las reglas del oficio, imprudente en todo caso y observado al margen del cumplimiento de las prestaciones de hacer a que el contenido del contrato obliga”.

#### **D) Cuantía indemnizatoria**

Reproducida, una vez más, la cuestión litigiosa de si las prestaciones de la Seguridad Social abonadas por lesiones derivadas de accidente de trabajo son deducibles o no del importe total de la responsabilidad civil, el Tribunal Supremo (Sala Cuarta), en su **STS de 9 de febrero de 2005**, I.L. J 713, vuelve a reiterar —en clara contraposición con la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que se ha pronunciado a favor de la compatibilidad de las prestaciones con la responsabilidad civil— su conocida doctrina (invocada, entre otras; en las Sentencias de 30 de septiembre de 1997, 2 de febrero de 1998, 2 de octubre de 2000 y de 3 de junio de 2003) de que las prestaciones de Seguridad Social se integran en el total indemnizatorio y son, por tanto, deducibles del importe que hubiera tenido que abonarse si no hubieran existido tales prestaciones, ya que las mismas “no pueden adicionarse al mismo porque se produciría un exceso carente de causa, como resulta evidente si se tiene en cuenta que el asegurado social percibiría indemnización

superior a quien no estuviese cubierto por tal aseguramiento y no hubiese sufrido daño equivalente por culpa también equiparable”.

Por otra parte, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo interpreta que lo que debe computarse por prestaciones es el capital coste de la pensión de invalidez permanente, ya que “es la forma de comparar y compensar prestaciones de tracto único y de tracto sucesivo, mediante la capitalización correspondiente a esta última, sin que haya razón para aplicar tratamiento distinto a las de uno y otro carácter”.

### **E) Plazo de prescripción para el ejercicio de la acción indemnizatoria**

La STSJ de Cantabria de 6 de abril de 2005, I.L. J 882, analiza la cuestión del *dies a quo* o inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción para reclamar la indemnización por daños y perjuicios en los supuestos en los que un accidente laboral da lugar a la tramitación de un proceso penal que termina sin que en él se imponga responsabilidad criminal a persona alguna, estableciendo, conforme a la doctrina sentada en STS de 10 de diciembre de 1998, que el cómputo del año, que como período de prescripción para el ejercicio de la acción indemnizatoria previene el artículo 59 del ET, se inicia a partir del momento en que el proceso penal finaliza.

### **F) Responsabilidad solidaria en supuestos de subcontratación**

La determinación de la responsabilidad solidaria en materia de indemnización por daños derivados de accidente de trabajo en las situaciones de contrata y subcontrata es objeto de atención desde dos perspectivas distintas:

Por una parte, en relación con el incumplimiento de las exigencias de Seguridad Social. La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 31 de marzo de 2005, I.L. J 956, atribuye, en virtud de lo dispuesto en el artículo 42.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, a la empresa principal como a los contratistas y subcontratistas responsabilidad solidaria, en cuanto a los daños y perjuicios sufridos por el trabajador como consecuencia de un accidente de trabajo, por incumplir la obligación de dar de alta al trabajador.

Por otra parte, respecto de la omisión de las obligaciones preventivas de riesgos laborales. La STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de marzo de 2005, I.L. J 858, excluye la existencia de responsabilidad solidaria, prevista en el artículo 24.3 de la Ley 31/1995 LPRL por ausencia de vínculo entre las entidades implicadas, en un supuesto de accidente ocurrido cuando el trabajador accidentado, que prestaba servicios para el Ayuntamiento como peón, fue enviado, a requerimiento de su Ayuntamiento, a la zona de trabajo para guiar a los trabajadores de la Diputación en labores de limpieza de caminos públicos dentro del término municipal. El Tribunal descarta la responsabilidad de la Diputación y, por derivación, también, de su compañía aseguradora, tras considerar que el Ayuntamiento no había contratado con la Diputación la realización de una obra o servicio correspondiente

### **XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo**

a la propia actividad del primero, sino la simple reparación y limpieza de caminos con su propia maquinaria y sus propios trabajadores, no existiendo pues un centro único de trabajo propiedad de la empresa principal, en el que trabajasen empleados de ambas.

## **2. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD**

### **A) Porcentaje del recargo: racionalidad y proporcionalidad**

En la STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2005, I.L. J 860, se resuelve sobre la petición de incremento del porcentaje del 30% de recargo sobre todas las prestaciones impuesto por Resolución del INSS, lo que resulta confirmado, una vez analizados el alcance de las infracciones en que incurrió la empleadora, la tipificación de la sanción impuesta (grave en grado mínimo), así como el alcance del siniestro ocurrido y de la intervención en ella del trabajador. Como razonamiento general, se señala que “si bien siguiendo una aplicación algo más mecánica de la normativa, se podría intentar una correlación entre la gravedad de la infracción, según la tipificación realizada por la autoridad administrativa, como leve, grave o muy grave (artículos 11, 12 y 13 Ley 5, de cuatro de agosto de 2000) y el correspondiente porcentaje de recargo (30%, 40% o 50%), con matizaciones intermedias según el grado de la infracción, es lo cierto que ello no sería sino un parámetro orientativo. Pues siempre esa determinación final es de difícil objetivación previa, y por eso, ahí es donde debe entrar la labor razonadora y particularizada del órgano judicial. Que, en cuanto que no cabe apreciar que carezca de un mínimo de racionalidad y de cierta proporcionalidad, debe ser respetada, al no existir motivos suficientes para su modificación”.

### **B) Responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y subcontratista**

También, desde la perspectiva del recargo de prestaciones, se afronta el examen de si es posible hacer responsable al empresario principal de las obligaciones contractuales del contratista frente a sus trabajadores, por incumplimiento de las medidas de seguridad, en caso de accidente de trabajo, pasando revista a los elementos esenciales de la responsabilidad solidaria del empresario principal, que regulan los artículos 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el artículo 42.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

En la STS de 26 de mayo de 2005, I.L. J 990, puesto que no se discute que la empresa adjudicataria y subcontratista se dedicaran a la misma actividad, se plantea únicamente el alcance que haya de darse al concepto de centro de trabajo de la empresa en relación con la infracción de medidas de seguridad, y la responsabilidad solidaria de la empresa adjudicataria. Al respecto, el Tribunal entiende que “el estricto concepto de centro de trabajo previsto en el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores no resulta aplicable a los efectos previstos en las normas ahora examinadas, sino que la referencia legal equivale más bien a la expresión lugar de trabajo”, lo que significa que si la empresa “se ha adjudicado una

obra para su ejecución, y decide libremente subcontratarla a otra empresa de su misma actividad, lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es en absoluto ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir, lo mismo que los beneficios, con la contrata”. Así las cosas, el Alto Tribunal ratifica las decisiones de instancia y de suplicación de exigir también el recargo de prestaciones a la empresa principal en calidad de responsable solidario, por considerar que su responsabilidad deriva de la falta de información sobre riesgos de utilización de la máquina en cuyo manejo tuvo lugar el accidente del operario, información que le era exigible respecto de los trabajadores de la empresa subcontratista en relación con una obra de la que era adjudicatario.

En la **STS de 11 de mayo de 2005**, I.L. J 1080, se analizan los dos presupuestos necesarios para la determinación de la responsabilidad solidaria; a saber: a) si las obras o servicios contratados responden a la propia actividad de la empresa principal o comitente, b) si dichas obras se llevan a cabo en centro de trabajo de esta empresa principal”. Por lo que respecta al primero, el Alto Tribunal reitera la doctrina de que “lo determinante de que una actividad sea propia de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo”. Sentado lo cual, llega a la conclusión de que ese requisito se cumple en el caso litigioso, toda vez que la actividad de “desmontar los conductores y postes de madera de una línea de baja tensión”, que era lo que se disponía a realizar el trabajador accidentado de la empresa contratista, supone el ejercicio de “la propia actividad” de la empresa principal, dedicada a la distribución de energía eléctrica. En cuanto al segundo de los mencionados presupuestos, parte de que la instalación en donde se produjo el accidente laboral, si bien se halla en el campo y al aire libre, se trata del área geográfica de la propia actividad de la empresa, en donde se hallan los materiales (postes, conductores, cables) que son de su propiedad o están a su disposición, mediante los cuales realiza aquélla y cuya conservación y mantenimiento le corresponde, por lo que concluye que la instalación en donde se produjo el accidente laboral puede equipararse a lo que es un centro de trabajo. La Sala termina atribuyendo responsabilidad solidaria a la empresa principal por no haber realizado inspección alguna de la actividad que la contratista realizaba.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ

# Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

**I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN** (coord.),  
**J. ALGUACIL OJEDA, F.J. GÓMEZ ABELLEIRA,**  
**C. RUIZ FRUTOS y C. TOLOSA TRIBIÑO**

**Comentarios de urgencia a la Ley de medidas  
 frente al tabaquismo**

[Lex Nova, Valladolid, enero 2006, 290 páginas]

LEX NOVA

El presente libro ofrece a los lectores, con un enfoque eminentemente práctico, una primera y completa aproximación al significado, alcance y contenido de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

Cuatro consumados especialistas analizan las distintas consecuencias que se derivan de una norma que, a pesar de su reciente entrada en vigor, ya ha dejado constancia de la importante repercusión que proyecta en nuestra vida social, ciudadana y laboral al imponer fortísimas restricciones sobre el comercio, publicidad y consumo de los productos en cuestión.

El primero de los capítulos, bajo la rúbrica “Tabaquismo y Salud”, se detiene en la magnitud del problema en la sociedad española, en los perjudiciales efectos que el consumo de esta sustancia origina en la salud —cáncer, enfermedades cardiovasculares y respiratorias, consecuencias sobre el aparato reproductor, etc.— y en su incidencia negati-

va en determinados colectivos (recién nacidos, niños, adolescentes y ancianos).

El capítulo segundo estudia los principios de la ley haciendo especial referencia al régimen de infracciones y sanciones que se desprenden de su contenido. De este modo se enumeran las prohibiciones específicas de venta y comercialización del tabaco; las limitaciones a su consumo en determinados lugares; la regulación de la publicidad, promoción y patrocinio de los productos del tabaco, y las multas y sanciones que se impondrán en caso de incumplimiento (de hasta 600 euros para las infracciones leves, 10.000 para las graves y 600.000 para las muy graves).

El siguiente apartado de la obra aborda los aspectos laborales de la Ley 28/2005, es decir, la posición de los empresarios y trabajadores ante la prohibición legal de consumir tabaco en los centros de trabajo teniendo en cuenta sus distintas variedades (centros docentes, culturales, espacios de trabajo al aire libre, vehículos, medios de transporte, etc.) así como la denominada prohibición parcial de fumar en el caso de que, conforme al artículo 6 de la Ley, se habiliten zonas o espacios para el consumo del tabaco (hoteles, bares y restaurantes, salas de fiestas, aeropuertos y estaciones de autobuses, marítimas y ferroviarias, salas de teatro, cine y otros). También, dentro de este bloque, se analiza el deber empresarial de proteger la salud del trabajador y la posición que el empleador deberá adoptar respecto a los trabajadores que incumplan las obligaciones que les incumben en la materia.

Por último, los autores se imbuyen en el trasfondo del problema que a su vez constituye el principal motivo que impulsó la elaboración de la Ley: el tabaquismo.

De este modo, desarrollan diferentes parámetros de prevención contra tan perjudicial hábito a través de actuaciones de concienciación en las escuelas o en el trabajo o de la puesta en marcha de medidas que ayuden a vencer la dependencia del consumo del tabaco.

La obra concluye con un anexo legislativo que, aparte de contener la norma examinada, incluye la Resolución de 28 de diciembre de 2005, por la que se dictan instrucciones en relación con la aplicación de la Ley "antitabaco" en los centros de trabajo de la Administración General del Estado.

**J.C. GARCÍA QUIÑONES**

**La conciliación laboral**

[Lex Nova, Valladolid, junio 2005, 736 páginas]

LEX NOVA

La presente monografía contiene un estudio exhaustivo y riguroso de la conciliación en el ámbito laboral donde, tras una caracterización general del instituto conciliatorio, se aborda el estudio específico de la conciliación previa en su doble variante, legal y convencional.

Al observar el tratamiento que, sobre todo los Tribunales Superiores de Justicia dan a muchas de las cuestiones que tienen como referente común la conciliación previa, se comprueba una clara falta de uniformidad, consecuente con la ausencia de un criterio unitario previo sobre su concepto y trascendencia.

Por ello se ha pretendido hacer una exposición ordenada del modelo de conciliación previa que contempla el legislador, incorporando los problemas planteados ante los tribunales, an-

ticipando la exposición de otros, y tratando de resolverlos desde una concepción integradora, con enumeración sistemática de las cuestiones que se suscitan en cada una de sus fases o que puedan suscitarse en el futuro.

Los dos primeros capítulos de la obra se ocupan, respectivamente, de realizar una introducción de la conciliación previa (concepto, clases, naturaleza jurídica y valoración) y de su caracterización general (evolución histórica, función, obligatoriedad y efectos y supuestos excluidos).

El tercer y último capítulo analiza el procedimiento de conciliación previa, desde la solicitud de conciliación hasta la ejecución de la avenencia, pasando por su impugnación. Asimismo, se dedica un apartado específico al papel de la conciliación en relación con los salarios de tramitación, sobre todo desde la aprobación de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de Medidas Urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. También se estudian los efectos del acuerdo conciliatorio respecto a terceros, especialmente, en relación con el Fondo de Garantía Salarial.

El estudio se enriquece también con referencias concretas a modelos del Derecho comparado, particularmente Francia e Italia, que introducen experiencias originales a valorar en la solución de problemas pendientes de resolver.

Por último, la obra incorpora un anexo jurisprudencial y un apartado de formularios de gran utilidad tanto para el jurista como para el práctico que se acerca a la institución conciliatoria.

Esta utilidad se refuerza con el CD-ROM que acompaña a esta obra y que contiene a texto completo las sentencias reseñadas en el anexo, además de los formularios que se pueden cumplimentar informáticamente.

VVAA

**Las incapacidades laborales: un punto de vista práctico**

[Lex Nova, 4.<sup>a</sup> edición, Valladolid, septiembre 2005, 726 páginas]

LEX NOVA

La presente monografía aborda de forma unitaria los aspectos derivados de las incapacidades laborales, no sólo en relación con los complejos problemas del sistema prestacional de seguridad social, sino también con los diversos efectos que éstas tienen para el contrato de trabajo. Se realiza un profundo análisis de la incapacidad temporal y permanente para el trabajo, realidad que se ve sometida de manera constante no sólo a severos juicios sociales y financieros, sino también a frecuentes alteraciones normativas.

Las complejas y variadas situaciones de incapacidad, una constante en el escenario actual, llevan consigo regímenes jurídicos diversos, procedimientos distintos y diferentes sedes de decisión. Conocer la doctrina jurisprudencial existente es imprescindible para contar con un mapa fiable de la situación.

La obra, que ya alcanza su cuarta edición, conserva la estructura y autoría de las tres anteriores. Se recogen los aspectos teóricos esenciales, la información fundamental y las referencias jurisprudenciales necesarias para la adecuada adaptación y puesta al día de la materia. Se transmite una visión práctica en la solución de los problemas que se generan en nuestra realidad laboral y de seguridad social, haciendo que sea de gran ayuda para los profesionales y estudiosos de la materia.

El libro se divide en cuatro grandes apartados. El primero realiza un análisis de la incapacidad temporal, estableciendo los elementos definidores de la contingencia y desarrollando la

dinámica de la prestación y su gestión (destacar el análisis del nuevo artículo 131 bis del TRLGSS). Continúa la obra con el tratamiento de la cobertura de las incapacidades y lesiones permanentes, desdoblando su estudio en dos partes, por un lado, se delimita el concepto protegido junto con las prestaciones previstas para la cobertura, y, por otro, se estudia la tramitación en sus distintas fases posibles que van desde la vía administrativa hasta la judicial. En el tercer apartado se hace un estudio profundo de la invalidez no contributiva y, finalmente, se analizan los efectos que las incapacidades tienen sobre el contrato de trabajo.

Un apéndice legislativo y jurisprudencial que facilita el acceso a la materia complementa la obra.

Esta edición incluye un CD-ROM con formularios que se pueden cumplimentar informáticamente, lo que es de gran ayuda para el usuario, ya que se recogen los supuestos más frecuentes de reclamaciones judiciales y extrajudiciales.

VVAA

**Manual para la formación de técnicos de prevención de riesgos laborales. Parte obligatoria y común del programa formativo del nivel superior**

[Lex Nova, 5.<sup>a</sup> edición, Valladolid, octubre 2005, 1446 páginas]

LEX NOVA

La virtud principal de la obra, que en un solo volumen ofrece al lector todos los aspectos formativos fundamentales sobre la materia de prevención de riesgos en el trabajo, es la de presentar una estructura paralela al programa de formación para el desempeño de las funciones de nivel superior que se establecen en el Reglamento de Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero), siendo en la actualidad uno de los pocos manuales que sigue con absoluta fidelidad el citado programa.

El elenco de autores que han elaborado la obra (todos ellos de reconocido prestigio y con sobrada experiencia profesional como inspectores de trabajo, técnicos de prevención, expertos en medicina del trabajo o en ergonomía y psicología aplicada) estructuran la monografía en seis temas a lo largo de los cuales desarrollan los contenidos buscando la coincidencia lógica con su especialización laboral y formativa. De este modo, en los primeros tres apartados se contienen los fundamentos de las técnicas de mejora de las condiciones de trabajo así como las técnicas de prevención de riesgos laborales —seguridad en el trabajo, higiene industrial, medicina en el trabajo y ergonomía— o cualesquiera otras actuaciones en materia preventiva.

Asimismo, en los últimos temas del libro se abordan otros aspectos fundamentales, como la gestión de la propia prevención (planificación, organización, economía, etc.); técnicas afines, como, por ejemplo, la calidad, el medio ambiente o la prevención de riesgos patrimoniales, y, por último, el ámbito jurídico en el que se enmarca la prevención y la legislación básica española sobre el asunto.

Aparte de lo anterior, merece especial mención la inclusión en cada apartado de resúmenes recordatorios y cuestionarios para la autoevaluación de conocimientos cuyas soluciones se encuentran al final de la obra y, por otro lado, de un CD-ROM que posee la doble función de recoger normativa y documentación complementaria y posibilitar el acceso a la información contenida en la página web [www.lexnova.es/prevencion](http://www.lexnova.es/prevencion)

En resumidas cuentas, todo el conjunto de la monografía pone de relieve que estamos en presencia de uno de los manuales para la formación de técnicos de prevención de riesgos laborales más completos y mejor estructurados como así lo demuestra el hecho de que alcance con ésta su quinta edición, más aún si se tiene en cuenta el sector al que van dirigidas sus lecciones.

**S. LÓPEZ ÁLVAREZ y J. LLAMES VIESCA**

**Organización de obra y control de personal**

[Lex Nova, Valladolid, octubre 2005, 1452 páginas]

LEX NOVA

Este manual constituye el primero de los seis volúmenes prácticos destinados a configurar la formación del encargado en las obras de edificación. Su objetivo se centra, por un lado, en mostrar la organización, distribución y control del personal de obra y, por otro, en analizar la ubicación de las instalaciones —tanto fijas como provisionales— y la planificación necesaria que debe existir en lo relativo al trabajo de la maquinaria, los accesos de obra y la productividad de los tajos, adaptándose, en todo momento, a la normativa laboral vigente y a la economía de la obra.

La monografía se divide en doce unidades de trabajo cuyo principal logro es la claridad con que se desarrollan los contenidos, desde un punto de vista técnico e instructivo, sin llegar a incurrir en una exposición farragosa o excesivamente amplia de la materia que dificulte la asimilación de conocimientos. En las primeras unidades se lleva a cabo un examen de toda la documentación que conforma el proyecto de obra así como del plan de seguridad y salud y las autorizaciones necesarias para poder iniciarla. También se establece una relación detallada de las comprobaciones que hay que realizar sobre el terreno en la fase del replanteo y en la instalación de medios auxiliares.

Aparte de lo anterior, los autores no dejan de lado aspectos como la planificación de los distintos recursos, medios y equipos de trabajo o la programación de tiempos y costes. Por último, se abordan los temas de ejecución de los partes de trabajo y se hace un completo repaso a todas las fases del proceso edificatorio (revocos, alicatados, falsos techos, solados y pintura).

En definitiva, lo que se persigue con este módulo es conseguir que a la finalización de su estudio se esté en condiciones de:

- Organizar la ejecución de los tajos de obra y los procedimientos de trabajo.
- Distribuir los recursos humanos y materiales.
- Coordinar los diferentes tipos de trabajo.
- Acondicionar los tajos organizando su ubicación y señalando las zonas de acopio de acuerdo al plan de seguridad de la obra de forma que facilite el trabajo y se optimicen espacios recorridos.
- Identificar las herramientas, equipos y medios auxiliares necesarios en cada unidad de obra a ejecutar, su utilización correcta y su mantenimiento.
- Organizar las operaciones de fin de jornada.
- Comprobar la calidad de los trabajos terminados.
- Interpretar la programación general de la obra.
- Programar, a corto plazo, los tajos de obra, optimizando el aprovechamiento de los recursos.
- Modificar la producción, en caso necesario, adecuando el ritmo de los trabajos y los materiales a la marcha general de la obra.
- Controlar la producción diaria alcanzada y comparar con los rendimientos esperados para ver si es necesaria la modificación del ritmo de trabajo.

Cabe destacar, por último, los elementos visuales utilizados como herramientas aclaratorias a lo largo de toda la monografía y los ejercicios de autoevaluación con los que cuenta cada unidad cuyas soluciones se hallan al final del libro.

### VVAA

#### Seguridad en el trabajo. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, 5.ª edición, Valladolid, noviembre 2005, 816 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que ya alcanza su quinta edición, está dirigido hacia aquellas personas interesadas en ampliar sus conocimientos y especializarse en la rama de Seguridad en el Trabajo tras haber seguido el estudio correspondiente a la parte obligatoria del Curso Superior de Prevención de Riesgos Laborales.

Asimismo, la obra constituye una óptima herramienta para ser utilizada por los técnicos en prevención de nivel superior dedicados a la disciplina de Seguridad y por los técnicos proyectistas cuya función sea la de revisar lugares de trabajo, instalaciones o centros de empresa con el fin de adecuarlos a las pertinentes exigencias legislativas en la materia.

Los autores, de forma clara y minuciosa, hacen un análisis de los posibles y más habituales riesgos de distintas actividades laborales (estructuradas en catorce capítulos) las cuales vienen a ser una fiel representación de casi toda la población trabajadora. Dicho análisis se realiza tomando en consideración factores como el volumen de trabajo, número de personas expuestas al posible perjuicio y el propio riesgo o porcentaje de que éste ocurra como consecuencia del desempeño de tales funciones.

El estudio de estas profesiones no es hermético, es decir, no se cierra con la lista de actividades recogidas en los capítulos del libro, ya que muchas de las recomendaciones sugeridas para éstas son extrapolables a otras que tienen en común con las primeras equipamientos, puestos

de trabajo, métodos profesionales, etc. Esto pone de relieve el amplísimo terreno abarcado por el contenido del manual.

Antes de entrar en cada materia concreta se ofrece al lector una breve, pero precisa, introducción para ponerle en contacto con el tema que va a ser objeto de desarrollo en las sucesivas páginas.

Las distintas cuestiones abordadas se ven complementadas, en algunos casos, con textos legales, recogidos (de forma literal) por razón de su importancia y habitualidad del uso que se hace de ellos en el ámbito preventivo.

El libro presenta un diseño acentuadamente didáctico, donde se resaltan las ideas principales para guiar la argumentación y donde se añaden resúmenes de cada tema a modo de recordatorio. Además, se incluyen, por un lado, cuestionarios de autoevaluación para poner a prueba los conocimientos adquiridos y, por otro, un CD-ROM que posee la doble función de recoger normativa y documentación complementaria y posibilitar el acceso a información que sobre la materia se recoge en [www.lexnova.es/prevencion](http://www.lexnova.es/prevencion)

En definitiva, sirviéndose de la obra se hallan respuestas y soluciones, fácilmente asimilables y comprensibles para el lector, a los múltiples problemas y conflictos de empresa que tan cotidianamente surgen en la esfera de la seguridad de los trabajadores durante el desempeño de sus trabajos.

Finalmente, hay que resaltar el hecho de que la publicación haya alcanzado una 5ª edición como prueba de su éxito conseguido dentro de un mercado tan complejo como el de la prevención de riesgos laborales.

VVAA

**Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo**

[Universidad de Valladolid, núm. 5/2004, 1015 páginas]

LAURENTINO DUENAS HERRERO

El número 5 de la *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo* aporta una selección de 47 artículos de esmerada elaboración donde se analizan los principales desafíos del mercado de trabajo y las relaciones laborales en el escenario actual. Los seis capítulos centrales de la Revista tienen como referencia común el mercado de trabajo y las relaciones laborales, y en cada uno de ellos se establece una vinculación con otros tantos temas de interés para nuestra sociedad: la formación, los colectivos con dificultades de empleabilidad, la discapacidad o las políticas de empleo, por poner algunos ejemplos.

En el primero se abordan aspectos como la productividad, la innovación, los salarios, la estabilidad y la seguridad en el empleo y la economía social, todo ello para analizar la evolución y generación de empleo. La consideración de que el trabajo ha pasado de ser un mero factor de coste a adquirir el rango de recursos humanos, considerados éstos como el conjunto de compromisos, experiencias, competencias, conocimientos, aptitudes, actitudes, habilidades, destrezas, etcétera, que los miembros de la empresa aportan a ésta para conseguir sus objetivos, justifica el estudio de la formación en el capítulo dos. Los capítulos tres y cuatro afrontan la situación y las condiciones laborales de colectivos que tienen especiales dificultades de inserción en el mundo laboral, como es el caso del empleo femenino, los inmigrantes y las personas con

discapacidad. El capítulo cinco nos introduce en las profundas transformaciones que están originando, en el mercado de trabajo y las relaciones laborales, la globalización económica, la flexibilidad laboral y las nuevas formas de empleo; nos plantea el sistema de relaciones laborales como respuesta al conflicto de trabajo, y reflexiona sobre algunos aspectos tan relevantes como el síndrome de Burnout, la importancia de los recursos humanos en la empresa y la ergonomía como especialidad normativa en la prevención de riesgos laborales.

El sistema de relaciones laborales contemporáneo se caracteriza por una serie de normas e instituciones sociales que pretenden frenar la actuación libre del mercado, reduciendo las situaciones de desigualdad y exclusión social que genera, y ampliando la desmercantilización del trabajo a través de la política

social, por todo ello se ha reservado el capítulo seis al estudio de determinadas políticas públicas.

Por último, esta nueva edición de la RUCT quiere inaugurar una nueva sección denominada, “Jóvenes Investigadores” para acoger trabajos y estudios de alumnos de Ciencias del Trabajo, cuyo estímulo por aprender y sagacidad aportan un alto valor a nuestra revista.

A este número cinco se han traído las comunicaciones presentadas al Congreso de Castilla y León de Mercado de Trabajo y Relaciones Laborales celebrado en Palencia en 2004, donde participaron profesionales de distintas instituciones y empresas, y profesores de más de catorce Universidades españolas. En esta ocasión se ha conseguido reunir el buen hacer investigador de 75 autores a lo largo de sus 1015 páginas.



# N O T A S



# N O T A S



# N O T A S



# N O T A S



# N O T A S

